

# BGH vs. herrschende Meinung in der Literatur

## Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens ist bei Kompetenzverstößen des Vorstands möglich – Praxisfragen bleiben offen

Von Dr. Florian Weichselgärtner

Bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder obliegt es der Gesellschaft, nachzuweisen, welcher konkrete Schaden ihr infolge des pflichtwidrigen Handelns entstanden ist. Hierzu hat die Gesellschaft unter anderem nachzuweisen, wie sie bei pflichtgemäßem Verhalten des Vorstands finanziell stünde. Der BGH hat in diesem Zusammenhang nunmehr klargestellt, dass auch Vorständen einer Aktiengesellschaft der Einwand erlaubt sein muss, der

Schaden sei auch bei pflichtgemäßem Verhalten entstanden (sogenannter Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens). Nun fragt man sich, weshalb es einer solchen Klarstellung bedurfte. Es liegt für den gesunden Menschenverstand auf der Hand, dass ein Vorstand nicht zum Schadensersatz verpflichtet sein kann, wenn der Gesellschaft gar kein Schaden entstanden ist. Allerdings war in der Rechtsprechung und Literatur lange Zeit umstritten, ob Vorständen bei Kompetenzverstößen der

Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens verwehrt bleiben muss. Diesem Meinungsstreit hat der BGH nun ein Ende gesetzt.

### Bisheriger Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Der BGH versagte in seiner älteren Rechtsprechung bei Kompetenzverstößen zunächst den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens. So entschied der BGH im Jahr 1991, dass sich ein Aufsichtsratsmitglied und ein Geschäftsführer nicht auf den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens berufen dürfen, weil andernfalls die Mitwirkungsrechte der Minderheitsgesellschafter unterlaufen worden wären (vgl. BGH, Urteil vom 25.02.1991 – II ZR 76/90). Das OLG Koblenz bestätigte diese – zunächst – ablehnende Rechtsprechung des BGH für die Haftung eines GmbH-Geschäftsführers (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 24.09.2007 – 12 U 1437/04).

In weiteren Entscheidungen wich der BGH dann allerdings von seiner damaligen Entscheidung aus dem Jahr 1991 ab. In zwei Entscheidungen aus den Jahren 2007 und 2008 stellte der BGH zunächst klar, dass der Verstoß eines GmbH-Geschäftsführers gegen die Kompetenz- ▶



Bei der Beurteilung etwaiger Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder sowie deren Durchsetzbarkeit ist die BGH-Entscheidung entsprechend zu berücksichtigen, was bei laufenden Verfahren gegebenenfalls zu Neubewertungen führen kann.

ordnung nicht zwangsläufig zu einem Schaden führen muss (vgl. BGH, Urteil vom 11.12.2006 – II ZR 166/05; BGH, Urteil vom 21.07.2008 – II ZR 86/11). Im Jahr 2013 entschied der BGH ferner zur GmbH & Co. KG, dass ein Schaden dann nicht angenommen werden kann, wenn anzunehmen ist, dass sämtliche Gesellschafter der KG mit dem Handeln des Geschäftsführers einverstanden gewesen wären (vgl. BGH, Urteil vom 18.06.2013 – II ZR 86/11).

Seither war in der Literatur umstritten, inwieweit diese Grundsätze auch auf die Aktiengesellschaft übertragen werden können.

Die überwiegende Meinung in der Literatur vertrat bislang die Auffassung, dass Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft bei Kompetenzverstößen der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens verwehrt bleiben muss. Als Begründung wurde hierzu angeführt, dass andernfalls die von § 111 Abs. 4 S. 2 AktG intendierte Abschreckungswirkung gemindert würde. Auch der Schutzzweck der Kompetenznorm liefe andernfalls weitgehend leer. Die Überwachungserleichterung des Aufsichtsrats und die Verhinderung von Überraschungen seien nicht mehr gewährleistet, wenn der Vorstand sich über die Kompetenzordnung ohne Sanktionen hinwegsetzen könne.

Andere Stimmen in der Literatur vertraten die Auffassung, dass § 93 Abs. 2 AktG keinen Sanktionscharakter habe, sondern lediglich eine Schadensersatznorm sei. Sanktionen, wie von anderen Stimmen aus der Literatur gefordert, gingen über den Regelungsgehalt von § 249 ff.

BGB und § 93 Abs. 2 AktG hinaus. Die Möglichkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens würde auch keinen Freifahrtschein für Verstöße bedeuten, da die Beweislast dafür, dass bei pflichtgemäßem Verhalten der Schaden ebenso eingetreten wäre, beim Vorstand läge. Diese Stimmen befürworteten, dass der Einwand daher auch bei Kompetenzverstößen eines Vorstands einer Aktiengesellschaft zulässig sein muss.

Mit Urteil vom 10.07.2018 hat der BGH nun klargestellt, dass das Zustimmungserfordernis des § 111 Abs. 2 AktG keine Besonderheiten aufweise, die es verböten, die bisherige Rechtsprechung des BGH zur GmbH (& Co. KG) auf die Aktiengesellschaft zu übertragen. Der BGH hat seine Rechtsprechung insoweit ausgedehnt und erlaubt auch Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft, sich bei Kompetenzverstößen auf den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens zu berufen (vgl. BGH, Urteil vom 10.07.2018 – II ZR 24/17).

### Klarstellung des BGH mit Urteil vom 10.07.2018 (II ZR 24/17)

Der Vorstand – so der BGH nun – könne gegenüber einer Schadensersatzklage der Aktiengesellschaft, die mit dem Verstoß gegen einen zugunsten des Aufsichtsrats eingerichteten Zustimmungsvorbehalt begründet ist, einwenden, der Aufsichtsrat hätte den von ihm durchgeführten Maßnahmen zugestimmt, wenn er ihn gefragt hätte. Der BGH hat klargestellt, dass der Einwand pflichtgemäßen Alternativverhaltens auch bei einem solchen Kompetenzverstoß nicht von vornherein ausgeschlossen ist.

§ 93 Abs. 2 AktG als Sanktionsinstrument für die Verletzung innergesellschaftlicher Kompetenzvorschriften und nicht lediglich zum Ausgleich von Schäden in der Gesellschaft zu verwenden, überdehne den Schutzzweck der Norm, so der BGH. Es dürfe kein in § 93 Abs. 2 AktG nicht angelegter Strafschadensersatz konstruiert werden, der zivilrechtlichen Haftungsgrundsätzen zuwiderliefe. Die Sanktionierung von Kompetenzverstößen durch den Vorstand sei vielmehr Gegenstand der Personalkompetenz des Aufsichtsrats.

---

Besonderes Augenmerk richtet der BGH auf den unternehmerischen Handlungsspielraum, der dem Aufsichtsrat bei der Zustimmungsentscheidung zukommt.

---

Besonderes Augenmerk richtet der BGH auf den unternehmerischen Handlungsspielraum, der dem Aufsichtsrat bei der Zustimmungsentscheidung zukommt. Ein solcher Handlungsspielraum schließe den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht aus, sondern ist vielmehr bei der dem Tatrichter vorbehaltenen Prüfung zu berücksichtigen, ob der Aufsichtsrat einer geplanten Maßnahme zugestimmt hätte, wenn er gefragt worden wäre.

Die Bereiche, in denen dem Aufsichtsrat ein solcher Handlungsspielraum jedoch nicht zusteht, formen ▶

unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG zugleich die äußeren Grenzen für den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens. Dies betrifft Fälle, in denen die Aufsichtsratsmitglieder bei pflichtgemäßem Verhalten aus damaliger Sicht in das vom Vorstand zur Zustimmung vorgelegte Geschäft hätten einwilligen müssen oder die Einwilligung hätten versagen müssen. Bei einer solchen – in der Praxis seltenen – Einwilligungspflicht des Aufsichtsrats hat der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens Erfolg. Der Vorstand haftet dann nicht für den Kompetenzverstoß. Wo die Einwilligung des Aufsichtsrats hingegen aus Ex-ante-Sicht pflichtwidrig gewesen wäre, gilt umgekehrt, dass sich der Vorstand nicht mit einer hypothetischen, dann pflichtwidrigen, Zustimmung entlasten kann. Ergänzend führte der BGH hierzu aus, dass der Vorstand in einem solchen Fall auch bei erteilter Zustimmung in aller Regel haften würde. Es komme auf den Kompetenzverstoß als haftungsauslösende Pflichtwidrigkeit gar nicht an, weil bereits die beabsichtigte Maßnahme des Vorstands nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG pflichtwidrig sei.

Hingegen sei es nicht zulässig, allein aus dem Eintritt eines Schadens darauf zu schließen, dass das Handeln pflichtwidrig war. Ein wirtschaftlich unmittelbar nachteiliges Geschäft könne etwa vorgenommen werden, wenn vernünftigerweise langfristige Vorteile zu erwarten sind.

Schließlich stellte der BGH in diesem Zusammenhang noch klar, dass den beklagten Vorstand für den streitgegenständlichen Einwand die volle Darlegungs- und Beweislast trifft. Er muss den sicheren Nachweis erbringen,

dass der Schaden auf jeden Fall, auch ohne Kompetenzüberschreitung, eingetreten wäre. Die bloße Möglichkeit und selbst die Wahrscheinlichkeit genügen hierfür nicht. Gelingt dem Vorstand dieser Nachweis jedoch, so der BGH, „kann ihm bei wertender Betrachtung grundsätzlich der in Folge des Kompetenzverstoßes eingetretene Schaden billigerweise nicht zugerechnet werden“.

### Fazit

Die Entscheidung des BGH ist wenig überraschend, da der BGH bereits für den GmbH-Geschäftsführer entschieden hatte, dass der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens auch bei Kompetenzverstößen zulässig ist. Auch erscheint es unbillig, Vorstände für „Schäden“ haften zu lassen, die auch bei pflichtgemäßem Handeln des Vorstands eingetreten wären.

Gleichwohl hat die Entscheidung erhebliche Praxisrelevanz, da sich der BGH mit seiner Entscheidung über die bislang herrschende Meinung in der Literatur hinweggesetzt hat. Bei der Beurteilung etwaiger Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder sowie deren Durchsetzbarkeit ist die BGH-Entscheidung entsprechend zu berücksichtigen, was bei laufenden Verfahren gegebenenfalls zu Neubewertungen führen kann.

Spannend dürfte auch werden, welche Anforderungen die Gerichte an den Nachweis des hypothetischen Abstimmungsverhaltens des Aufsichtsrats stellen werden. Es wird sich zeigen, inwieweit dieser Nachweis durch die (teils Jahre später stattfindende) Vernehmung einzelner Aufsichtsratsmitglieder geführt werden kann. ◀



**Dr. Florian Weichselgärtner**  
Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator (CVM),  
Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft  
mbH, München  
[florian.weichselgaertner@bblaw.com](mailto:florian.weichselgaertner@bblaw.com)  
[www.bblaw.com](http://www.bblaw.com)