



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 24/17

Verkündet am:
10. Juli 2018
Stoll
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: _____ ja

AktG § 111 Abs. 4 Satz 2, § 108 Abs. 1, § 93 Abs. 4 Satz 1; BGB § 242 Cd

- a) Bestimmen die Satzung oder der Aufsichtsrat, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen, hat der Vorstand die Zustimmung des Aufsichtsrats grundsätzlich vor der Durchführung des Geschäfts einzuholen.
- b) Die Zustimmung kann, vorbehaltlich der Übertragung der Zustimmungsentscheidung auf einen Ausschuss, nur durch ausdrücklichen Beschluss des Aufsichtsrats erteilt werden und kann nicht durch eine Entscheidung des Aufsichtsratsvorsitzenden ersetzt werden.
- c) Die Inanspruchnahme des Vorstandsmitglieds auf Schadensersatz durch eine Aktiengesellschaft wegen Pflichtverletzung ist regelmäßig nicht deshalb rechtsmissbräuchlich, weil der Alleinaktionär zuvor in das haftungsbegründende Geschäft eingewilligt hat.
- d) Der Vorstand kann gegenüber einer Schadensersatzklage der Aktiengesellschaft, die mit dem Verstoß gegen einen zu Gunsten des Aufsichtsrats eingerichteten Zustimmungsvorbehalt begründet ist, einwenden, der Aufsichtsrat hätte den von ihm durchgeführten Maßnahmen zugestimmt, wenn er ihn gefragt hätte.

BGH, Urteil vom 10. Juli 2018 - II ZR 24/17 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juli 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher und die Richter Born, Sunder, die Richterin B. Grüneberg sowie den Richter V. Sander

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. Dezember 2016 aufgehoben, soweit zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte war bis 29. Februar 2012 Vorstand der Klägerin, einer Aktiengesellschaft, deren Alleinaktionärin die Stadt D. ist. Die Klägerin betreibt in D. unter anderem Parkhäuser und Tiefgaragen, zudem entwickelt und vermietet sie Gewerbeimmobilien. Die Stadt D. ist Eigentümerin eines mit dem Schloss E. , einem Wirtschaftshof und weiteren Nebengebäuden bebauten Grundstücks. Die Klägerin erwog seit September 2007,

den Gebäudekomplex zu übernehmen und verhandelte hierüber seit 2008 mit der Stadt. Die Satzung der Klägerin enthält in § 7 Zustimmungsvorbehalte. Unter anderem bedarf der Vorstand für die Ausführung von Bauten und Neuschaffungen, soweit im Einzelfall 200.000 € überschritten werden, der Zustimmung des Aufsichtsrats. Im Frühjahr/Sommer 2008 ließ der Beklagte Kalkulationen zur Sanierung und Nutzung des Grundbesitzes erstellen. Die Überlegungen mündeten in eine Beschlussvorlage des Beklagten zur Aufsichtsratssitzung vom 25. November 2008. Darin war vorgesehen, nach der Sanierung die im Schloss gelegenen Räume für Veranstaltungen zu vermieten sowie die Räume im Wirtschaftshof umzubauen und anschließend als möblierte Appartements zu vermieten. Durch die Mieteinnahmen aus diesen Appartements sollte sich das Projekt auf die Laufzeit eines zu vereinbarenden Erbbaurechts gesehen selbst tragen. Die Sanierungskosten für das Schloss wurden mit 1.368.000 €, diejenigen für den Wirtschaftshof mit 2.079.142 € und für weitere Nebengebäude mit 272.820 € und 97.400 € veranschlagt. Hinzu kamen Zwischenfinanzierungskosten. Der Aufsichtsrat stimmte der Sanierung des Schlosses E. und des Wirtschaftshofs entsprechend der Beschlussvorlage mit Gesamtinvestitionskosten von 3.936.614 € zu.

2 In der Folgezeit wurden nach Überprüfung durch den Denkmalpfleger S. die zu erwartenden Sanierungskosten nach oben korrigiert. Allein die Sanierung und der Ausbau des Wirtschaftshofs wurden nun auf ca. 6.400.000 € geschätzt. Am 14. Mai 2009 fand eine Besprechung zwischen dem Beklagten und dem Oberbürgermeister der Stadt D. statt, der zugleich Aufsichtsratsvorsitzender der Klägerin war. Der Inhalt des Gesprächs ist streitig.

3 Am 23. Juli 2009 schloss der Beklagte für die Klägerin mit der Stadt D. einen Erbbaurechtsvertrag auf die Dauer von 50 Jahren ab, in dem eine Nutzung des Gebäudeensembles so vorgesehen war, wie sie auch dem Auf-

sichtsratsbeschluss zugrunde gelegen hatte. Von August 2009 bis Frühjahr 2010 wurde nur das Schloss durch eine hundertprozentige Tochter der Klägerin, der B. Bau & Projektmanagement GmbH, als Generalunternehmerin saniert. Geschäftsführer der GmbH war der Beklagte. Der Wirtschaftshof wurde nicht saniert. Schloss E. wird von einer weiteren hundertprozentigen Tochter der Klägerin, der I. GmbH & Co. KG, betrieben. Geschäftsführer der Komplementärin der Betriebsgesellschaft war der Beklagte. Eine Vermarktung des unsanierten Wirtschaftshofs gelang nicht.

- 4 Mit der Klage hat die Klägerin, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, unter anderem die Zahlung von 2.913.287 € nebst Zinsen verlangt und beantragt, die Ersatzpflicht für weitere Schäden festzustellen. Das Landgericht hat den Zahlungsantrag dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche weiteren Schäden zu ersetzen, die daraus oder im Zusammenhang damit entstehen, dass der Beklagte als Vorstand der Klägerin für diese mit der Stadt D. den Erbbaurechtsvertrag vom 23. Juli 2009 betreffend das Schlossensemble E. schloss und die Sanierung des Schlossensembles gegenständlich im Wesentlichen auf das Hauptgebäude beschränkte. Das Berufungsgericht hat unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels des Beklagten das Urteil des Landgerichts im Feststellungsausspruch einschließlich des ihm zugrundeliegenden Verfahrens aufgehoben und an das Landgericht zurückverwiesen. Soweit das Landgericht den Zahlungsantrag dem Grunde nach für gerechtfertigt gehalten hat, hat das Berufungsgericht das Urteil dahin ergänzt, dass die Einwendungen der Vorteilsausgleichung und des mitwirkenden Verschuldens dem Betragsverfahren vorbehalten bleiben, letzteres jedoch nur für Schäden, die nach dem 29. Februar 2012 entstanden sind. Mit seiner vom erkennenden Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision des Beklagten hat Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils soweit zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist und zur Zurückverweisung der Sache in diesem Umfang an das Berufungsgericht.

6 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Der Beklagte habe sich gemäß § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG gegenüber der Klägerin schadensersatzpflichtig gemacht, indem er das von dem Aufsichtsrat mit Beschluss vom 25. November 2008 bewilligte und budgetierte Projekt der Sanierung des Schlosses E. und des Wirtschaftshofs nicht ausgesetzt und wegen der grundlegend veränderten Planungssituation keine erneute Entscheidung des Aufsichtsrats für das weitere Vorgehen in dieser Angelegenheit eingeholt habe.

8 Spätestens durch die E-Mail des Mitarbeiters der Klägerin V. vom 25. Mai 2009 habe der Beklagte verlässlich gewusst, dass wegen der von dem Denkmalpfleger S. festgestellten Nässe in den Wänden und Decken des Wirtschaftshofs allein dessen Sanierung weder zu den dafür in der Vorlage zum Beschluss des Aufsichtsrats vom 25. November 2008 vorgesehenen Kosten von 2.079.142 € noch im Rahmen des Gesamtbudgets von 3.936.614 €, sondern nur mit einem Kostenaufwand von 6.436.480 € würde geleistet werden können. Durch die Nichtvorlage seiner neuen Strategie für das weitere Vorgehen in diesem Projekt an den Aufsichtsrat habe der Beklagte gegen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters verstoßen, da die tatsächliche Situation grundlegend von der in der Vorlage zum Beschluss des Aufsichtsrats vom 25. November 2008 angenommenen Situation abgewichen

sei. Die damals erteilte und gemäß § 7 der Satzung nach wie vor erforderliche Zustimmung des Aufsichtsrats zu dem Abschluss des Erbbaurechtsvertrags und der Sanierung des Hauptgebäudes des Schlosses sei nach dem Maßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters hinfällig geworden.

9 Nicht nur die seinerzeit budgetierten Kosten hätten bei weitem nicht ausgereicht, um das Projekt zu realisieren. Angesichts der in der Beschlussvorlage dargestellten Kalkulation, nach der die Kosten des Projekts maßgeblich durch die erwarteten Einnahmen aus der Vermietung des Wirtschaftshofs (214.588,24 €) hätten gedeckt werden sollen und die erwarteten Einnahmen aus der Vermietung des Hauptgebäudes (75.830,25 €) nicht einmal zur Deckung der Finanzierungszinsen (103.060,57 €) ausgereicht hätten, habe der Aufsichtsratsbeschluss vom 25. November 2008 auch nicht als Zustimmung dazu angesehen werden können, zunächst nur das Hauptgebäude zu sanieren, und schon gar nicht als Zustimmung dazu, hierfür statt der in der Beschlussvorlage vorgesehenen 1.368.000 € rund 3.000.000 € auszugeben. Der Abschluss des Erbbaurechtsvertrags sei unabhängig von der ohnehin gemäß § 7 der Satzung fehlenden wirksamen Zustimmung des Aufsichtsrats für die Klägerin schon deshalb rechtlich und wirtschaftlich nachteilig gewesen, weil sich die Klägerin darin für 50 Jahre zur Unterhaltung des Schlossensembles verpflichtet habe, obwohl nach damaligem Planungsstand gar nicht erkennbar gewesen sei, ob die Klägerin das Schlossensemble jemals wirtschaftlich, das heißt ohne Verluste, werde nutzen können.

10 Wie sich aus § 111 Abs. 4 Satz 2, § 93 Abs. 4 Satz 2 AktG ergebe, könne die Satzung der Klägerin nicht dahin ausgelegt werden, dass auch eine nachträgliche Billigung des Aufsichtsrats zu einer zustimmungspflichtigen Maßnahme ausreichend sei. Es widerspräche auch der mit § 7 der Satzung erkennbaren Absicht der präventiven Überwachung des Vorstands durch den Auf-

sichtsrat, wenn es genügen würde, den Aufsichtsrat erst im Nachhinein bei bereits vollendeten Tatsachen um seine Zustimmung zu bitten.

11 Unerheblich sei die Einwendung der Berufung, die Klägerin verhalte sich rechtsmissbräuchlich, da der Beklagte seine geänderte Strategie angeblich mit dem damaligen Oberbürgermeister der Alleinaktionärin der Klägerin bis ins Detail abgesprochen habe. Da ein Haftungsausschluss nach der gesetzlichen Wertung des § 93 Abs. 4 AktG voraussetze, dass das schadensursächliche Verhalten des Vorstands auf einem Beschluss der Hauptversammlung beruhe, der bereits vor der Maßnahme gefasst worden sei, würde die Zulassung der Einrede der unzulässigen Rechtsausübung in solchen Fällen die formalen Voraussetzungen des § 93 Abs. 4 AktG aushöhlen.

12 Ohne Erfolg bleibe der Berufungsangriff des Beklagten, die damaligen Mitglieder des Aufsichtsrats hätten, wenn er pflichtgemäß den Aufsichtsrat um Zustimmung gebeten hätte, seiner geänderten Strategie zugestimmt. Mit zutreffender Begründung habe das Landgericht die Erheblichkeit dieses Vorbringens schon deshalb verneint, weil der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens dann nicht greife, wenn es um die Verletzung von Organisations-, Kompetenz- oder Verfahrensregeln gehe, weil ansonsten deren Schutzzweck weitgehend leerlaufe. Zum anderen gelange man auch unter Anwendung dieses Rechtsgedankens zu keinem anderen Ergebnis.

13 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

14 1. Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe gegen die ihm nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG obliegenden Pflichten verstoßen, ist aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Beklagte verpflichtet war, vor Umsetzung des

geänderten Konzepts einen neuen Zustimmungsbeschluss des Aufsichtsrats einzuholen, nachdem die von der ursprünglichen Planung abweichende erhebliche Kostensteigerung festgestellt worden war, die es entgegen der ursprünglichen Planung ausschloss, das Projekt wirtschaftlich zu betreiben. Sieht sich der Vorstand nach eingeholter Zustimmung zur Vornahme wesentlicher inhaltlicher Änderungen des Geschäfts veranlasst, muss er diese dem Aufsichtsrat mitteilen und um erneute Zustimmung nachsuchen (Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 111 Rn. 717). Die Revision stellt das nicht in Frage. Gleichfalls unangegriffen bleibt die Feststellung des Berufungsgerichts, der Klägerin sei durch den Kompetenzverstoß des Beklagten ein Schaden entstanden. Diese Feststellung ist zur Begründung einer Haftung des Beklagten erforderlich. Der Vorstand schuldet keinen Schadensersatz nach § 93 Abs. 2 AktG, wenn sich durch seine pflichtwidrige Handlung die Vermögenslage der Gesellschaft nicht verschlechtert hat. Dieser Grundsatz gilt auch bei einem Kompetenzverstoß. Denn § 93 Abs. 2 AktG sanktioniert nicht den Kompetenzverstoß des Vorstands an sich, sondern setzt einen dadurch verursachten Schaden voraus (vgl. BGH, Beschluss vom 2. Juni 2008 - II ZR 67/07, WM 2008, 1453 Rn. 8; Urteil vom 11. Dezember 2006 - II ZR 166/05, ZIP 2007, 268 Rn. 10, 12; Urteil vom 21. Juli 2008 - II ZR 39/07, ZIP 2008, 1818 Rn. 19; Urteil vom 13. März 2012 - II ZR 50/09, ZIP 2012, 1197 Rn. 27; Urteil vom 18. Juni 2013 - II ZR 86/11, BGHZ 197, 304 Rn. 44).

- 15 2. Entgegen der Auffassung der Revision kann die nach § 7 der Satzung der Klägerin erforderliche Zustimmung des Aufsichtsrats nicht durch eine nachträgliche (konkludente) Genehmigung des Handelns des Beklagten durch den Aufsichtsrat ersetzt werden. Bestimmen die Satzung oder der Aufsichtsrat, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen, hat der Vorstand die Zustimmung des Aufsichtsrats grundsätz-

lich vor der Durchführung des Geschäfts einzuholen. Auf eine im Schrifttum diskutierte Ausnahme in Eilfällen kann sich der Beklagte nicht berufen.

- 16 a) Indem die Satzung oder der Aufsichtsrat die Vornahme eines Geschäfts von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig machen, verpflichten sie den Vorstand, den Beschluss des Aufsichtsrats vor Durchführung des Geschäfts herbeizuführen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 2006 - II ZR 243/05, ZIP 2007, 224 Rn. 9; Götz, ZGR 1990, 633, 643; Fonk, ZGR 2006, 841, 868; E. Vetter in Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG, 4. Aufl., Rn. 26.37; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, § 3 Rn. 124; Henssler in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 111 AktG Rn. 22; Wachter/Schick, AktG, 2. Aufl., § 111 Rn. 14; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, AktG, 2013, § 111 Rn. 52; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 111 Rn. 46; Israel in Bürgers/Körper, AktG, 4. Aufl., § 111 Rn. 25; Breuer/Fraune in Heidel, AktG, 4. Aufl., § 111 Rn. 29; Drygala in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 111 Rn. 61; Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 111 Rn. 75; MünchKommAktG/Habersack, 4. Aufl., § 111 Rn. 123; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl., § 111 Rn. 106; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 111 Rn. 680; aA Hoffmann/Preu, Der Aufsichtsrat, 5. Aufl., Rn. 302). Dies gilt jedenfalls dann, wenn der konkrete Zustimmungskatalog entweder wie in der Satzung der Klägerin zum Zeitpunkt der Zustimmungserteilung schweigt oder diese im Sinne einer vorherigen Einwilligung festschreibt. Ob und wenn ja wie ausdrücklich geregelt werden kann, dass eine Zustimmungserteilung nach Durchführung der Maßnahme zulässig ist, bedarf keiner Entscheidung (vgl. dazu Fonk, ZGR 2006, 841, 870; Seebach, AG 2012, 70, 75 f.; E. Vetter in Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG, 4. Aufl., Rn. 26.37; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 111 Rn. 47; MünchKommAktG/Habersack, 4. Aufl., § 111 Rn. 124; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl., § 111 Rn. 106; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 111 Rn. 682 f.).

17 Entgegen der Auffassung der Revision liegt es nicht im pflichtgemäßen Ermessen des Vorstands, ob er die Zustimmung vor oder nach der Vornahme des betreffenden Geschäfts einholt. Zustimmungsvorbehalte, wie sie die Satzung der Klägerin auf der Grundlage des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG für bestimmte Geschäfte vorsieht, sind das Instrument vorbeugender Kontrolle des Aufsichtsrats, Maßnahmen des Vorstands, die möglicherweise nicht mehr rückgängig gemacht werden können, von vornherein zu unterbinden (BGH, Urteil vom 11. Dezember 2006 - II ZR 243/05, ZIP 2007, 224 Rn. 9). Diesen Zweck können Zustimmungsvorbehalte nur erfüllen, wenn sie als Einwilligungsvorbehalte verstanden werden (Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 111 Rn. 46; Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 111 Rn. 75; MünchKommAktG/Habersack, 4. Aufl., § 111 Rn. 123; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl., § 111 Rn. 106). Aus dem abweichenden Sprachgebrauch der §§ 183, 184 BGB, nach dem die Zustimmung sowohl die vorherige Einwilligung als auch die nachträgliche Genehmigung umfasst, ergibt sich nichts anderes. Das Begriffsverständnis ist nicht übertragbar, weil die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs einen abweichenden Regelungsgehalt haben. Dort bleibt das Geschäft bis zur Erteilung der Zustimmung unwirksam, wohingegen es sich bei einem Zustimmungserfordernis nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG nur um eine das Innenverhältnis der Gesellschaft betreffende Regelung handelt. Rechtsgeschäfte mit Dritten sind auch dann wirksam, wenn sie unter Verstoß gegen das Zustimmungsgesetz abgeschlossen werden (§§ 78, 82 AktG; BGH, Urteil vom 1. Februar 2012 - VIII ZR 307/10, WM 2012, 2020 Rn. 20; BAG, Urteil vom 11. Juli 2017 - 3 AZR 513/16, NZA 2017, 1471 Rn. 33; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 111 Rn. 46; MünchKommAktG/Habersack, 4. Aufl., § 111 Rn. 123).

18 b) Ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen sich der Vorstand in Eilfällen ausnahmsweise darauf beschränken kann, trotz eines Zustimmungsvorbehalts sein Vorgehen nachträglich genehmigen zu lassen, bedarf keiner

Entscheidung (vgl. hierzu Götz, ZGR 1990, 633, 643 f.; Fonk, ZGR 2006, 841, 870 f.; E. Vetter in Marsch-Barnier/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG, 4. Aufl., Rn. 26.37; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 111 Rn. 47; Breuer/Fraune in Heidel, AktG, 4. Aufl., § 111 Rn. 29; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl., § 111 Rn. 106; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 111 Rn. 681 ff.; kritisch Ver-se in Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, § 3 Rn. 124; Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 111 Rn. 76; ablehnend Drygala in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 111 Rn. 61; MünchKommAktG/Habersack, 4. Aufl., § 111 Rn. 124).

19 Es lag kein Eilfall vor. Der Beklagte wusste spätestens durch die E-Mail des Mitarbeiters der Klägerin V. vom 25. Mai 2009, dass die ursprüngliche Planung wegen der erheblichen Kostensteigerung gescheitert war. Bis zum Abschluss des Erbbaurechtsvertrags am 23. Juli 2009 hatte der Beklagte ausreichend Zeit, beim Aufsichtsrat um Zustimmung zu seinem neuen Konzept nach-zusuchen. Zudem hat bereits das Landgericht, von der Berufung nicht angegrif-fen, festgestellt, dass es dem Beklagten freigestanden hätte, von dem Ab-schluss des Erbbaurechtsvertrags bis zur Einholung eines neuen Beschlusses des Aufsichtsrats abzusehen.

20 3. Entgegen der Auffassung der Revision ersetzt die Einwilligung des Aufsichtsratsvorsitzenden der Klägerin nicht die Zustimmung des Aufsichtsrats.

21 a) Es kann insoweit dahinstehen, ob der Beklagte, wie er behauptet, mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden der Klägerin, dem Oberbürgermeister der Stadt D. , die gegenüber dem Beschluss vom 25. November 2008 geänderte Vorgehensweise bis ins Detail abgesprochen hat.

22 b) Die Einwilligung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden wäre nicht aus-reichend. Die im Zusammenhang mit der Zustimmung nach § 111 Abs. 4 Satz 2

AktG erforderliche, am Gesellschaftszweck orientierte Willensbildung des Aufsichtsrats erfolgt, vorbehaltlich der Übertragung der Zustimmungsentscheidung auf einen Ausschuss, durch ausdrücklichen Beschluss nach § 108 Abs. 1 AktG. Dieser Vorgang einheitlicher Willensbildung kann nicht durch die Entscheidung des Aufsichtsratsvorsitzenden ersetzt werden, weil dieser seinen Willen abweichend vom Aufsichtsrat bilden könnte (vgl. BGH, Urteil vom 17. März 2008 - II ZR 239/06, ZIP 2008, 1114 Rn. 11; Zwischenurteil vom 29. Januar 2013 - II ZB 1/11, ZIP 2013, 483 Rn. 11; Beschluss vom 14. Mai 2013 - II ZB 1/11, ZIP 2013, 1274 Rn. 22).

23 4. Der vom Beklagten erhobene Einwand des Rechtsmissbrauchs hat keinen Erfolg.

24 a) Auch insoweit kann dahinstehen, ob der Beklagte, wie er behauptet, mit dem Oberbürgermeister der Stadt D. , der Alleinaktionärin der Klägerin, die gegenüber dem Beschluss vom 25. November 2008 geänderte Vorgehensweise bis ins Detail abgesprochen hat.

25 b) Der von dem Beklagten aus diesem Sachverhalt abgeleitete Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB), weil er mit Einwilligung der Alleinaktionärin der Klägerin gehandelt habe, hafte er der Klägerin gegenüber nicht, greift nicht durch.

26 aa) Der Aktiengesellschaft gegenüber tritt die Ersatzpflicht des Vorstandsmitglieds allerdings nicht ein, wenn seine Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht (§ 93 Abs. 4 Satz 1 AktG). Notwendig ist indes ein förmlicher Beschluss in der Hauptversammlung. Meinungsäußerungen oder die konkludente Einwilligung der Hauptversammlung oder einzelner Aktionäre genügen nach allgemeiner Meinung nicht, auch nicht, wenn es sich um Bekundungen des Alleinaktionärs handelt (Wolff/Jansen,

NZG 2013, 1165, 1167; Dauner-Lieb in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 93 AktG Rn. 41; Wachter/Eckert, AktG, 2. Aufl., § 93 Rn. 53; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 93 Rn. 73; Krieger/Sailer-Coceani in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 60; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 266; MünchKommAktG/Spindler, 4. Aufl., § 93 Rn. 249; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl., § 93 Rn. 150; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 93 Rn. 478).

27 bb) Streitig ist, ob die Einwilligung des Alleinaktionärs dazu führen kann, dass die Geltendmachung der Ersatzpflicht durch die Gesellschaft rechtsmissbräuchlich wird. Einerseits wird dem auf Schadensersatz aus Innenhaftung verklagten Vorstandsmitglied der Einwand des Rechtsmissbrauchs zugebilligt, wenn zwar kein gesetzmäßiger Hauptversammlungsbeschluss nach § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG gefasst wurde, aber der Alleinaktionär in die schadenstiftende Maßnahme eingewilligt hat (OLG Celle, GemWW 1984, 469, 470 f.; Haas/Wigand in Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung, 3. Aufl., Rn. 20.78 aE; Wiesner in Münch. Hdb. GesR IV, § 26 Rn. 43; Hölter/Hölter, AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 295; U. Schmidt in Heidel, AktG, 4. Aufl., § 93 Rn. 133; MünchKommAktG/Spindler, 4. Aufl., § 93 Rn. 249; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl., § 93 Rn. 150). Andere sprechen sich gegen die Anwendung von Treu und Glauben in diesen Fällen aus (OLG Köln, AG 2013, 396; OLG Düsseldorf, ZIP 2015, 1586, 1590; Wolff/Jansen, NZG 2013, 1165, 1168; Krieger/Sailer-Coceani in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 60; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 93 Rn. 479). Eine dritte Auffassung will den Einwand in Ausnahmefällen zulassen (Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 93 Rn. 73; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 266 aE).

28 c) Die letztgenannte Auffassung ist zutreffend. Die Inanspruchnahme des Vorstandsmitglieds auf Schadensersatz durch eine Aktiengesellschaft wegen

Pflichtverletzung ist regelmäßig nicht deshalb rechtsmissbräuchlich, weil der Alleinaktionär zuvor in das haftungsbegründende Geschäft eingewilligt hat.

29 Die Zulassung dieses Einwands würde zu einer Umgehung des § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG führen. Die Norm ist die Konsequenz der in § 83 Abs. 2 AktG verankerten Verpflichtung des Vorstands, gesetzmäßige Beschlüsse der Hauptversammlung umzusetzen. Zweck der Vorschrift ist es, die Vorstandsmitglieder in den Fällen von einer Haftung freizustellen, in denen sie zur Ausführung eines Hauptversammlungsbeschlusses verpflichtet sind, weil die Pflichterfüllung nicht zugleich eine Ersatzpflicht auslösen kann (vgl. Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 93 Rn. 72; Spindler/Stilz/Fleischer, AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 265; Krieger/Sailer-Coceani in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 59; MünchKommAktG/Spindler, 4. Aufl., § 93 Rn. 236; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 93 Rn. 470). Teilweise wird § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG weitergehend als eine Ausprägung des aus Treu und Glauben abgeleiteten Grundsatzes *venire contra factum proprium* angesehen (Dauner-Lieb in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 93 AktG Rn. 41; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 264; aA KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl., § 93 Rn. 149).

30 Eine formlose Willensäußerung von Aktionären genügen zu lassen, entspricht nicht der *ratio legis*, weil der Vorstand an eine formlose Willenskundgabe durch Aktionäre nicht gebunden ist. Wo eine entsprechende Verpflichtung nicht besteht, besteht auch keine Veranlassung für eine Haftungsfreistellung. Ließe man den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung bei formloser Zustimmung des Alleinaktionärs zu, gelangte man auf diesem Weg zu demselben Ergebnis wie bei einer unmittelbaren Geltung von § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG, was zu einer Umgehung der zwingenden Verfahrensvorschriften über die Beschlussfassung der Hauptversammlung führen würde (Wolff/Jansen, NZG 2013, 1165, 1168; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 93 Rn. 479).

Sieht man in § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG darüber hinaus eine Ausprägung des Grundsatzes *venire contra factum proprium*, so ist es überdies auch methodisch nicht einsichtig, weshalb bei Nichtvorliegen der normierten Voraussetzungen des § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG ein Rückgriff auf den ungeschriebenen Grundsatz zulässig sein soll, deren Konkretisierung die Vorschrift darstellt (so zutreffend Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 93 Rn. 479).

31 d) Es mag Ausnahmefälle geben, in denen sich der Vorstand gegenüber der ihn auf Schadensersatz in Anspruch nehmenden Aktiengesellschaft erfolgreich wegen des Verhaltens des Alleinaktionärs mit dem Einwand widersprüchlichen Verhaltens verteidigen kann. Ein solcher Ausnahmefall liegt jedenfalls nicht vor.

32 aa) Ein widersprüchliches Verhalten ist rechtsmissbräuchlich im Sinne von § 242 BGB, wenn besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen. Entscheidend sind die Umstände des jeweiligen Einzelfalls. Widersprüchliches Verhalten kann rechtsmissbräuchlich sein, wenn für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen (BGH, Urteil vom 4. Februar 2015 - VIII ZR 154/14, BGHZ 204, 145 Rn. 24; Urteil vom 16. März 2017 - I ZR 39/15, GRUR 2017, 702 - PC mit Festplatte I Rn. 96, beide mwN). Eine Rechtsausübung ist unzulässig, wenn sich objektiv das Gesamtbild eines widersprüchlichen Verhaltens ergibt, weil das frühere Verhalten mit dem späteren sachlich unvereinbar ist und die Interessen der Gegenseite deshalb vorrangig schutzwürdig erscheinen (BGH, Beschluss vom 28. Juli 2015 - XII ZB 508/14, FamRZ 2015, 1709 Rn. 12; Urteil vom 12. Juli 2016 - XI ZR 501/15, BGHZ 211, 105 Rn. 20, Urteil vom 16. März 2017 - I ZR 39/15, GRUR 2017, 702 - PC mit Festplatte I Rn. 96, alle mwN).

- 33 Diese Voraussetzungen sind - wie bereits ausgeführt - nicht bereits dann erfüllt, wenn der Alleinaktionär in das haftungsbegründende Geschäft des Vorstands eingewilligt hat. Treten indes weitere Umstände im Verhalten des Alleinaktionärs hinzu, so dass sich objektiv das Gesamtbild eines widersprüchlichen Verhaltens ergibt, kann die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs durch die Gesellschaft im Ausnahmefall rechtsmissbräuchlich sein. Der Widerspruchlichkeit eines solchen Verhaltens steht nicht entgegen, dass der Alleinaktionär nur mittelbar über seine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen an dem Haftungsverhältnis beteiligt ist.
- 34 bb) Der vorliegende Fall ist indes anders gelagert. Weder ist für den Beklagten ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden noch lassen andere besondere Umstände die Inanspruchnahme des Beklagten als treuwidrig erscheinen.
- 35 Entgegen der Auffassung der Klägerin scheidet der Einwand allerdings nicht bereits dann aus, wenn der Oberbürgermeister die Alleinaktionärin der Klägerin in der Hauptversammlung nicht vertritt und seine Vertretungsmacht für die Stadt D. in der Hauptversammlung der Klägerin auf den Kämmerer übertragen hat. Dieser eher formale Gesichtspunkt verliert weitgehend an Bedeutung, wenn man in die Betrachtung einbezieht, dass der Oberbürgermeister gesetzlicher Vertreter der Gemeinde in Rechts- und Verwaltungsgeschäften ist und die Alleinaktionärin daher, auch aus Sicht des Beklagten, nach außen hin repräsentiert. Der Einwand des Beklagten scheitert aber vor allem daran, dass er nicht auf die Einwilligung eines Alleinaktionärs vertrauen konnte, der grundsätzlich schalten und walten kann wie es ihm beliebt und dessen Willensbildung mit der Willensbildung der Hauptversammlung identisch ist, sondern er nur auf die hier unterstellte Einwilligung des Vertreters der Stadt D. als Alleinaktionärin verweisen kann, bei dem dies nicht der Fall ist. Hinzu kommt, dass

dem Beklagten die eingeschränkte Handlungsmöglichkeit des Oberbürgermeisters in Bezug auf das geänderte Konzept bewusst war, nachdem er sich mit dem Oberbürgermeister auf Verschwiegenheit geeinigt hatte, weil das geänderte Vorhaben nach beiderseitiger Ansicht zum damaligen Zeitpunkt politisch nicht durchsetzbar war.

36 Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Vorstand zwar die Gesellschaft nach § 76 Abs. 1 AktG unter eigener Verantwortung leitet, der Beklagte die geänderte Konzeption aber nicht umsetzen durfte, ohne zuvor einen Zustimmungsbeschluss des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG herbeizuführen. Der Beklagte hat damit nicht nur die dem Vorstand in einer solchen Situation zustehende Möglichkeit versäumt, einen ihn bindenden und damit entlastenden Hauptversammlungsbeschluss gemäß § 119 Abs. 2 AktG einzuholen, anstatt auf die behauptete Einwilligung des Oberbürgermeisters als Repräsentant der Alleinaktionärin zu vertrauen. Er hat tiefgreifender in das Kompetenzgefüge der Klägerin eingegriffen, indem er den an sich zuständigen Aufsichtsrat übergangen hat.

37 Hält der Vorstand einer kommunalen Aktiengesellschaft in Absprache mit dem Oberbürgermeister der Kommune eine der Zustimmung des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG bedürftige Konzeptänderung bewusst geheim, weil er und der Oberbürgermeister der Auffassung sind, das Vorhaben sei politisch nicht durchsetzbar, ist er nicht in seinem Vertrauen darauf geschützt, die Gesellschaft werde durch diesen Kompetenzverstoß verursachte Schäden wegen der Einwilligung des Repräsentanten ihrer Alleinaktionärin nicht gegen ihn geltend machen. Nicht den gesamten Aufsichtsrat zu informieren, geschweige denn einen Zustimmungsbeschluss des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 Satz 2, § 108 Abs. 1 AktG herbeizuführen, beruhte nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten auf einer Verabredung mit dem Oberbürgermeister

der Stadt D. . Danach wurden der vom Denkmalschützer S. festgestellte erhöhte Sanierungsbedarf des Wirtschaftsgebäudes und die hieraus resultierenden Konsequenzen für das Projekt in Abstimmung mit dem Oberbürgermeister bewusst vertraulich behandelt. Nach der damaligen Einschätzung habe das Vorhaben nur noch durch einen Abriss des Wirtschaftsgebäudes verbunden mit einem Neubau verwirklicht werden können. Bei der Besprechung am 14. September 2009 sei allen Teilnehmern bewusst gewesen, dass im Vorfeld der Kommunalwahl im September 2009 aufgrund der hohen Erwartungshaltung bezüglich der Sanierung von Schloss E. ein Abriss des Wirtschaftshofs ebenso wenig wie das Absehen von der Sanierung des Schlosses politisch durchsetzbar gewesen wären. Da Aufsichtsratsinterna an die Presse weitergegeben worden seien, sei verabredet worden, die Information im Aufsichtsrat nur gezielt zu streuen.

38 5. Erfolg hat die Revision, soweit das Berufungsgericht dem Beklagten den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens versagt hat, das dieser damit begründet hat, der Aufsichtsrat hätte den von ihm durchgeführten Maßnahmen zugestimmt, wenn er ihn gefragt hätte.

39 a) Die Berufung des Schädigers auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten, das heißt den Einwand, der Schaden wäre auch bei einer ebenfalls möglichen, rechtmäßigen Verhaltensweise entstanden, kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die Zurechnung eines Schadenserfolgs beachtlich sein. Voraussetzung ist, dass derselbe Erfolg effektiv herbeigeführt worden wäre; die bloße Möglichkeit, ihn rechtmäßig herbeiführen zu können, reicht nicht aus (BGH, Urteil vom 2. November 2016 - XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104 Rn. 24; Urteil vom 20. April 2017 - III ZR 470/16, VersR 2018, 31 Rn. 53, z.V.i. BGHZ vorgesehen, beide mwN).

40 b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann sich ein Vorstand gegenüber der Gesellschaft grundsätzlich auf den Einwand rechtmäßigen bzw. pflichtgemäßen Alternativverhaltens berufen, wenn er den Zustimmungsvorbehalt des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG nicht beachtet hat.

41 aa) Die Frage ist streitig. Eine Auffassung im Schrifttum verneint die Zulässigkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens in diesem Fall, weil die Abschreckungswirkung für einen bewussten Verstoß gegen Kompetenzregeln und insoweit der Schutzzweck des § 93 AktG nicht erreicht werden könnten, wenn diesbezügliche Verstöße nicht sanktioniert würden (MünchKomm AktG/Spindler, 4. Aufl., § 93 Rn. 174; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl., § 93 Rn. 55; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 93 Rn. 416). Demgegenüber lassen andere Stimmen im Schrifttum den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens auch bei Kompetenzverstößen des Vorstands zu (vgl. Fleischer, DStR 2009, 1204, 1208 f.; Goette, DStR 2008, 1599, 1600; Seebach, AG 2012, 70, 73; Haarmann/Weiß, BB 2014, 2115, 2117; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 93 Rn. 50; § 111 Rn. 49; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 216).

42 bb) Die letztgenannte Auffassung ist richtig. Der Vorstand kann gegenüber einer Schadensersatzklage der Aktiengesellschaft, die mit dem Verstoß gegen einen zu Gunsten des Aufsichtsrats eingerichteten Zustimmungsvorbehalt begründet ist, einwenden, der Aufsichtsrat hätte den von ihm durchgeführten Maßnahmen zugestimmt, wenn er ihn gefragt hätte. Der Einwand pflichtgemäßen Alternativverhaltens ist bei einem solchen Kompetenzverstoß nicht von vornherein ausgeschlossen.

43 Der Senat hat bei der GmbH und bei der GmbH & Co. KG den Einwand pflichtgemäßen Alternativverhaltens bei Verstößen gegen die gesellschafts-

rechtliche Kompetenzordnung zugelassen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 2006 - II ZR 166/05, ZIP 2007, 268 Rn. 12; Urteil vom 21. Juli 2008 - II ZR 39/07, ZIP 2008, 1818 Rn. 19; Urteil vom 18. Juni 2013 - II ZR 86/11, BGHZ 197, 304 Rn. 32 f.). Das Zustimmungserfordernis des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG weist keine Besonderheiten auf, die es verbieten würden, diese Rechtsprechung zu übertragen.

44 Diejenigen, die den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens bei Kompetenzverstößen ablehnen, überdehnen den Schutzzweck des § 93 Abs. 2 AktG. Die Norm ist kein Sanktionsinstrument für die Verletzung innergesellschaftlicher Kompetenzvorschriften, sondern begründet einen Ersatzanspruch, der sich in allgemeine schadensrechtliche Grundsätze einfügen muss (Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 93 Rn. 50). § 93 Abs. 2 AktG verfolgt den Zweck, die Schäden der Gesellschaft auszugleichen, die ihr durch die Pflichtverletzung ihrer Vorstandsmitglieder entstanden sind, und bereits der Entstehung solcher Schäden durch eine Steuerung des Verhaltens der Vorstandsmitglieder vorzubeugen. Dieser Schutzzweck betrifft aber sämtliche Arten von Pflichtverletzungen gleichermaßen und wird bei Verstößen gegen Kompetenz-, Organisations- und Verfahrensregeln nicht um einen besonderen Sanktionszweck erweitert (Haarmann/Weiß, BB 2014, 2115, 2117; Hölters/Hölters, AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 262). Wollte man dies anders sehen, führte dies dazu, bei Verstößen gegen Kompetenz-, Organisations- und Verfahrensregeln in den Fällen rechtmäßigen Alternativverhaltens einen in § 93 Abs. 2 AktG nicht angelegten Strafschadensersatz zu konstruieren. Denn in diesem Fall würde allein ein der Norm nicht zukommender besonderer Sanktionscharakter zur Entstehung eines Schadensersatzanspruchs der Gesellschaft gegen das Vorstandsmitglied führen, obwohl nach zivilrechtlichen Haftungsgrundsätzen aufgrund des Einwands des rechtmäßigen Alternativverhaltens ein solcher Schadensersatzanspruch abzulehnen wäre. Die Sanktionierung von Fehlverhalten des Vorstands ist in solchen Fällen

vielmehr Gegenstand der Personalkompetenz des Aufsichtsrats (Fleischer, DStR 2009, 1204, 1208; Haarmann/Weiß, BB 2014, 2115, 2117; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 93 Rn. 50).

45 Den beklagten Vorstand trifft für den Einwand pflichtgemäßen Alternativverhaltens die Darlegungs- und Beweislast. Damit die Entlastung gelingt, muss der sichere Nachweis erbracht werden, dass der Schaden auf jeden Fall eingetreten wäre. Die bloße Möglichkeit und selbst die Wahrscheinlichkeit, dass er auch bei pflichtgemäßem Verhalten entstanden wäre, genügen nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 23. April 2013 - II ZB 7/09, ZIP 2013, 1165 Rn. 36 mwN; Fleischer, DStR 2009, 1204, 1208 f.; Haarmann/Weiß, BB 2014, 2115, 2117; Born in Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung, 3. Aufl., Rn. 14.17; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 93 Rn. 49; MünchKommAktG/Spindler, 4. Aufl., § 93 Rn. 174; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl., § 93 Rn. 55; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 93 Rn. 415, 441). Weist der Vorstand nach, dass der Aufsichtsrat bei Beachtung des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG in die betreffende Maßnahme mehrheitlich eingewilligt hätte, kann ihm bei wertender Betrachtung grundsätzlich der in Folge des Kompetenzverstoßes eingetretene Schaden billigerweise nicht zugerechnet werden.

46 c) Die alternative Begründung des Berufungsgerichts, mit der es den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht nur aus Rechtsgründen, sondern auch in der Sache zurückgewiesen hat, hält revisionsrechtlicher Nachprüfung ebenfalls nicht stand. Das Berufungsgericht hat die Umstände nur unvollständig gewürdigt. Das Berufungsgericht hat den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens zurückgewiesen, weil der Beklagte nicht nachgewiesen habe, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats der Klägerin verpflichtet gewesen wären, der vom Beklagten nach dem 25. Mai 2009 eigenmächtig unternommenen weiteren Realisierung des Projekts Schloss E. der Sache nach zuzustimmen.

Dadurch, dass das Berufungsgericht nur darauf abstellt, ob der Aufsichtsrat der Klägerin zur Zustimmung verpflichtet gewesen wäre, verengt es seine Prüfung auf einen Teilaspekt der erforderlichen Würdigung.

47 aa) Die Würdigung, ob der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens durchgreift, ist im Wesentlichen dem Tatrichter vorbehalten. Der Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt nur, ob die Würdigung des Tatrichters vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt (BGH, Urteil vom 20. April 2017 - III ZR 470/16, VersR 2018, 31 Rn. 56, z.V.i. BGHZ vorgesehen mwN).

48 bb) Bei der dem Tatrichter vorbehaltenen Prüfung, ob der Aufsichtsrat einer geplanten Maßnahme zugestimmt hätte, wenn er gefragt worden wäre, ist der unternehmerische Handlungsspielraum, der dem Aufsichtsrat bei der Zustimmungsentscheidung zukommt, zu berücksichtigen.

49 Die Erheblichkeit des Einwands des rechtmäßigen Alternativverhaltens richtet sich nach dem Schutzzweck der jeweils verletzten Norm (BGH, Urteil vom 24. Oktober 1985 - IX ZR 91/84, BGHZ 96, 157, 173; Urteil vom 25. November 1992 - VIII ZR 170/91, BGHZ 120, 281, 286; Beschluss vom 23. April 2013 - II ZB 7/09, ZIP 2013, 1165 Rn. 34; Urteil vom 19. Juli 2016 - VI ZR 75/15, VersR 2016, 1191 Rn. 7; Urteil vom 2. November 2016 - XII ZR 153/15, NJW 2017, 1104 Rn. 24; Urteil vom 20. April 2017 - III ZR 470/16, VersR 2018, 31 Rn. 53, z.V.i. BGHZ vorgesehen). Mit dem Zustimmungsvorbehalt für den Aufsichtsrat wird auch sein unternehmerischer Handlungsspielraum geschützt.

50 Der Aufsichtsrat soll im Rahmen des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG die unternehmerische Tätigkeit des Vorstands im Sinne einer präventiven Kontrolle begleitend mitgestalten (BGH, Urteil vom 21. April 1997 - II ZR 175/95, BGHZ 135,

244, 254 f.). Neben dem der Funktionstrennung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat entsprechenden Kontrollzweck überträgt die Norm dem Aufsichtsrat danach in Geschäftsführungsaufgaben einen Mitgestaltungsspielraum. Dem Aufsichtsrat steht ein eigener unternehmerischer Handlungsspielraum zu, wenn er über die Erteilung der Einwilligung zu einem Geschäft entscheidet, für das ein unternehmerischer Handlungsspielraum des Vorstands besteht. Für die Entscheidung des Aufsichtsrats gilt über § 116 Satz 1 AktG § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG entsprechend (Cahn, WM 2013, 1293, 1294 mwN; Koch in Born/Ghassemi-Tabar/Gehle, MünchHdbGesR VII, 5. Aufl., § 30 Rn. 87; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, AktG, 2013, § 111 Rn. 51; Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn, AktG, 3. Aufl., § 111 Rn. 82; MünchKommAktG/Habersack, 4. Aufl., § 111 Rn. 100, 127; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl., § 111 Rn. 111; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 111 Rn. 667). Der Aufsichtsrat handelt nicht pflichtwidrig, wenn er vernünftigerweise annehmen durfte, mit seiner Zustimmungsentscheidung auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juni 2013 - II ZR 86/11, BGHZ 197, 304 Rn. 27 mwN). Die Berücksichtigung einer hypothetischen Aufsichtsratsentscheidung ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil es sich um eine Entscheidung handelt, bei der ein unternehmerischer Handlungsspielraum besteht (vgl. BGH, Urteil vom 20. April 2017 - III ZR 470/16, VersR 2018, 31 Rn. 62, z.V.i. BGHZ vorgesehen). Der Aufsichtsrat kann eine andere geschäftspolitische Auffassung vertreten als der Vorstand, so dass die jeweiligen Entscheidungen unterschiedlich getroffen werden können (Cahn, WM 2013, 1293; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, AktG, 2013, § 111 Rn. 51; MünchKommAktG/Habersack, 4. Aufl., § 111 Rn. 127; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 111 Rn. 667).

51 cc) Beruft sich das beklagte Vorstandsmitglied unter dem Gesichtspunkt des pflichtgemäßen Alternativverhaltens auf eine hypothetische Einwilligung

des Aufsichtsrats, hat der Tatrichter unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG zwei äußere Grenzen dieses Einwands zu beachten. Diese sind erreicht, wenn 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. Eine Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats wird angesichts des mit jeder unternehmerischen Entscheidung einhergehenden Risikos nur selten bestehen (vgl. MünchKommAktG/Habersack, 4. Aufl., § 111 Rn. 127; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 111 Rn. 670). Bejaht der Tatrichter ausnahmsweise eine Pflicht zur Einwilligung, hat der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens Erfolg. Der Vorstand haftet dann nicht für den Kompetenzverstoß.

52

Die Berufung des Vorstands auf ein pflichtgemäßes Alternativverhalten findet auf der anderen Seite ihre Grenze dort, wo die Einwilligung des Aufsichtsrats ex ante betrachtet pflichtwidrig gewesen wäre (hierzu MünchKommAktG/Habersack, 4. Aufl., § 111 Rn. 127; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 111 Rn. 668 f.). Dies ist der Fall, wenn eine zustimmungspflichtige Maßnahme gegen Gesetz oder Satzung verstoßen würde, so dass dem Aufsichtsrat schon gar kein unternehmerischer Handlungsspielraum zusteht. Der Aufsichtsrat muss darüber hinaus von seinem Vetorecht Gebrauch machen, wenn das Geschäft zu einem von ihm bei seiner Entscheidungsfindung zukommenden unternehmerischen Handlungsspielraum nicht mehr gedeckten Schaden der Gesellschaft führen würde. Andernfalls trifft die Aufsichtsratsmitglieder selbst eine Schadensersatzpflicht, wenn sie die Zustimmung zu einem Geschäft erteilen, die sie bei pflichtgemäßem Handeln hätten verweigern müssen (BGH, Urteil vom 11. Dezember 2006 - II ZR 243/05, ZIP 2007, 224 Rn. 9). Verengt sich der unternehmerische Handlungsspielraum des Aufsichtsrats zur Pflicht, die Einwilligung zu versagen, kann sich der Vorstand nicht mit einer hypothetischen, dann pflichtwidrigen Zustimmung entlasten. Dies würde dem

Kontrollzweck des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG zuwiderlaufen. Die durch eine Missachtung des Zustimmungsvorbehalts unterlaufene Kontrolle kann nicht durch die Berufung auf eine hypothetische pflichtwidrige Kontrollmaßnahme ersetzt werden. Diese Wertung wird dadurch bestätigt, dass der Vorstand in einem solchen Fall auch bei erteilter Zustimmung in aller Regel haften würde. Denn die erteilte Zustimmung ändert nichts an etwaigen Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand, falls die Maßnahme nach § 93 Abs. 1 AktG pflichtwidrig sein und der Gesellschaft Schaden zufügen sollte. Die Zustimmung des Aufsichtsrats beseitigt die Verantwortung des Vorstands für das in Rede stehende Geschäft nicht und schließt seine Haftung nicht aus (§ 93 Abs. 4 Satz 2 AktG; BGH, Urteil vom 11. Dezember 2006 - II ZR 243/05, ZIP 2007, 224 Rn. 9; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 111 Rn. 48; Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 111 Rn. 75; MünchKommAktG/Habersack, 4. Aufl., § 111 Rn. 128; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl., § 111 Rn. 113; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 111 Rn. 715, 717). In diesen Fällen kommt es auf den Kompetenzverstoß als haftungsauslösende Pflichtwidrigkeit auch gar nicht an, weil bereits die beabsichtigte Maßnahme des Vorstands nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG pflichtwidrig ist, weil sie vom unternehmerischen Handlungsspielraum nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht gedeckt ist.

53 dd) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht bei seiner Hilfsbegründung nicht ausreichend beachtet. Dass keine Pflicht des Aufsichtsrats zur Zustimmung bestand, schließt nicht aus, dass der Aufsichtsrat bei seiner unternehmerischen Entscheidung die Zustimmung erteilen kann, ohne sich pflichtwidrig zu verhalten.

54 Es ist auch nicht ausgeschlossen, dass die Zustimmung vom unternehmerischen Handlungsspielraum des Aufsichtsrats gedeckt wäre, selbst wenn - wie das Berufungsgericht angenommen hat - seinerzeit nicht zu erwarten ge-

wesen war, dass das umfangreich sanierte Hauptgebäude auch nur annäherungsweise kostendeckend würde betrieben werden können. Im Einzelfall kann es vom unternehmerischen Ermessen des Aufsichtsrats gedeckt sein, Geschäften zuzustimmen, die für die Gesellschaft wirtschaftlich nachteilig sind (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 18. Juni 2013 - II ZR 86/11, BGHZ 197, 304 Rn. 29). Dass ein einzelnes Geschäft Verluste mit sich bringt, muss noch nicht einmal zu einem Schaden führen, etwa wenn ohne das Geschäft noch höhere Verluste entstanden wären (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Februar 2008 - II ZR 62/07, ZIP 2008, 736 Rn. 8). Das Berufungsgericht, das dem Beklagten in seinem Grundurteil die Vorteilsausgleichung ausdrücklich vorbehalten hat, ist offenbar selbst davon ausgegangen, dass der Sanierung trotz eines nicht kostendeckenden Betriebs auch Vorteile gegenüberstehen können. Dass ein Geschäft wirtschaftlich nachteilig war und daraus ein Vermögensschaden entstanden ist, schließt aber auch im Übrigen nach § 93 Abs. 2 AktG nicht aus, dass das Geschäft nicht pflichtwidrig und vom unternehmerischen Handlungsspielraum gedeckt war. Der Ersatzanspruch nach § 93 Abs. 2 AktG setzt neben dem Schaden auch eine Pflichtwidrigkeit voraus, die nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht vorliegt, wenn das Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied bei seiner unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Es ist nicht zulässig, allein aus dem Eintritt eines Schadens darauf zu schließen, dass das Handeln pflichtwidrig war. So ist etwa anerkannt, dass ein wirtschaftlich unmittelbar nachteiliges Geschäft vorgenommen werden kann, wenn vernünftigerweise langfristige Vorteile zu erwarten sind (vgl. etwa Wiersch, NZG 2013, 1206; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 93 Rn. 16; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 88; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 93 Rn. 190 f.). In diesem Rahmen wird auch die Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen bei unternehmerischen Entscheidungen befürwortet (vgl.

J. Vetter, ZGR 2018, 338, 345 mwN; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 76 Rn. 30 ff.; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 76 Rn. 38 f.; Seibt in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 76 Rn. 23; Kort in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 76 Rn. 99). Die Berücksichtigung solcher Belange ist bei der Übernahme und Sanierung eines denkmalgeschützten Gebäudes durch eine kommunale Aktiengesellschaft von ihrer Alleinaktionärin, der Kommune, nicht ganz fernliegend.

55 III. Aufgrund der aufgezeigten Rechtsfehler unterliegt das angefochtene Urteil der Aufhebung (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, den Einwand pflichtgemäßen

Alternativverhaltens, gegebenenfalls nach ergänzendem Parteivortrag und Beweisaufnahme, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu würdigen.

Drescher

Born

Sunder

B. Grüneberg

V. Sander

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 01.04.2016 - 39 O 20/14 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 15.12.2016 - I-6 U 97/16 -