

Inhaltsfehler und unternehmerisches Ermessen bei Beschlüssen der Verwaltungsorgane

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none">I. ProblemaufrissII. Beschlussnichtigkeit wegen Inhaltsfehler<ul style="list-style-type: none">1. Inhaltsfehler als blinder Fleck in Rechtsprechung und Schrifttum2. Vorgaben an das Gesamtorgan als Fehlerquelle3. Sorgfaltspflichten der Organmitglieder als FehlerquelleIII. Unternehmerisches Ermessen und Beschlusskontrolle | <ul style="list-style-type: none">IV. Anwendung der Business Judgment Rule auf Kollektiventscheidungen<ul style="list-style-type: none">1. Fokussierung der bisherigen Diskussion auf die Haftung der Organmitglieder2. Meinungsstand und Fragestellung bei der Beschlusskontrolle3. Interessenkonflikte4. Informationsbeschaffung und Beschlusskontrolle5. Intensität der gerichtlichen BeschlusskontrolleV. Thesen |
|---|---|

I. Problemaufriss

In den vergangenen Jahren waren vor allem zwei Themen Gegenstand kontroverser Debatten und Gesetzesreformen im Gesellschaftsrecht: die Organhaftung und das Beschlussmängelrecht. Der Jubilar hat diese Diskussionen mit zahlreichen Beiträgen bereichert. Die Willensbildung innerhalb des Überwachungsorgans ist ihm seit jeher ein Anliegen. Schon in seiner Dissertationsschrift ist er auf die Beschlussfassung im mitbestimmten Aufsichtsrat eingegangen.¹ In jüngerer Zeit hat sich *Eberhard Vetter* unter anderem mit dem schwierigen Verhältnis zwischen unternehmerischen Entscheidungen und Untreue² und mit den Anforderungen an eine wirksame Beschlussfassung durch den Aufsichtsrat befasst.³

Mit der Themenwahl knüpft der Verfasser an diese Beiträge an und beleuchtet eine Schnittstelle zwischen dem Organhaftungs- und Beschlussmängelrecht, die in der bisherigen Diskussion weitgehend vernachlässigt wurde: das Zusammenspiel zwischen der inhaltlichen Kontrolle der Verwaltungsbeschlüsse in der Aktiengesellschaft und der Business Judgment Rule. Schon das erste Thema wird nur selten vertieft behan-

1 *E. Vetter*, Beiträge zur inneren Ordnung des Aufsichtsrates der mitbestimmten Aktiengesellschaft, 1982, S. 121 ff.
2 *E. Vetter/Peters*, Der Konzern 2017, 269 ff. Zur Organhaftung ferner *E. Vetter*, NZG 2015, 889 ff.; *E. Vetter*, AnwBl 2014, 582 ff.; *E. Vetter*, NZG 2014, 921 ff.; *E. Vetter*, GmbHR 2012, 181 ff.; *E. Vetter*, DB 2004, 2623 ff.; *E. Vetter*, AG 2000, 453 ff.
3 *E. Vetter*, EWiR 2015, 271 f. Vgl. ferner *E. Vetter* in Marsch-Barner/Schäfer, HdB der börsennotierten AG, 4. Aufl. 2018, Rz. 27.47 ff.

delt. Widmet sich das aktienrechtliche Schrifttum der gerichtlichen Überprüfung von Aufsichtsrats- und Vorstandsbeschlüssen, geht es meist um die nachgelagerte Frage, wie sich etwaige Fehler auf den Beschluss auswirken: Während einige Stimmen aus dem Schrifttum die analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG befürworten und damit die Unterscheidung zwischen anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen auf der Ebene der Verwaltung aufgreifen wollen,⁴ spricht sich die herrschende Meinung de lege lata für eine Lösung auf Grundlage des Rechtsgeschäftsmodells aus und hält fehlerhafte Beschlüsse für nichtig.⁵ Deutlich seltener wird jedoch die Frage behandelt, wann ein Verwaltungsbeschluss überhaupt fehlerhaft ist. Wird dieses Thema doch mal aufgegriffen, konzentrieren sich die Stellungnahmen auf Verfahrensfehler, während Inhaltsfehler nur selten eingehend beleuchtet werden.⁶ Diese Lücke soll unter II geschlossen werden.

Sodann wird auf die Frage eingegangen, wie sich § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG auf die Beschlusskontrolle auswirkt. Das Schrifttum behandelt auch dieses Thema stiefmütterlich, weil es in der Business Judgment Rule ein haftungsrechtliches Instrument sieht. Dies überrascht nicht, wenn man den systematischen Standort des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG und die Intentionen des UMAG-Gesetzgebers im Blick hat, der die Verschärfung des Verfolgungsrechts nach § 148 AktG durch die Kodifizierung der Business Judgment Rule auf der materiell-rechtlichen Ebene abmildern wollte.⁷ Dieser Diskussionsschwerpunkt ist aber verblüffend, wenn man berücksichtigt, in welchen Fällen der Gedanke, dass die Gesellschaftsorgane unternehmerisches Ermessen genießen, Eingang in die Rechtsprechung gefunden hat:

In der Kali und Salz-Entscheidung hat der BGH hervorgehoben, dass die Hauptversammlung einen unternehmerischen Freiraum bei der Entscheidung über den Bezugsrechtsausschluss genießt.⁸ Klagegegenstand war also ein Beschluss, nicht etwaige Ansprüche gegen die Mitglieder der Verwaltungsorgane.⁹ Und auch im ARAG/Garmenbeck-Urteil – das als die Geburtsstunde der deutschen Business Judgment Rule bezeichnet werden kann – war nicht ein Schadensersatzanspruch der Klagege-

4 Baums, ZGR 1983, 300, 337 ff.; Schwab, Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2002, S. 565 ff.

5 Statt vieler BGH v. 10.10.2005 – II ZR 90/03, BGHZ 164, 249, 252 = NJW 2004, 374. Freilich nähert sich die hM im Ergebnis dem Anfechtungsmodell, wenn sie auf dogmatisch verschlungenen Wegen etwa mit Hilfe des Verwirkungsgedankens faktisch eine „Anfechtungsfrist“ statuiert; s. dazu etwa E. Vetter in Marsch-Barner/Schäfer, HdB der börsennotierten AG, 4. Aufl. 2018, Rz. 27.77.

6 S. noch unter II 1 mit Fn. 30.

7 S. RegBegr UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 11. Dazu auch Hüffer/J. Koch, 13. Aufl. 2018, § 93 AktG Rz. 10.

8 BGH v. 13.3.1978 – II ZR 142/76, BGHZ 71, 40, 49 f. = NJW 1978, 1316. Teils wird diese Entscheidung als Vorläufer des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG angesehen, vgl. Lieder/Müller in Fleischer/Thiessen (Hrsg.), Gesellschaftsrecht-Geschichten, 2018, S. 285, 302.

9 Das Ermessen der Organmitglieder hat der BGH im Zusammenhang mit der Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung hervorgehoben, s. BGH v. 9.7.1979 – II ZR 118/77, BGHZ 75, 96, 108 = NJW 1979, 1823. Dazu etwa Fleischer/Korch in Fleischer/Thiessen (Hrsg.), Gesellschaftsrecht-Geschichten, 2018, S. 319, 342.

genstand, sondern ein Beschluss des Aufsichtsrats, einen pflichtvergessenen Geschäftsleiter nicht in Anspruch zu nehmen.¹⁰ Insoweit drehte sich die ursprüngliche Diskussion vornehmlich um die Frage, ob das unternehmerische Ermessen den Aufsichtsratsbeschluss vor Nichtigkeit schützt.¹¹ Bereits diese beiden Beispiele zeigen, dass man die Funktionsweise des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG nur unzureichend erfasst, wenn man ihn allein durch die haftungsrechtliche Brille liest.¹² Deshalb wird die Business Judgment Rule unter III und IV aus der Perspektive der Beschlusskontrolle vermessen.

II. Beschlussnichtigkeit wegen Inhaltsfehler

1. Inhaltsfehler als blinder Fleck in Rechtsprechung und Schrifttum

Der in der Einleitung aufgestellte Befund, das aktienrechtliche Schrifttum beschäftige sich nur am Rande mit den Inhaltsfehlern von Verwaltungsbeschlüssen, wird bestätigt, wenn man einen Blick in die Abhandlungen zum Vorstandsrecht wirft.¹³ Dort findet man meist die lapidare Aussage, dass Vorstandsbeschlüsse an Inhalts- und Verfahrensfehlern leiden können.¹⁴ Hinweise auf die Rechtsprechung sucht man vergebens,¹⁵ die knappen Ausführungen beschäftigen sich in erster Linie mit den Verfahrensfehlern.¹⁶ Einige wenige Stimmen ordnen Gesetzes- und Satzungsverstöße

10 BGH v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 247 = NJW 1997, 1926. Zu weiteren Prozessen *J. Koch* in Fleischer/Thiessen (Hrsg.), Gesellschaftsrecht-Geschichten, 2018, S. 471, 474 f. Zum Ermessen beim Erlass eines Zustimmungsvorbehalts BGH v. 15.11.1993 – II ZR 235/92, BGHZ 124, 111, 127 = NJW 1994, 520.

11 *Dreher*, ZHR 158 (1994), 614, 618 ff.; *Dreher*, JZ 1997, 1074 ff.; *Götz*, NJW 1997, 3275, 3276 f.; *Horn*, ZIP 1997, 1129, 1136 ff.; *Jaeger/Trölitzsch*, ZIP 1995, 1157, 1158 ff.; *Lutter*, ZIP 1995, 441 f.; *Raiser*, NJW 1996, 552, 553 ff.

12 So auch *Hüffer/J. Koch*, 13. Aufl. 2018, § 93 AktG Rz. 13; *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 534 ff.; *Paefgen*, AG 2004, 245, 250.

13 Hierzu auch *Bayer* in Fleischer/Koch/Kropff/Lutter (Hrsg.), 50 Jahre AktG, 2016, S. 199, 219 f.

14 *Fleischer* in Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 77 AktG Rz. 28; *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2014, Rz. 520; *Seyfarth*, Vorstandsrecht, 2016, § 2 Rz. 28; *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, Rz. 1041; *Bayer* in Fleischer/Koch/Kropff/Lutter (Hrsg.), 50 Jahre AktG, 2016, S. 199, 220.

15 S. aber *Bayer* in Fleischer/Koch/Kropff/Lutter (Hrsg.), 50 Jahre AktG, 2016, S. 199, 220, der in Fn. 156 ein vereinsrechtliches Urteil des OLG Schleswig v. 5.2.1960 – 5 U 114/59, NJW 1960, 1862 zitiert, in dem die fehlende Ladung eines Vorstandsmitglieds (also ein Verfahrensfehler) als ein Nichtigkeitsgrund eingeordnet wurde. Zum Eingriff in Aktionärsrechte als Fehlerquelle s. noch Fn. 20 und 21.

16 Zur Verletzung des Mitwirkungsrechts: *Kort* in Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2015, § 77 AktG Rz. 18; *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 77 AktG Rz. 47; *Spindler* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 77 AktG Rz. 29; *M. Weber* in Hölters, 3. Aufl. 2017, § 77 AktG Rz. 26. Zum Ladungsmangel als (minderschweren) Verfahrensfehler: *Fleischer* in Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 77 AktG Rz. 28.

als inhaltliche Fehler ein, die zur Nichtigkeit des Beschlusses führen sollen¹⁷ – freilich ohne das Ergebnis dogmatisch zu begründen und ohne genauer zu erläutern, welche Gesetzesvorgaben damit gemeint sind.¹⁸ Vereinzelt wird die Verletzung des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG als ein Nichtigkeitsgrund angesehen.¹⁹ Manche gehen auf die Eingriffe in die Aktionärsrechte ein, um zu begründen, dass einzelne Aktionäre gegen Vorstandsbeschlüsse klagen dürfen.²⁰ Daraus lässt sich schließen, dass Beschlüsse, die einen solchen Eingriff zum Gegenstand haben, an einem Inhaltsfehler leiden.²¹

Dieses Desinteresse des Schrifttums überrascht nicht, wenn man bedenkt, welche Hürden überwunden werden müssen, um einen Vorstandsbeschluss vor den Kadi zu zerren. Zunächst liegt eine rechtliche Hürde darin, dass nur ein enger Personenkreis befugt ist, eine Klage auf Feststellung der Beschlussnichtigkeit zu erheben. Die ganz herrschende Auffassung lehnt eine Klagebefugnis des Aufsichtsrats ab.²² Dies gilt grundsätzlich auch für Aktionäre,²³ mit der soeben erwähnten Ausnahme bei (seltenen) Eingriffen in individuelle Aktionärsrechte. Bei Lichte besehen haben nur die Vorstandsmitglieder eine weitreichende Klagebefugnis. Dies führt zu einer psychologischen Barriere. Aus nachvollziehbaren Gründen ergreifen die Vorstandsmitglieder die Klagemöglichkeit nämlich nicht: Streiten die Geschäftsleiter über die Wirksamkeit ihres Beschlusses, liegt es näher, den Aufsichtsrat als Streitschlichter einzuschalten, als die schmutzige Wäsche öffentlichkeitswirksam vor Gericht zu waschen.²⁴ Dadurch bekommt die Rechtsprechung keine Gelegenheit, über die Wirksamkeit der Vorstandsbeschlüsse zu entscheiden, und das oft praxisorientierte Schrifttum

17 *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 77 AktG Rz. 48; *Wettich*, Vorstandsorganisation in der Aktiengesellschaft, 2008, S. 289. Vgl. ferner *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2014, Rz. 522: „Verstoß gegen materielles Recht“.

18 S. aber *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2014, Rz. 522, die auf §§ 134, 138, 242 BGB verweisen. Auf § 134 BGB abstellend *Hüffer*, ZGR 2001, 833, 869 ff.

19 So *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, Rz. 1041. AA *Götz* in FS Lücke, 1997, S. 167, 184.

20 Zur Verletzung der ungeschriebenen HV-Kompetenz BGH v. 25.2.1982 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122, 126 ff. = NJW 1982, 1703. Zur Verletzung des Bezugsrechts bei der Ausübung genehmigten Kapitals BGH v. 10.10.2005 – II ZR 90/03, BGHZ 164, 249, 254 ff. = NJW 2006, 374.

21 Davon geht augenscheinlich auch die Rspr. aus, s. zuletzt BGH v. 10.7.2018 – II ZR 120/16, NJW 2018, 2796 Rz. 44 ff. (Verstoß gegen § 53a AktG bei bezugsrechtsfreier Kapitalerhöhung). Für den Aufsichtsrat *Habersack* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 108 AktG Rz. 80.

22 S. nur *Fleischer* in Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 77 AktG Rz. 28c. Zur fehlenden Klagebefugnis der einzelnen AR-Mitglieder BGH v. 28.11.1988 – II ZR 57/88, BGHZ 106, 54, 59 ff. = NJW 1989, 979; OLG Celle v. 9.10.1989 – 9 U 186/89, NJW 1990, 582.

23 *Seyfarth*, Vorstandsrecht, 2016, § 2 Rz. 26.

24 Hinzu kommt, dass einem dissentierenden Vorstandsmitglied das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn es nicht versucht hat, den Streit verbandsintern zu klären, s. *Seyfarth*, Vorstandsrecht, 2016, § 2 Rz. 30; *Wettich*, Vorstandsorganisation in der Aktiengesellschaft, 2008, S. 280 f.

verspürt wenig Neigung, sich im Elfenbeinturm einzuschließen und über ein Orchideenthema zu sinnieren.

Deshalb bietet es sich an, auf die Abhandlungen zum Beschlussmängelrecht des Aufsichtsrats zurückzugreifen, wenn man den Inhaltsfehlern auf der Spur ist. Insbesondere nach Einführung der unternehmerischen Mitbestimmung hat sich der Aufsichtsrat als ein streitlustiges Organ gezeigt, was nicht zuletzt die Klagen der Arbeitnehmervertreter in Fällen der Hamburg-Mannheimer AG²⁵ und der Vereinte Krankenversicherung AG²⁶ belegen. Aber auch wenn die Arbeitnehmervertreter den Aufsichtsratsbeschluss mittragen, kann es vorkommen, dass ein überstimmter Anteilseignervertreter vor Gericht zieht, wie etwa im bereits erwähnten ARAG/Garmenbeck-Fall.²⁷ Die verstärkte Aktivität der Rechtsprechung²⁸ führt dazu, dass der Aktienrechtler bereitwillig zur Feder greift, um die gerichtlichen Aussagen kritisch zu würdigen und zu systematisieren.

Einen Beleg liefern abermals die aktienrechtlichen Kommentare, die den fehlerhaften Aufsichtsratsbeschlüssen deutlich mehr Aufmerksamkeit widmen als den Vorstandsbeschlüssen.²⁹ Auch hier stehen zwar die Verfahrensfehler im Fokus,³⁰ die Aussagen zu den Inhaltsfehlern nehmen aber doch mehr Raum ein als im Vorstandsrecht. Nicht fehlen darf freilich die einleitende Feststellung, dass Gesetzes- und Satzungsverstöße zur Nichtigkeit des Aufsichtsratsbeschlusses führen.³¹ Anders als bei Vorstandsbeschlüssen werden aber die relevanten Vorgaben zumindest stichwortartig aufgezählt. Als Fehlerquellen werden unter anderem genannt: das Mitbestimmungsrecht,³² § 76 Abs. 3 AktG,³³

25 BGH v. 17.5.1993 – II ZR 89/92, BGHZ 122, 342 = NJW 1993, 2307.

26 BGH v. 15.11.1993 – II ZR 235/92, BGHZ 124, 111, 112 = NJW 1994, 520.

27 BGH v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 245 ff. = NJW 1997, 1926. Zum Stimmverhalten der Aufsichtsratsmitglieder s. J. Koch in Fleischer/Thiessen (Hrsg.), Gesellschaftsrecht-Geschichten, 2018, S. 471, 474.

28 Überblick bei Bayer in Fleischer/Koch/Kropff/Lutter (Hrsg.), 50 Jahre AktG, 2016, S. 199, 210.

29 So beschäftigen sich Mertens/Cahn auf ca. 20 Seiten mit den fehlerhaften Aufsichtsratsbeschlüssen (in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2013, § 108 AktG Rz. 85-117), brauchen aber nur 1,5 Seiten und drei Randziffern, um die Mängel des Vorstandsbeschlusses zu behandeln (in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 77 AktG Rz. 46-48). Hüffer/J. Koch, 13. Aufl. 2018, § 77 AktG Rz. 6 verweist knapp auf seine Ausführungen zu fehlerhaften Aufsichtsratsbeschlüssen in § 108 Rz. 26 ff.

30 Vgl. etwa Habersack in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 108 AktG Rz. 76-79 (Verfahrensfehler) und Rz. 80 (Inhaltsfehler); Mertens/Cahn in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2013, § 108 AktG Rz. 89, 93-96 (schwerpunktmäßig zu den Verfahrensfehlern) und Rz. 97-100 (Inhaltsfehler). Umgekehrtes Verhältnis allerdings bei Hüffer, ZGR 2001, 833, 872 f.

31 Statt vieler Drygala in K. Schmidt/Lutter, 3. Aufl. 2015, § 108 AktG Rz. 36, 39; Hüffer/J. Koch, 13. Aufl. 2018, § 108 AktG Rz. 25, 27; Mertens/Cahn in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2013, § 108 AktG Rz. 97.

32 BGH v. 17.5.1993 – II ZR 89/92, BGHZ 122, 342, 354 ff. = NJW 1993, 2307; Hopt/M. Roth in Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 108 AktG Rz. 172; E. Vetter in Marsch-Barner/Schäfer, HdB der börsennotierten AG, 4. Aufl. 2018, Rz. 27.78.

33 Drygala in K. Schmidt/Lutter, 3. Aufl. 2015, § 108 AktG Rz. 39; Henssler in Henssler/Strohn, 4. Aufl. 2019, § 108 AktG Rz. 22; Hüffer/J. Koch, 13. Aufl. 2018, § 108 AktG Rz. 27.

§ 84 Abs. 1 Satz 3 AktG,³⁴ § 111 Abs. 1 AktG,³⁵ §§ 116, 93 AktG³⁶ oder der Gleichbehandlungsgrundsatz.³⁷ Schließlich werden Kompetenzverstöße³⁸ und die Überschreitung der Ermessensgrenzen³⁹ als Nichtigkeitsgrund genannt.

2. Vorgaben an das Gesamtorgan als Fehlerquelle

Keine erheblichen Schwierigkeiten bereitet die Begründung eines Inhaltsfehlers, wenn ein Verwaltungsbeschluss gegen eine Vorschrift verstößt, die sich an das Gesamtorgan richtet. In einem solchen Fall kann man zum einen auf § 134 BGB abstellen und begründen, wieso die Regelung, die bei der Beschlussfassung missachtet wurde, ein Verbotsgesetz ist.⁴⁰ Zum anderen ist es möglich, die Legalitätspflicht zu bemühen, die nach herrschender Auffassung beide Verwaltungsorgane zur Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben verpflichtet.⁴¹

Räumt der Vorstand einem Aktionär einen Kredit ein, dessen Konditionen den Vorgaben des § 57 Abs. 1 AktG nicht entsprechen, ist der zugrunde liegende Beschluss wegen Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nichtig. Dasselbe gilt für einen Vorstandsbeschluss, der eine kartellrechtswidrige Absprache zum Gegenstand hat und deshalb dem Legalitätsprinzip zuwiderläuft. Der Aufsichtsrat muss bei der Vorstandsbestellung die Inhabilitätsgründe des § 76 Abs. 3 AktG beachten und darf die Wiederbestellung gem. § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG frühestens ein Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit beschließen. Missachtet er die Vorgaben der §§ 76 Abs. 3, 84 Abs. 1 Satz 3 AktG, ist der Aufsichtsratsbeschluss nichtig. Überdies hat die aktien-

34 *Hopt/M. Roth* in Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 108 AktG Rz. 172 (verfrühte Verlängerung von Vorstandsverträgen). So auch (implizit) BGH v. 17.7.2012 – II ZR 55/11, NZG 2012, 1027, der aber eine Verletzung und eine Umgehung des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG im konkreten Fall verneint.

35 So für die Pflicht, Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder zu verfolgen: BGH v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 251 ff. = NJW 1997, 1926; *Habersack* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 108 AktG Rz. 80; *Hopt/M. Roth* in Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 108 AktG Rz. 173. Auf Wertung des § 93 Abs. 4 AktG abstellend *Hambloch-Gesinn/Gesinn* in Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 108 AktG Rz. 63; *Spindler* in Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 108 AktG Rz. 75. Dagegen *Hüffer*, 10. Aufl. 2012, § 111 AktG Rz. 4b; *Kindler*, ZHR 162 (1998), 101, 115 f.

36 *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, Rz. 1127. AA *Götz* in FS Lücke, 1997, S. 167, 184; *Hüffer*, ZGR 2001, 833, 873; *Kindler*, ZHR 162 (1998), 101, 116.

37 *Habersack* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 108 AktG Rz. 80.

38 *Drygala* in K. Schmidt/Lutter, 3. Aufl. 2015, § 108 AktG Rz. 39; *Hambloch-Gesinn/Gesinn* in Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 108 Rz. 62; *E. Vetter* in Marsch-Barner/Schäfer, HdB der börsennotierten AG, 4. Aufl. 2018, Rz. 27.78.

39 *Habersack* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 108 AktG Rz. 80; *Hopt/M. Roth* in Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 108 AktG Rz. 173 f.; *Hüffer/J. Koch*, 13. Aufl. 2018, § 108 AktG Rz. 27; *E. Vetter* in Marsch-Barner/Schäfer, HdB der börsennotierten AG, 4. Aufl. 2018, Rz. 27.78.

40 S. schon die Nachw. in Fn. 18.

41 Für den Vorstand statt vieler *Hüffer/J. Koch*, 13. Aufl. 2018, § 93 AktG Rz. 6 ff. Für den Aufsichtsrat *Hopt/M. Roth* in Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 108 AktG Rz. 72 ff.

rechtliche Kompetenzordnung einen Verbotscharakter: Den Verwaltungsorganen ist es nicht gestattet, im Zuständigkeitsbereich der anderen Organe tätig zu sein. Verletzt ein Organbeschluss die Organisationsverfassung, ist er nichtig.

3. Sorgfaltspflichten der Organmitglieder als Fehlerquelle

Anspruchsvoller ist die Begründung eines Beschlussfehlers, wenn eine Regelung nicht das Gesamtorgan adressiert, sondern an die Organmitglieder gerichtet ist, wie etwa die organschaftlichen Sorgfalts- und Treuepflichten. Kann der Vorstandsbeschluss, einen unbesicherten Millionenkredit zu einem günstigen Zins an den kreditunwürdigen Lebensgefährten der Vorstandsvorsitzenden zu vergeben, der Beschlusskontrolle standhalten, wenn die Vorsitzende an der Beschlussfassung teilnimmt? Kann der Aufsichtsrat, der nach der Satzung in die Entscheidungsfindung einbezogen werden muss (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG),⁴² dem Abschluss eines solchen Kreditvertrags wirksam zustimmen, wenn die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder die Beschlussvorlage nur flüchtig zur Kenntnis nimmt und die günstigen Konditionen nicht hinterfragt?

Stimmen die Mitglieder der Verwaltungsorgane einem solchen Beschluss zu, liegt eine Sorgfaltspflichtverletzung nahe: Zwar ist die Kreditvergabe eine unternehmerische Entscheidung, die im Anwendungsbereich des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG liegt,⁴³ die Vorstandsmitglieder können sich aber wegen Befangenheit der Vorsitzenden nicht auf die Business Judgment Rule berufen.⁴⁴ Außerdem können jedenfalls die unvorbereiteten Aufsichtsratsmitglieder die Privilegierung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht in Anspruch nehmen. Wenn die Rückzahlung des Darlehens wegen der fehlenden Bonität des Kreditnehmers unwahrscheinlich ist, dürfte ohnehin die Schwelle zum unverantwortlichen Handeln überschritten sein.⁴⁵ Ob die organschaftlichen Pflichten verletzt wurden, hängt freilich vom Einzelfall ab und soll hier unterstellt werden, um sich der zentralen Frage des Beitrags zu widmen: Kann eine Sorgfalts- oder Treuepflichtverletzung der Organmitglieder zur Nichtigkeit des Organbeschlusses führen?

Ein Teil des Schrifttums verneint diese Frage: §§ 116, 93 AktG regelten die Verantwortung der Gesellschaftsorgane Vorstand und Aufsichtsrat, schufen aber keinen Maßstab für die rechtlichen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsbeschlüsse.⁴⁶ Geht man allein vom Wortlaut der §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG aus,

42 Die Einwilligung des Aufsichtsrats nach § 89 AktG dürfte entbehrlich sein, weil Lebensgefährten wohl nicht von § 89 Abs. 3 AktG erfasst sind, s. nur *Kort* in Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2015, § 89 AktG Rz. 102. Auch ist § 112 AktG nicht einschlägig, s. *Habersack* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 112 AktG Rz. 16.

43 Implizit *Spindler* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 93 AktG Rz. 77.

44 Zu den Auswirkungen des Interessenkonflikts eines Organmitglieds auf seine Kollegen s. noch unter IV 1.

45 Je nach Fallgestaltung kommt auch im Hinblick auf die persönliche Verbundenheit mancher Organmitglieder zum Kreditnehmer ein Treuepflichtverstoß in Betracht. Zur Gewährung von Sondervorteilen an Dritte s. etwa *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, 4. Aufl. 2019, § 93 AktG Rz. 156 f.

46 *Götz* in FS Lücke, 1997, S. 167, 184. Gegen die Heranziehung der §§ 116, 93 im Ergebnis auch *Hüffer*, ZGR 2001, 833, 873; *Kindler*, ZHR 162 (1998), 101, 116.

ist diese Argumentation stichhaltig: Die Sorgfaltspflicht bindet die Organmitglieder auf Einhaltung des Gesellschaftswohls⁴⁷ und ist ein Anknüpfungspunkt für Schadensersatzansprüche (§§ 116 Satz 1, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG) oder Personalmaßnahmen (§§ 84 Abs. 3, 103 Abs. 3 AktG), wenn die Mitglieder bei der Stimmabgabe das Gesellschaftswohl außer Acht lassen. §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG treffen aber keine Aussage über die Pflichten des Gesamtorgans und den zulässigen Inhalt der Organbeschlüsse. Dies gilt auch für die Treuepflicht.

Allerdings kommen Zweifel an dieser Begründung auf, wenn man den Blick auf Normen erweitert, die an das Gesamtorgan gerichtet sind: § 76 Abs. 1 und § 111 Abs. 1 AktG. Nach § 76 Abs. 1 AktG hat der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten. Diesen knappen Satz versteht das Schrifttum dahingehend, dass der Vorstand das Gesellschaftswohl verwirklichen muss.⁴⁸ Auch der Aufsichtsrat muss sich im Rahmen seiner Überwachungstätigkeit vom Gesellschaftswohl leiten lassen.⁴⁹ Die Pflichten der Verwaltungsorgane und ihrer Mitglieder verlaufen also parallel: Aus §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG und aus §§ 76 Abs. 1, 111 Abs. 1 AktG kann man den Grundsatz herleiten, dass das gesamte Organhandeln dem Gesellschaftswohl entsprechen muss.

Geht man von diesem Grundsatz aus, sind Organbeschlüsse nichtig, wenn ihr Inhalt dem Gesellschaftswohl zuwiderläuft.⁵⁰ Dass dieser Gedanke richtig ist, zeigt der Umstand, dass die Organmitglieder gegen Beschlüsse vorgehen müssen, die nicht im Unternehmensinteresse liegen.⁵¹ Diese Pflicht impliziert, dass solche Beschlüsse rechtswidrig und damit nichtig sind. Außerdem wäre es widersprüchlich, wenn die einzelnen Organmitglieder im Rahmen der Beschlussfassung den Anforderungen der §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht gerecht wurden, das Ergebnis der organschaftlichen Willensbildung aber auf eine bestandskräftige Kollegialentscheidung hinauslaufen dürfte. Das Aktienrecht muss schlicht keine Organakte dulden, die dem Gesellschaftswohl widersprechen. Um festzustellen, ob ein Verwaltungsbeschluss fehlerhaft ist, bietet sich folgende Hilfsüberlegung an: Hätte sich ein Organmitglied pflichtwidrig verhalten, wenn es eine individuelle Entscheidung getroffen hätte, die dem Beschlussinhalt entspricht, leidet der Beschluss an einem Inhaltsfehler und ist deshalb nichtig.⁵²

47 S. Seyfarth, Vorstandsrecht, 2016, § 8 Rz. 29; Holle, AG 2011, 778, 781 f.

48 Streitig ist freilich, ob das Gesellschaftswohl iSd interessenpluralistischen Zielkonzeption zu bestimmen ist (so etwa Hüffer/J. Koch, 13. Aufl. 2018, § 76 AktG Rz. 28 ff.) oder ob der moderate *shareholder-value*-Ansatz vorzugswürdig ist (so etwa Fleischer in Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 76 AktG Rz. 29 ff.).

49 Hopt/M. Roth in Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 111 AktG Rz. 78 ff.

50 Konstruktiv wäre es denkbar, schon die Stimmabgabe – die nach hA eine Willenserklärung ist (s. nur Fleischer in Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 77 AktG Rz. 24) – wegen Verstoßes gegen §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG gem. § 134 BGB für nichtig zu erklären. Zu den unterschiedlichen Anknüpfungspunkten der Beschlusskontrolle im Kontext der HV-Beschlüsse Wandrey, Materielle Beschlusskontrolle im Aktienrecht, 2012, S. 30 ff.

51 Für den Vorstand etwa Kort in Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2015, § 77 AktG Rz. 22.

52 Freilich passt diese Überlegung aus einer technischen Perspektive nicht auf den Aufsichtsratsbeschluss, weil die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats eine kollektive ist und die

III. Unternehmerisches Ermessen und Beschlusskontrolle

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, dass Organbeschlüsse nichtig sind, wenn ihr Inhalt dem Gesellschaftswohl widerspricht, stellt sich die Folgefrage, ob und inwieweit die Business Judgment Rule einer engmaschigen gerichtlichen Beschlusskontrolle entgegensteht. Wendet man § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG auf die Organbeschlüsse an, stößt man auf die Schwierigkeit, dass der Wortlaut der Vorschrift auf die (individuelle) Entscheidung eines Organmitglieds zugeschnitten ist und die Kollektiventscheidung des Gesamorgans vernachlässigt. Dennoch geht die herrschende Auffassung augenscheinlich davon aus, dass ein Organbeschluss durch die Business Judgment Rule geschützt werden kann: Wenn ein inhaltlicher Beschlussfehler bei „Überschreitung der Ermessensgrenzen“ angenommen wird,⁵³ setzt dies voraus, dass sich das Ermessen der Verwaltungsorgane auf den Beschluss erstreckt. Da § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG seit dem UMAG die Ermessensspielräume (teilweise) kodifiziert, soll er offenbar auch auf Verwaltungsbeschlüsse anwendbar sein.⁵⁴

Die Anwendung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG auf Verwaltungsbeschlüsse ist allerdings nicht selbstverständlich, wenn man sich mit den Gründen auseinandersetzt, die das Schrifttum zur Rechtfertigung des Ermessensgedankens vorträgt. Nach tradierter Lesart soll die Business Judgment Rule die Organmitglieder vor einer Erfolgschaftung schützen, die insbesondere dann droht, wenn ein Gericht eine Organentscheidung – die häufig unter Unsicherheit und Zeitdruck getroffen wird – ex post beurteilt und dadurch einem Rückschaufehler unterliegen kann.⁵⁵ Diese Haftungsprivilegierung soll einer übermäßigen Risikoscheu der unternehmerisch tätigen Gesellschaftsorgane vorbeugen, die für die Aktionäre und die Volkswirtschaft schädlich wäre.⁵⁶ Geht man von dieser rechtspolitischen Begründung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG aus, leuchtet die Erstreckung der Business Judgment Rule auf den Organbeschluss nicht unmittelbar ein: Ist ein Beschluss Gegenstand der richterlichen Kontrolle, entscheidet das Gericht in der Regel ex ante. Es soll die Nichtigkeit des Beschlusses feststellen, bevor die Kollektiventscheidung des Organs zu einem Schaden der Gesellschaft führt. In einer solchen Situation sind keine Rückschaufehler zu befürchten: Wenn der Schaden noch nicht eingetreten ist, kann das Gericht daraus keinen unzulässigen Schluss auf einen inhaltlichen Beschlussfehler ziehen. Überdies kann man der übermäßig scharfen Or-

Aufsichtsratsmitglieder deshalb nicht „einzelnüberwachungsbefugt“ sein dürfen (vgl. *Drygala* in K. Schmidt/Lutter, 3. Aufl. 2015, § 116 AktG Rz. 3). Sie soll lediglich verdeutlichen, dass die Pflichten des Organs und dessen Mitglieder parallel ausgestaltet sind.

53 S. die Nachw. in Fn. 39.

54 Deutlich *Paefgen*, AG 2004, 245, 250. In diese Richtung wohl Hüffer/J. Koch, 13. Aufl. 2018, § 93 AktG Rz. 13, der auf die „dauerhafte Bestandskraft der Entscheidung“ abstellt – damit dürfte auch die Kollektiventscheidung, also der Beschluss gemeint sein. Im Kontext der HV-Beschlüsse ferner *Verse*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften, 2006, S. 273 ff.; *Wandrey*, Materielle Beschlusskontrolle im Aktienrecht, 2012, S. 163 ff.

55 Ausf. *Korch*, Haftung und Verhalten, 2015, S. 179 ff.

56 Statt vieler *Fleischer* in Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 93 AktG Rz. 60; *Korch*, Haftung und Verhalten, 2015, S. 195.

ganhaftung dadurch vorbeugen, dass man die Organmitglieder schlicht von der persönlichen Verantwortlichkeit freistellt, aber den Beschluss als solchen verwirft.

Wieso wird also die Anwendung der Business Judgment Rule im Rahmen der Beschlusskontrolle stillschweigend angenommen? Der Grund liegt darin, dass die gängigen Ansätze, den Ermessensgedanken zu rechtfertigen, zu kurz greifen, weil sie die Auswirkungen des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG – wie schon eingangs festgestellt – ausschließlich im Kontext der Organverantwortung reflektieren. Wer die Business Judgment Rule allein durch die haftungsrechtliche Brille liest, erkennt, dass das Ermessen einen umfassenden Schutz der Organautonomie vor gerichtlichem Zugriff bezweckt,⁵⁷ die auch und gerade in der Situation ex ante erforderlich ist. Wenn es dem Gericht verwehrt ist, die Zweckmäßigkeit einer Organentscheidung in einem Schadensersatzprozess zu hinterfragen, muss dies erst recht gelten, wenn die Entscheidung noch keinerlei nachteilige Folgen ausgelöst hat und dennoch zum Gegenstand der richterlichen Kontrolle gemacht wurde. Anderenfalls wäre ein Gericht befugt, Maßnahmen zu korrigieren, die dem Ermessen der Verwaltungsorgane anheimgestellt sind.

Deutlich wird das Zusammenspiel zwischen § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG und der gerichtlichen Inhaltskontrolle von Verwaltungsbeschlüssen am Beispiel der unternehmerischen Entscheidungen des Aufsichtsrats: Die Auswahl der Vorstandsmitglieder fällt nach einhelliger Ansicht in den Anwendungsbereich der Business Judgment Rule.⁵⁸ Ist ein Aufsichtsratsmitglied mit der Personalentscheidung der Mehrheit nicht zufrieden, kann es gegen den Bestellungsbeschluss eine Feststellungsklage erheben – ein Szenario, das zwar selten, aber nicht völlig praxisfern ist.⁵⁹ In einem solchen Fall geht es weder um die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder wegen einer unglücklichen Vorstandsbesetzung noch um die Gefahr eines Rückschaufehlers. Dennoch liegt es auf der Hand, dass die Auswahlentscheidung des Aufsichtsrats in seinem unternehmerischen Ermessen liegt. Wollte man dem Bestellungsbeschluss den Schutz des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG versagen, würde man den Gerichten die Personalkompetenz auf der Vorstandsetage einräumen. Dieselben Überlegungen kann man anstellen, wenn ein überstimmtes Aufsichtsratsmitglied gegen einen Zustimmungsbeschluss klagt.⁶⁰ Wurde dem Überwachungsorgan nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG ein Zustimmungsvorbehalt eingeräumt, nimmt er insoweit an der Leitung der Gesellschaft teil.⁶¹ Greift ein Kontrolleur den Zustimmungsbeschluss an, liegt der Sinn der Business Judgment Rule darin, die Leitungsautonomie des Aufsichtsrats vor einer engmaschigen richterlichen Inhaltskontrolle zu schützen. Etwaige Haftungsrisiken spielen zu diesem Zeitpunkt eine nachgeordnete Rolle.

57 Zutr. *Nietsch*, ZGR 2015, 631, 634 ff. S. auch *Dreher*, ZHR 158 (1994), 614, 619: Willensbildungsautonomie.

58 S. nur *Lieder*, ZGR 2018, 523, 534. Für unternehmerisches Ermessen OLG Düsseldorf v. 13.7.2015 – I-26 W 16/14, NZG 2015, 1115, 1117; OLG München v. 12.1.2017 – 23 U 3582/16, ZIP 2017, 372, 374.

59 Vgl. nur OLG München v. 12.1.2017 – 23 U 3582/16, ZIP 2017, 372.

60 Auch mit solchen Klagen mussten sich die Gerichte befassen, s. etwa BGH v. 15.11.1993 – II ZR 235/92, BGHZ 124, 111, 114 = NJW 1994, 520.

61 S. nur BGH v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, NJW 2018, 3574 Rz. 50; *Cahn*, WM 2013, 1293, 1294.

IV. Anwendung der Business Judgment Rule auf Kollektiventscheidungen

1. Fokussierung der bisherigen Diskussion auf die Haftung der Organmitglieder

Die vorstehenden rechtspolitischen Überlegungen sagen freilich noch nichts darüber aus, unter welchen Bedingungen ein Organbeschluss im sicheren Hafen der Business Judgment Rule liegt. Erforderlich ist jedenfalls, dass der Beschlussgegenstand eine unternehmerische Entscheidung ist.⁶² Es fällt aber schwer, die weiteren Voraussetzungen der Privilegierung – also die Angemessenheit der Informationsgrundlage, das Handeln zum Wohl der Gesellschaft und die Unbefangenheit⁶³ – im Rahmen der Beschlusskontrolle anzuwenden, weil der Wortlaut des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG aus der Perspektive des einzelnen Organmitglieds gefasst ist. Auch ein Blick in die Literatur hilft wenig, weil sich die meisten Stellungnahmen lediglich der Frage widmen, wie sich der Umstand, dass die Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG bei einem Organmitglied nicht vorliegen, auf die übrigen Mitglieder auswirkt.

Dieses Problem wurde bislang aus dem haftungsrechtlichen Blickwinkel in erster Linie im Zusammenhang mit Interessenkonflikten eines Organmitglieds aufgegriffen, wobei zwischen verdeckten und offenen Konflikten differenziert wird. Bei verdeckten Sonderinteressen nimmt ein Teil des Schrifttums im Anschluss an *Marcus Lutter* an, dass die übrigen Organmitglieder „infiziert“ werden.⁶⁴ Diese Infizierungsthese lässt sich aber nicht mit dem Wortlaut des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG vereinbaren, der auf die individuelle Perspektive des Organmitglieds abstellt. Deshalb ist mit der herrschenden Auffassung davon auszugehen, dass ein verborgener Interessenkonflikt eines Organmitglieds keine Auswirkungen auf die Privilegierung der anderen Mitglieder hat.⁶⁵ Sind die Sonderinteressen jedoch bekannt, tendiert eine Ansicht zu einer Mehrheitsbetrachtung: Maßgeblich sei, ob die entscheidungstragende Mehrheit befangen oder in der Lage gewesen sei, frei von Sonderinteressen zu handeln.⁶⁶ Die wohl herrschende Meinung steht auf dem Standpunkt, dass die Beteiligung des befangenen Or-

62 Zu den Problemen bei der Definition dieses unbestimmten Tatbestandsmerkmals *Spindler* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 93 AktG Rz. 48 ff.

63 Dieses ungeschriebene Tatbestandsmerkmal ist weitgehend anerkannt, s. statt vieler Hüffer/J. Koch, 13. Aufl. 2018, § 93 AktG Rz. 25. AA nur *Krieger/Sailer-Coceani* in K. Schmidt/Lutter, 3. Aufl. 2015, § 93 AktG Rz. 19.

64 Grundlegend *Lutter* in FS Canaris II, 2007, S. 245, 248 f. Dem folgend etwa *Heidel/U. Schmidt*, 4. Aufl. 2014, § 93 AktG Rz. 94; *Blasche*, AG 2010, 692, 695; *Scholderer*, NZG 2012, 168, 175; *Winnen*, Die Innenhaftung des Vorstandes nach dem UMAG, 2009, S. 273 f.

65 *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, 4. Aufl. 2019, § 93 AktG Rz. 72b; *Hopt/M. Roth* in Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2015, § 93 AktG Rz. 96; Hüffer/J. Koch, 13. Aufl. 2018, § 93 AktG Rz. 26; *Bunz*, NZG 2011, 1294, 1295; *Diekmann/Fleischmann*, AG 2013, 141, 150; *Lieder*, ZGR 2018, 523, 573 f.; *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717, 727; *C. Schäfer*, ZGR 2014, 731, 746.

66 Grundlegend *Paefgen*, AG 2004, 245, 253; *Paefgen*, AG 2014, 554, 564; s. ferner *Katsas*, Die Inhaltskontrolle unternehmerischer Entscheidungen von Verbandsorganen im Spannungsfeld zwischen Ermessensfreiheit und Gesetzesbindung, 2006, S. 154 f.; *Scholl*, Vorstandshaf-

ganmitglieds an der Entscheidungsfindung unschädlich ist.⁶⁷ Dies überzeugt nicht, weil in einem solchen Fall keine Richtigkeitsvermutung hinsichtlich des Entscheidungsinhalts aufgestellt werden kann: Die kollegiale Verbundenheit innerhalb des Organs schafft ein Risiko, dass die an sich unbefangenen Organmitglieder dazu neigen, dem befangenen Kollegen einen Dienst zu erweisen. Deshalb können sie sich nur dann auf § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG berufen, wenn das befangene Organmitglied weder an der Beratung noch an der Beschlussfassung teilnimmt.⁶⁸

Ähnlich diffus ist das Meinungsbild hinsichtlich der Frage, wie sich die unzureichende Information eines Organmitglieds bei einer Kollektiventscheidung auf die übrigen Mitglieder auswirkt. Manche stellen darauf ab, ob die entscheidungstragende Mehrheit hinreichend informiert war.⁶⁹ Andere schlagen vor, zwischen Einstimmigkeits- und Mehrheitsbeschlüssen zu differenzieren: Bei einem einstimmigen Beschluss schließe die unzureichende Information eines Vorstandsmitglieds die Business Judgment Rule für alle anderen Mitglieder aus. Bei einer Mehrheitsentscheidung sei die Informationsgrundlage der beschlusstragenden Mehrheit maßgeblich. Habe der Vorstand die Informationsbeschaffung an ein Mitglied delegiert, sei aber die Informationsgrundlage für den gesamten Vorstand unzureichend, wenn das verantwortliche Vorstandsmitglied nicht angemessen informiert gewesen sei.⁷⁰ Im Hinblick auf die individuelle Perspektive des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ist es vorzugswürdig, mit einer weiteren Auffassung darauf abzustellen, ob das einzelne Organmitglied vernünftigerweise davon ausgehen durfte,⁷¹ auf Grundlage angemessener Informationsgrundlage zu handeln.⁷²

tung und Vorstandsermessen, 2015, S. 289; *Winnen*, Die Innenhaftung des Vorstandes nach dem UMAG, 2009, S. 276 f.; *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 444.

67 *Fleischer* in Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 93 AktG Rz. 72a; *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 93 AktG Rz. 29; *Seyfarth*, Vorstandsrecht, 2016, § 23 Rz. 29; *Blasche*, AG 2010, 692, 698 f.; *Haarmann* in FS Wegen, 2015, S. 423, 438 f.; *Lieder*, ZGR 2018, 523, 573 f.

68 In diese Richtung *Bürgers/Körber*, 4. Aufl. 2017, § 93 AktG Rz. 14; *Hüffer/J. Koch*, 13. Aufl. 2018, § 93 AktG Rz. 26; *J. Koch* in FS Säcker, 2011, S. 403, 415 ff.; *Spindler* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 93 AktG Rz. 64; *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2014, Rz. 1526; *Bunz*, NZG 2011, 1294, 1296; *Lutter* in FS Canaris II, 2007, S. 245, 249 ff.

69 *Paefgen*, AG 2004, 244, 254 f. Ähnlich *Schlimm*, Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft, 2009, S. 279 ff.

70 So *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen, 2015, S. 237 ff. Dem folgend *Taube*, Die Anwendung der Business Judgment Rule auf den GmbH-Geschäftsführer, 2018, S. 95.

71 Freilich ist das Merkmal „vernünftigerweise annehmen dürfen“ nach vorzugswürdiger Auffassung hinsichtlich der Informationsgrundlage anders zu verstehen als in Bezug auf das Gesellschaftswohl, s. nur *Baur/Holle*, AG 2017, 597, 599 ff. Für gleiches Verständnis und die damit einhergehende Anerkennung einer „informationsrechtlichen Business Judgment Rule“ aber *Bunz*, Der Schutz unternehmerischer Entscheidungen durch das Geschäftsleiterermessen, 2011, S. 178 ff. („Business Judgment Rule innerhalb der Business Judgment Rule“); *Freitag/Korch*, ZIP 2012, 2281, 2282 ff.

72 Ausf. *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717, 722 ff.

2. Meinungsstand und Fragestellung bei der Beschlusskontrolle

Der Meinungsstand hinsichtlich der Beschlusskontrolle hat bislang keine vergleichbare Tiefe erreicht. Die Stellungnahmen zu den Auswirkungen der Interessenkonflikte und unzureichenden Informationsgrundlage auf den Beschluss sind vereinzelt geblieben. Nimmt ein befangenes Mitglied an der Entscheidung teil, wollen manche den Beschluss nicht durch § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG schützen, weil in einem solchen Fall die prozeduralen Voraussetzungen nicht vorlägen, die den Gedanken der Richtigkeitsgewähr tragen würden.⁷³ Andere bevorzugen eine Mehrheitsbetrachtung: Beteilige sich ein befangenes Organmitglied an der Beschlussfassung, sei der Beschluss wirksam, wenn er auch ohne die Stimme des befangenen Mitglieds mit der notwendigen Mehrheit zustande gekommen wäre.⁷⁴ Was die Informationsgrundlage angeht, wird vereinzelt eine Mehrheitsbetrachtung vorgeschlagen: Die Business Judgment Rule greife ein, wenn die entscheidungstragende Mehrheit hinreichend informiert gewesen sei.⁷⁵

Die Antwort auf die Frage, wie sich Befangenheit und unzureichende Informationsgrundlage einzelner Organmitglieder auf die Intensität der Beschlusskontrolle auswirken, fällt schwer, weil die Tatbestandsmerkmale des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG einen subjektiven Einschlag aufweisen. Maßgeblich ist, ob die einzelnen Organmitglieder vernünftigerweise davon ausgehen durften, auf einer angemessenen Informationsgrundlage zum Wohle der Gesellschaft zu handeln;⁷⁶ auch die Befangenheit ist subjektiv gefärbt.⁷⁷ Ein Beschluss kann aber weder von bestimmten Umständen ausgehen noch kann er befangen sein. Er ist ein rechtliches Produkt, das aus den Willensäußerungen mehrerer Personen entsteht, die über den erforderlichen Wissensstand verfügen oder nicht verfügen bzw. die befangen oder unbefangen sind.

Um eine Verbindung zwischen der individuellen Perspektive des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG und der Beschlusskontrolle herzustellen, ist von der Funktionsweise der Business Judgment Rule auszugehen: § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG schützt Organentscheidungen, die unter optimalen prozeduralen Bedingungen zustande gekommen sind, vor einer engmaschigen gerichtlichen Inhaltskontrolle. Haben die Organmitglieder die Vorgaben der Entscheidungsprozedur beachtet, kann eine unwiderlegbare Vermu-

⁷³ J. Koch in FS Säcker, 2011, S. 403, 413; J. Koch, ZGR 2014, 697, 709.

⁷⁴ Hölter, 3. Aufl. 2017, § 93 AktG Rz. 38. Für eine Mehrheitsbetrachtung auch Paefgen, AG 2004, 245, 253; Paefgen, AG 2014, 554, 564 und Schlimm, Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft, 2009, S. 322 f., die aber nicht deutlich machen, ob sich ihre Ausführungen nur auf die einzelnen Mitglieder oder auch auf den Beschluss beziehen. Hopt/M. Roth in Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2015, § 93 AktG Rz. 94 stellen ebenfalls auf die Stimmen unbefangener Mitglieder ab, betonen aber, dass die Beteiligung des befangenen Mitglieds am Entscheidungsprozess zur Nichtigkeit des Beschlusses führen kann, auch wenn sich das Mitglied enthalten hat.

⁷⁵ Paefgen, AG 2004, 244, 254 f.

⁷⁶ Zur Auslegung des Merkmals „vernünftigerweise annehmen dürfen“ s. Fn. 71.

⁷⁷ Nach richtiger Auffassung ist die BJR nur dann ausgeschlossen, wenn die Organmitglieder den Sachverhalt kennen, der die Befangenheit begründet, vgl. J. Koch, ZGR 2014, 697, 703 f. Für einen objektiven Konfliktbegriff aber Hopt/M. Roth in Großkomm. AktG, 5. Aufl. 2015, § 93 AktG Rz. 93.

tung dahingehend aufgestellt werden, dass die Entscheidung dem Gesellschaftswohl entspricht.⁷⁸ Dieser Gedanke, der mit dem griffigen wie missverständlichen Begriff der Richtigkeitsgewähr etikettiert wird,⁷⁹ kann auch im Kontext der Beschlusskontrolle aufgegriffen werden: Ein Organbeschluss liegt im sicheren Hafen der Business Judgment Rule, wenn er in einem einwandfreien Entscheidungsverfahren gefasst wurde.

3. Interessenkonflikte

Ein Entscheidungsverfahren ist jedenfalls dann nicht optimal, wenn ein befangenes Organmitglied an der Beratung oder Abstimmung teilgenommen hat. Dagegen könnte man einwenden, dass eine Situation denkbar ist, in der das befangene Organmitglied als treuer Diener der Gesellschaft im Rahmen der Entscheidungsfindung seine Sonderinteressen um des Gesellschaftswohls willen zurückstellt. Auch ist es gewiss denkbar, dass der Befangene die anderen Organmitglieder zwar in seinem Sinne steuern will, die Mehrheit sich aber nicht darauf einlässt und allein das Unternehmensinteresse verfolgt. Diese positiven Szenarien sind dennoch nicht maßgeblich. Ausschlaggebend ist vielmehr das Risiko, dass das Gremium auf die geschickte Argumentation des schwarzen Schafs hereinfällt und (möglicherweise ungewollt) die Sonderinteressen des einzelnen Mitglieds statt das Gesellschaftswohl fördert. Die hypothetischen Konstellationen sind so vielfältig, dass keine Vermutung dahingehend aufgestellt werden kann, dass der Beschluss dem Gesellschaftswohl entspricht. Der böse Schein gebietet eine intensivere Beschlusskontrolle als im Anwendungsbereich des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG.⁸⁰

Aus diesem Grund kann der Vorstand im Beispielsfall unter II 3 den Beschluss über die Vergabe des günstigen Kredits an den Lebensgefährten der Vorstandsvorsitzenden nicht mit dem Argument verteidigen, es handle sich um eine unternehmerische Entscheidung, die im sicheren Hafen der Business Judgment Rule liege. Die enge persönliche Verbindung zwischen der Vorsitzenden und dem Kreditnehmer gebietet eine intensivere gerichtliche Kontrolle, um das Gesellschaftsvermögen vor unsorgfältigem Geschäftsleiterhandeln zu schützen.

4. Informationsbeschaffung und Beschlusskontrolle

Schwieriger ist es, die Auswirkungen der unzureichenden Informationsbeschaffung durch einzelne Organmitglieder auf die Beschlusskontrolle zu vermessen. Die Argumentation, die im Zusammenhang mit den Sonderinteressen aufgegriffen wurde,

⁷⁸ Hüffer/J. Koch, 13. Aufl. 2018, § 93 AktG Rz. 9.

⁷⁹ Der Begriff der Richtigkeitsgewähr ist missverständlich, weil er suggeriert, dass eine optimale Entscheidungsprozedur zu einem optimalen Entscheidungsinhalt führt. Dies ist freilich nicht der Fall – auch gut vorbereitete Entscheidungen können sich als falsch erweisen. Deshalb trifft es eher zu, von einer Richtigkeitsvermutung oder Richtigkeitschance zu sprechen; zur Begriffskritik im vertraglichen Kontext s. etwa Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, S. 161; M. Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 73 f.

⁸⁰ S. dazu noch unter IV 5.

verfängt hier nicht: Darf ein Organmitglied nicht vernünftigerweise annehmen, auf Grundlage angemessener Informationen abzustimmen, und beteiligt es sich dennoch an der Beschlussfassung, ist das Risiko gering, dass es die informierten Mitglieder allein wegen fehlender Vorbereitung zu einer Entscheidung verleitet, die dem Gesellschaftswohl zuwiderläuft. Im Gegenteil: Es liegt näher, dass die vorbereiteten Organmitglieder die Wissenslücken des nachlässigen Kollegen in der Diskussion füllen. Anders als in Fällen eines Interessenkonflikts entsteht kein böser Schein, der der Richtigkeitsvermutung von vornherein den Boden entzieht.

Dennoch kann es vorkommen, dass die unzureichende Information einzelner Organmitglieder die Entscheidungsprozedur derart stört, dass eine Entscheidung zum Wohle der Gesellschaft nicht ohne weiteres vermutet werden kann. Dies ist zunächst der Fall, wenn ein Organ einen einstimmigen Beschluss fassen muss, so wie es etwa der gesetzlichen Grundregel in § 77 Abs. 1 Satz 1 AktG entspricht.⁸¹ In einer solchen Situation kann nicht ausgeschlossen werden, dass das unvorbereitete Organmitglied anders abgestimmt hätte, wenn es sich über die Entscheidungsgrundlagen im Klaren gewesen wäre.⁸² Bereits diese Möglichkeit steht einer Richtigkeitsvermutung entgegen; § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG greift nicht ein.

Komplizierter ist die Lage bei einem Mehrheitsbeschluss.⁸³ In einem solchen Fall bietet es sich an, danach zu differenzieren, wie die Beschlussfassung vorbereitet wird. Ist ein ausgewähltes Organmitglied oder ein Ausschuss für die Aufarbeitung der Entscheidungsgrundlagen zuständig, üben die „Berichterstatter“⁸⁴ einen maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Gremiums aus. Dürfen sie nicht von einer angemessenen Informationsgrundlage ausgehen, beruht die Abstimmung im Plenum auf einer lückenhaften Grundlage und der Beschluss liegt nicht im sicheren Hafen des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG.⁸⁵

Sind alle Organmitglieder zur Vorbereitung der Beschlussgrundlagen berufen, wirkt sich die unzureichende Informationsgrundlage eines einzelnen Mitglieds nicht immer gleichermaßen stark auf das Beschlussergebnis aus: Besteht das Organ aus neun Mitgliedern, wovon acht informiert sind und eins nicht, und stimmen sechs informierte Mitglieder für den Antrag, liegt es auf der Hand, dass die Stimme des unvorbereiteten Mitglieds für das Ergebnis irrelevant ist; die Business Judgment Rule ist

81 Zum Einstimmigkeitsprinzip im Vorstandsrecht s. nur Hüffer/*J. Koch*, 13. Aufl. 2018, § 77 AktG Rz. 6.

82 Zutr. *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen, 2015, S. 238 (zur Haftungssituation).

83 Dies ist der (ungeschriebene) Regelfall für die Aufsichtsratsbeschlüsse (s. nur *Drygala* in *K. Schmidt/Lutter*, 3. Aufl. 2015, § 108 AktG Rz. 30). Überdies erlaubt § 77 Abs. 1 Satz 2 AktG Mehrheitsbeschlüsse des Vorstands, vgl. statt vieler Hüffer/*J. Koch*, 13. Aufl. 2018, § 77 AktG Rz. 9 ff.

84 Diese treffende Bezeichnung verwenden im Kontext der BJR *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717, 722 f.

85 Vgl. *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen, 2015, S. 239 f. (zur Haftungssituation).

deshalb nicht ausgeschlossen.⁸⁶ Will man eine allgemeine Regel aufstellen, bietet es sich an, konsequent dem Mehrheitsprinzip zu folgen. So hat *Walter G. Paefgen* vorgeschlagen, § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG auf den Mehrheitsbeschluss dann anzuwenden, wenn die für das Zustandekommen der Entscheidung erforderliche Anzahl von Vorstandsmitgliedern annehmen darf, auf der Grundlage angemessener Information zu handeln.⁸⁷

Dieser Vorschlag geht in die richtige Richtung, ist aber zu unpräzise formuliert. Er könnte dahingehend verstanden werden, dass § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG bei einem neunköpfigen Organ bereits dann eingreift, wenn fünf Mitglieder davon ausgehen dürfen, hinreichend informiert zu sein. Nach dieser Deutung würde der Beschluss im sicheren Hafen der Business Judgment Rule liegen, wenn er mit den Stimmen eines informierten und der vier uninformierten Mitglieder und gegen die Stimmen der vier informierten Mitglieder zustande gekommen wäre: Die für das Zustandekommen der Entscheidung erforderliche Anzahl der Organmitglieder – fünf – darf ja von einer angemessenen Informationsgrundlage ausgehen. Es leuchtet aber nicht ein, wieso ein Beschluss durch § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG geschützt sein soll, obwohl sich die deutliche Mehrheit der informierten Mitglieder gegen den Antrag ausgesprochen hat.

Um solche Wertungswidersprüche zu vermeiden, darf das Abstimmungsverhalten der angemessen informierten Mitglieder nicht ausgeblendet werden. Die Formel *Paefgens* ist zu präzisieren: Der Beschluss kommt lediglich dann in einem optimalen Verfahren zustande, wenn die informierten Mitglieder, die das Beschlussergebnis tragen, die erforderliche Mehrheit stellen.⁸⁸ Nur unter dieser Bedingung ist gesichert, dass die uninformierten Mitglieder keinen Einfluss auf die kollektive Willensbildung haben können. In einem neunköpfigen Organ müssen also mindestens fünf Mitglieder (kumulativ) angemessen informiert sein und für den Antrag abstimmen, damit der Beschluss im sicheren Hafen liegt. Sprechen sich vier informierte und zwei unvorbereitete Mitglieder für den Antrag aus, kommt zwar ein (positiver) Beschluss zustande, der aber auf einem wackeligen prozeduralen Fundament steht: Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die unvorbereiteten Mitglieder auf einer angemessenen Informationsgrundlage anders abgestimmt hätten. In einem solchen Fall darf nicht vermutet werden, dass die Kollegialentscheidung inhaltlich richtig ist.

Kehrt man im Lichte dieser Erkenntnisse zum Beispielsfall unter II 3 zurück, kann der Aufsichtsrat den Zustimmungsbeschluss zum Kreditvertrag mit dem Lebensgefährten der Vorstandsvorsitzenden nicht mit Hilfe des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG verteidigen, da die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder nicht angemessenen informiert war.

⁸⁶ Zutr. *Schlimm*, Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft, 2009, S. 281; *Paefgen*, AG 2004, 244, 255.

⁸⁷ *Paefgen*, AG 2004, 244, 255 und 261.

⁸⁸ In ähnliche Richtung im Haftungskontext *Schlimm*, Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft, 2009, S. 280 ff.; *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen, 2015, S. 238 f.

5. Intensität der gerichtlichen Beschlusskontrolle

Sind die unter IV 3 und 4 herausgearbeiteten Voraussetzungen erfüllt, beschränkt sich die Beschlusskontrolle auf die Frage, ob der Entscheidungsinhalt völlig unverantwortlich ist. Darin liegt die Privilegierung der Business Judgment Rule, die in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG in der Formulierung „vernünftigerweise annehmen dürfen, (...) zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“ verankert ist.⁸⁹ Das Gericht ist nicht befugt, an Stelle der Organmitglieder das Gesellschaftswohl zu definieren, sondern es darf den Beschluss lediglich einer inhaltlichen Evidenzkontrolle unterwerfen. Der Beschluss ist nur dann nichtig, wenn sein Inhalt mit dem Gesellschaftswohl evident nicht im Einklang steht. Mit anderen Worten: Ein Inhaltsfehler liegt erst bei einer „Überschreitung der Ermessensgrenzen“ vor.⁹⁰

Freilich ist die Nichtigkeit des Beschlusses nicht schon dann anzunehmen, wenn die prozeduralen Voraussetzungen der Business Judgment Rule nicht vorliegen: Beteiligt sich ein befangenes Mitglied an der Entscheidungsfindung oder sind die Anforderungen an die Entscheidungsvorbereitung nicht erfüllt, entfällt lediglich die Grundlage für die Richtigkeitsvermutung und das Gericht kann sich eingehender mit der Frage auseinandersetzen, ob der Beschluss dem Gesellschaftswohl entspricht.⁹¹

V. Thesen

Die vorstehenden Überlegungen führen zu folgenden Thesen:

1. Ein Verwaltungsbeschluss ist wegen eines Inhaltsfehlers nichtig, wenn das Organ einen Beschluss fasst, der gegen eine ausdrückliche gesetzliche Vorgabe verstößt, die an das Gesamtorgan gerichtet ist. Die Nichtigkeit kann man über § 134 BGB oder mit dem Legalitätsprinzip begründen. Außerdem ist der Beschluss nichtig, wenn sein Inhalt dem Gesellschaftswohl zuwiderläuft. Maßgeblich ist, ob sich ein Organmitglied pflichtwidrig verhalten hätte, wenn es eine individuelle Entscheidung getroffen hätte, die dem Beschlussinhalt entspricht.

2. Die Business Judgment Rule ist nicht nur ein haftungsrechtliches Instrument, sondern sie schützt den Verwaltungsbeschluss vor einer engmaschigen gerichtlichen Inhaltskontrolle. Sind die Vorgaben des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG erfüllt, sind die Gerichte lediglich zu einer inhaltlichen Evidenzkontrolle des Beschlusses befugt. Der Beschluss ist nur dann fehlerhaft, wenn er evident nicht mit dem Gesellschaftswohl zu vereinbaren ist. In einem solchen Fall überschreiten die Organe die Ermessensgrenzen. Sind die prozeduralen Voraussetzungen der Business Judgment Rule nicht erfüllt, ist der Beschluss nicht automatisch nichtig, sondern er unterliegt einer intensiveren richterlichen Inhaltskontrolle.

⁸⁹ Hüffer/J. Koch, 13. Aufl. 2018, § 93 AktG Rz. 23.

⁹⁰ S. die Nachw. in Fn. 39.

⁹¹ So für die unzureichende Information OLG München v. 12.1.2017 – 23 U 3582/16, ZIP 2017, 372, 375.

3. Der Beschluss liegt nicht im sicheren Hafen der Business Judgment Rule, wenn ein befangenes Organmitglied an der Beratung oder Abstimmung teilnimmt. In einem solchen Fall fehlt die Grundlage für eine Richtigkeitsvermutung.

4. Wird der Beschluss nach dem Einstimmigkeitsprinzip gefasst, greift § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG schon dann nicht ein, wenn nur ein Organmitglied nicht vernünftigerweise annehmen darf, auf Grundlage angemessener Information abzustimmen. Bei einem Mehrheitsbeschluss kommt es auf die Art und Weise der Beschlussvorbereitung an: Bereitet ein Organmitglied oder ein Ausschuss die Entscheidung vor, kommt es auf den Informationsstand des „Berichterstatters“ an. Sind alle Organmitglieder zur Vorbereitung der Entscheidungsgrundlagen berufen, hängt die Anwendung der Business Judgment Rule davon ab, ob die informierten Mitglieder, die das Beschlussergebnis tragen, die erforderliche Mehrheit stellen.