

Dr. Anja Mayer und Dr. Friedrich Isenbart

D&O-Versicherung

D&O-Haftung bei Unternehmensverträgen – Wer hat den Schaden?

1. EINLEITUNG

Bei Bestehen von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen (im Folgenden: „**Unternehmensverträge**“) trifft die herrschende bzw. gewinnberechtigende Gesellschaft (im Folgenden: „**herrschendes Unternehmen**“) die Pflicht, einen der beherrschten oder zur Gewinnabführung verpflichteten Gesellschaft (im Folgenden: „**abhängiges Unternehmen**“) einen entstandenen Jahresfehlbetrag auszugleichen (§ 302 Abs. 1 AktG).

Unter diesem Aspekt wird in D&O-Auseinandersetzungen (sowie anderen Haftpflichtstreitigkeiten) häufig das Bestehen eines ersatzfähigen Schadens des abhängigen Unternehmens bestritten. Aufgrund des Ausgleichsanspruchs werde ein dem abhängigen Unternehmen entstandener Fehlbetrag sowieso ausgeglichen, so dass diesem kein Schaden entstanden sei. Auch Gewinne, die aufgrund der Schädigung vereitelt wurden, hätte das abhängige Unternehmen ohnehin an das herrschende Unternehmen abführen müssen (§§ 291 Abs. 1, 301 AktG). Ein Schaden könne somit allein beim herrschenden Unternehmen eintreten.

Fraglich ist vor diesem Hintergrund, bei welcher Gesellschaft der Schaden eingetreten ist, und welche Gesellschaft diesen Schaden geltend machen kann.

Bei unserer nachfolgenden Untersuchung dieser Frage unterscheiden wir zwei Konstellationen: Der Verlust des abhängigen Unternehmens kann zum einen durch eine pflichtwidrige Handlung seiner eigenen Geschäftsleitung verursacht worden sein (s.u. 3.). Besteht ein Beherrschungsvertrag, kann der Verlust darüber hinaus auch durch eine sorgfaltswidrige Weisung der Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens herbeigeführt worden sein (§ 309 Abs. 1 AktG, s.u. 2.).

2. SCHADENVERURSACHUNG DURCH GESCHÄFTSLEITUNG DES HERRSCHENDEN UNTERNEHMENS

Wird das abhängige Unternehmen durch eine pflichtwidrige Weisung der Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens geschädigt, kommt ein Schadenersatzanspruch nach § 309 Abs. 2 AktG in Betracht.

Danach haften die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens, wenn sie ihre Weisungsbefugnis nach § 308 AktG nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters ausüben.

2.1 Schaden des herrschenden Unternehmens

Nach einer Auffassung könne dem abhängigen Unternehmen bei Erteilung einer pflichtwidrigen Weisung durch die Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens kein Schaden entstanden sein. Die Verlustausgleichs- und Gewinnabführungspflicht führe vielmehr zu einem Schadeneintritt allein auf Seiten des herrschenden Unternehmens mit der Folge, dass ein Schadenersatzanspruch nach § 309 Abs. 2 AktG ausscheide.

Dies ergebe sich aus einer Schadenberechnung auf Grundlage der Differenzhypothese. Danach ist der Schaden anhand eines Vergleichs der tatsächlichen Vermögenslage als Resultat der pflichtwidrigen Handlung mit der hypothetischen Vermögenslage ohne die fragliche Pflichtverletzung zu bestimmen. Auf Seiten des abhängigen Unternehmens sei hier keine negative Vermögensentwicklung durch den Eintritt des schädigenden Ereignisses festzustellen. Vielmehr werde lediglich der Gewinnabführungsanspruch des herrschenden Unternehmens verkürzt, oder dem abhängigen Unternehmen stehe ein entsprechender Anspruch auf Verlustübernahme aus § 302 Abs. 1 AktG zu. Der Schaden entstehe daher allein dem herrschenden Unternehmen.

2.2 Schaden der abhängigen Gesellschaft

Nach der vorzugswürdigen Ansicht ist die Verlustausgleichs- und Gewinnabführungspflicht bei der Berechnung des Schadens nicht zu berücksichtigen. Der Schaden entstehe danach allein beim abhängigen Unternehmen.

2.2.1 Normzweck des § 309 AktG

Für diese Ansicht spricht zunächst der Normzweck des § 309 AktG. Würde nämlich ein Schaden des abhängigen Unternehmens aufgrund der Ausgleichspflicht aus dem Gewinnabführungsvertrag verneint, hätte § 309 Abs. 2 AktG, der gerade zum Ersatz des dem abhängigen Unternehmen entstandenen Schadens verpflichtet, keinen Anwendungsbereich.

Es erschiene auch unbillig, den Schädiger allein aufgrund einer unternehmensvertraglich bedingten Verlagerung des Verlustes (vom abhängigen auf das herrschende Unternehmen) zu entlasten. Die von § 309 AktG gewollte persönliche Verantwortlichkeit der Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens würde unterlaufen.

Schließlich ist zu beachten, dass der Schadenersatzanspruch aus § 309 Abs. 2 AktG bereits mit Vollendung des Tatbestands entsteht, wohingegen ein Anspruch des abhängigen Unternehmens gegen das herrschende Unternehmen auf Verlustausgleich nach § 302 Abs. 1 AktG nicht vor dem Stichtag des Jahresabschlusses entsteht (und erst mit dessen Feststellung greifbar wird). Wäre das abhängige Unternehmen also auf den Anspruch nach § 302 Abs. 1 AktG beschränkt, müsste es bis zur Feststellung des Jahresabschlusses warten, ohne vorher Schadenersatzansprüche gegen die Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens geltend machen zu können.

2.2.2 Keine Vorteilsanrechnung

Nach Durchführung des Verlustausgleichs entfällt der Schaden des abhängigen Unternehmens auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsanrechnung.

Die Grundsätze der Vorteilsanrechnung finden nämlich nur dann Anwendung, wenn Vorteile von dem schädigenden Ereignis (also der Pflichtverletzung) auch auf adäquat-kausale Weise verursacht wurden.

Dies ist jedoch beim Verlustausgleich aufgrund eines Unternehmensvertrages nicht der Fall. Denn der Verlustausgleich beruht ja nicht (und damit auch nicht adäquat-kausal) auf der Pflichtverletzung als dem schädigenden Ereignis, sondern allein auf dem (unabhängig hiervon abgeschlossenen) Unternehmensvertrag.

Darüber hinaus dürfte der Unternehmensvertrag auch regelmäßig (wenn auch nicht zwingend) bereits vor der Pflichtverletzung als dem schädigendem Ereignis bestanden haben. Ansprüche gegen Dritte aus Verpflichtungen, die bereits vor dem schädigenden

Ereignis bestanden, stellen jedoch grundsätzlich keine adäquat-kausal durch das schädigende Ereignis verursachten Vorteile dar.

Nach alledem begründet der Verlustausgleich aufgrund eines Unternehmensvertrages keinen adäquat-kausal verursachten Vorteil, der der Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens angerechnet werden könnte. Es bleibt vielmehr bei der von § 309 AktG statuierten persönlichen Verantwortlichkeit der Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens gegenüber dem abhängigen Unternehmen, die bei der Anrechnung von Vorteilen aufgrund eines Unternehmensvertrages ins Leere liefen.

3. SCHADENVERURSACHUNG DURCH GESCHÄFTSLEITUNG DES ABHÄNGIGEN UNTERNEHMENS

Der Verlust des abhängigen Unternehmens kann nicht nur durch eine Weisung der Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens nach § 309 Abs. 1 AktG herbeigeführt werden, sondern ebenfalls durch eine pflichtwidrige Handlung der eigenen Geschäftsleitung des abhängigen Unternehmens.

In diesem Fall ergibt sich ein Schadenersatzanspruch des abhängigen Unternehmens gegen seine eigene Unternehmensleitung nicht aus § 309 Abs. 2 AktG, sondern aus §§ 93 Abs. 2 AktG, 43 Abs. 2 GmbHG.

Das Problem des Verlustausgleichs aufgrund eines bestehenden Unternehmensvertrages nach § 302 Abs. 1 AktG stellt sich auch in den Fällen, in denen der Verlust des abhängigen Unternehmens auf einer pflichtwidrigen Handlung seiner eigenen Geschäftsleitung beruht.

Auch wenn in diesen Fällen nicht direkt auf § 309 Abs. 2 AktG und die hierzu diskutierten Meinungen zurückgegriffen werden kann, so gelten die zugrunde liegenden Wertungen jedoch auch in dem Fall einer Schadenverursachung durch die Geschäftsleitung des abhängigen Unternehmens.

Zweck der §§ 93 Abs. 2 AktG, 43 Abs. 2 GmbHG ist der Schadenausgleich und die Schadenprävention zum Schutz des Gesellschaftsvermögens, hier zum Schutze des Vermögens der abhängigen Gesellschaft.

Dieser Zweck würde umgangen, wenn die Geschäftsleitung des abhängigen Unternehmens, die ja gerade die pflichtwidrige Handlung begangen hat, von dem Verlustaus-

gleich aufgrund eines Unternehmensvertrages profitieren könnte. Die von §§ 93 Abs. 2 AktG, 43 Abs. 2 GmbHG gewollte persönliche Verantwortlichkeit der Geschäftsleitung (hier des abhängigen Unternehmens) würde unterlaufen.

Eine anderslautende Entlastung der Geschäftsleitung des abhängigen Unternehmens wäre unbillig, da der Unternehmensvertrag gerade nicht die persönliche Verantwortlichkeit der Geschäftsleitung ausschließen wollte. Vielmehr dienen Unternehmensverträge der Unterstellung des abhängigen Unternehmens unter fremde Leitung bzw. der Steueroptimierung. Hingegen verfolgt ein Unternehmensvertrag nicht den Zweck, die Geschäftsleitung des abhängigen Unternehmens vor persönlicher Verantwortlichkeit zu beschützen. Eine Vorteilsanrechnung findet somit in diesen Fällen nicht statt.

Ebenso ist in den Fällen eines Schadenersatzanspruchs gegen die Geschäftsleitung des abhängigen Unternehmens zu bedenken, dass der Schadenersatzanspruch nach §§ 93 Abs. 2 AktG, 43 Abs. 2 GmbHG bereits mit Vollendung des jeweiligen Tatbestands entsteht, wohingegen ein Anspruch des abhängigen Unternehmens gegen das herrschende Unternehmen auf Verlustausgleich nach § 302 Abs. 1 AktG nicht vor dem Stichtag des Jahresabschlusses entsteht (und erst mit dessen Feststellung greifbar wird). Das abhängige Unternehmen kann aber bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen seine eigene Geschäftsleitung nicht gezwungen sein, die Feststellung des Jahresabschlusses abzuwarten, sondern muss vielmehr Schadenersatzansprüche gegen seine Geschäftsleitung unmittelbar nach Entstehen solcher Ansprüche geltend machen können.

Nach alledem wäre es widersprüchlich, einen Schaden des abhängigen Unternehmens bei Ansprüchen gegen die Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens gemäß § 309 Abs. 2 AktG zu bejahen, bei reinen Binnenansprüchen gegen die eigene Geschäftsleitung jedoch zu verneinen. Der Verlustausgleich aufgrund eines Unternehmensvertrages begründet daher keinen Vorteil, der der Geschäftsleitung des abhängigen Unternehmens angerechnet werden könnte. Es bleibt bei der von §§ 93 Abs. 2 AktG, 43 Abs. 2 GmbHG statuierten persönlichen Verantwortlichkeit der Geschäftsleitung gegenüber dem abhängigen Unternehmen, bei dessen Schadenberechnung ein eventueller Verlustausgleich aufgrund eines Unternehmensvertrages außer Betracht bleibt.

4. WERTUNG DES BGH

Die vorgenannten Ergebnisse entsprechen auch der Wertung des BGH.

Dieser hat mit Beschluss vom 10. November 2011 (IX ZR 106/09) für den Fall von Schadenersatzansprüchen eines abhängigen Unternehmens gegen ein Konkurrenzunternehmen klargestellt, dass sich die Pflicht zur Gewinnabführung wie auch die Pflicht zur Verlustübernahme lediglich auf das Innenverhältnis zwischen herrschendem und abhängigem Unternehmen beschränken. Das abhängige Unternehmen bleibe somit trotz des bestehenden Unternehmensvertrages im Verhältnis zu Dritten Gläubiger wie auch Schuldner von vertraglichen und gesetzlichen Ansprüchen. Bei einem dem abhängigen Unternehmen entstandenen Vermögensverlust handele es sich daher um einen eigenen Schaden des abhängigen Unternehmens, und nicht etwa nach erfolgter Verlustübernahme um einen Schaden des herrschenden Unternehmens.

Aus diesem Grund seien auch Ersatzansprüche wegen eines dem abhängigen Unternehmen entstandenen Schadens vom abhängigen Unternehmen selbst (und nicht vom herrschenden Unternehmen) geltend zu machen. Die Aktiv- und Passivlegitimation des abhängigen Unternehmens als Gläubiger oder Schuldner von Ansprüchen im Verhältnis zu Dritten bleibe unberührt. Für die Grundsätze der Drittschadensliquidation, bei der der Anspruchsinhaber den Ersatz eines fremden Schadens geltend machen kann (und die noch von den Vorinstanzen für anwendbar erklärt wurde, OLG Frankfurt, Urteil vom 7. Mai 2009 - 6 U 185/07), sieht der BGH keine Anwendung.

Ergänzend führt der BGH aus, dass die Pflicht zur Verlustübernahme nach § 302 Abs. 1 AktG das Gesamtergebnis der Geschäftstätigkeit des abhängigen Unternehmens betreffe, und nicht lediglich einzelne Geschäftsvorfälle, die zudem noch ungeklärt und Gegenstand eines Rechtsstreits sind.

Die Argumentation des BGH lässt sich auch auf Schadenersatzansprüche des abhängigen Unternehmens gegen seine Geschäftsleitung oder gegen die Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens anwenden.

Zwar betraf der konkret vom BGH zu entscheidende Fall Schadenersatzansprüche gegen ein Konkurrenzunternehmen, und nicht gegen die Geschäftsleitung des abhängigen oder herrschenden Unternehmens. Die deutliche Aussage des BGH, dass sich die Gewinnabführungspflicht wie auch die Verlustübernahmepflicht lediglich auf das Innenverhältnis zwischen herrschendem und abhängigem Unternehmen beschränken und Aktiv- wie auch Passivlegitimation des abhängigen Unternehmens gegenüber Dritten unberührt lassen, gilt jedoch auch bei Schadenersatzansprüchen des abhängigen Un-

ternehmens gegen die Geschäftsleitung (gleich, ob es sich um seine eigene Geschäftsleitung oder die des herrschenden Unternehmens handelt).

Demnach ist der Verlustausgleich aufgrund eines Unternehmensvertrages bei Schadenersatzansprüchen des abhängigen Unternehmens gegen seine eigene Geschäftsleitung oder gegen die des herrschenden Unternehmens außer Acht zu lassen.

5. FAZIT

Die in D&O-Streitigkeiten verbreitete Argumentation, dem abhängigen Unternehmen sei infolge einer durch den unternehmensvertraglichen Ausgleichsanspruch bedingten Schadenverlagerung kein eigener, ersatzfähiger Schaden entstanden, ist unzutreffend. Vielmehr ist grundsätzlich ein eigener Schaden des abhängigen Unternehmens anzunehmen.

Sowohl im Fall der Schadenverursachung durch die Geschäftsleitung des abhängigen Unternehmens als auch im Fall der Schädigung durch Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens erfolgt die Schadenberechnung ohne Berücksichtigung eines Verlustausgleichs nach § 302 AktG sowie einer Gewinnabführung nach §§ 291 Absatz 1, 301 AktG.

Dr. Anja Mayer
Rechtsanwältin

Wilhelm
Partnerschaft von Rechtsanwälten
Reichsstraße 43
40217 Düsseldorf

Telefon: + 49 (0)211 687746 - 24

Telefax: + 49 (0)211 687746 - 20

www.wilhelm-rae.de

anja.mayer@wilhelm-rae.de

Dr. Friedrich Isenbart
Rechtsanwalt

Wilhelm
Partnerschaft von Rechtsanwälten
Reichsstraße 43
40217 Düsseldorf

Telefon: + 49 (0)211 687746 - 21

Telefax: + 49 (0)211 687746 - 20

www.wilhelm-rae.de

friedrich.isenbart@wilhelm-rae.de

AG Essen: PR 1597