BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

II ZR 2/12

Verkündet am:
28. Mai 2013
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Mai 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, den Richter Dr. Strohn, die Richterin Caliebe sowie die Richter Dr. Drescher und Sunder

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 13. Dezember 2011 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die R. AG (im Folgenden: R.) begab am 29. Dezember 2000 Genussscheine zu einem Gesamtnennbetrag in Höhe von 200 Mio. € in einer Stückelung zu je 1.000 €. Die Genussscheine hatten eine Laufzeit bis zum 31. Dezember 2012. Sie sind am 1. Juli 2013 zur Rückzahlung fällig. Im Jahr 2002 verschmolz die R. mit der Eu. AG zur Beklagten.

2 Die Beklagte gewährte den Inhabern der Genussscheine im Zuge der Verschmelzung nach § 23 UmwG "gleichwertige" Genussrechte. Die Klägerin hält 22 dieser Genussscheine.

3 Die Beklagte schloss mit der C. I. GmbH (im Folgenden: I.) einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, der am 4. September 2007 im Handelsregister eingetragen wurde. In dem Beschluss ist ein Ausgleich zugunsten der außenstehenden Aktionäre der Beklagten in Höhe von 1,01 € für das Geschäftsjahr 2007 und 1,10 € für die Geschäftsjahre ab 2008 sowie eine Abfindung in Höhe von 24,32 € je Aktie vorgesehen. Über die angemessene Höhe des Ausgleichs und der Abfindung streiten die Beteiligten in einem Spruchverfahren. Zwischen der I. und ihrer 100 %-igen Muttergesellschaft C. AG besteht ein Gewinnabführungsvertrag, der am 26. Mai 2004 im Handelsregister eingetragen worden war.

4 In den Genussscheinbedingungen der R. heißt es:

> § 2
>
> (1) Die Genussscheininhaber erhalten eine dem Gewinnanteil der Aktionäre der R. vorgehende jährliche Ausschüttung aus dem Bilanzgewinn.
>
> (2) Die Berechnung der Ausschüttung erfolgt für jede Zinsperiode auf Basis eines Referenzzinssatzes (EURIBOR Zwölf-Monats-Einlagen) zuzüglich 150 Basispunkte bezogen auf den Nennbetrag der Genussscheine …
>
> (3) [1]Reicht der Bilanzgewinn zur Ausschüttung nicht aus, so vermindert sich diese. … [4]Die Ausschüttung ist dadurch begrenzt, dass durch sie kein Bilanzverlust entstehen darf. [5]Im Falle einer Verminderung der Ausschüttung ist der fehlende Betrag in den folgenden Geschäftsjahren vorbehaltlich Absatz (3) Satz 1 nachzuzahlen. … [8]Bei der Nachzahlung sind zunächst die Rückstände, sodann die letztfälligen Ausschüttungsansprüche zu bedienen. [9]Ein Nachzahlungsanspruch besteht nur während der Laufzeit der Genussscheine. …

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

§ 5

Der Bestand der Genussscheine wird vorbehaltlich § 7 weder durch Verschmelzung oder Umwandlung der R. noch durch eine Veränderung ihres Grundkapitals berührt.

§ 7

(1) Die Genussscheininhaber nehmen am laufenden Verlust (Jahresfehlbetrag) in voller Höhe teil. Wird ein Bilanzverlust ausgewiesen oder das Grundkapital der R. zur Deckung von Verlusten herabgesetzt, vermindert sich der Rückzahlungsanspruch jedes Genussscheininhabers. Bei einem Bilanzverlust vermindert sich der Rückzahlungsanspruch um den Anteil am Bilanzverlust, der sich aus dem Verhältnis des Rückzahlungsanspruches zum Eigenkapital (einschließlich Genussscheinkapital, jedoch ohne andere nachrangige Verbindlichkeiten) errechnet. ...

(2) Werden nach einer Teilnahme der Genussscheininhaber am Verlust in den folgenden Geschäftsjahren Jahresüberschüsse erzielt, so sind aus diesen ... die Rückzahlungsansprüche bis zum Nennbetrag der Genussscheine zu erhöhen, bevor eine anderweitige Verwendung der Jahresüberschüsse vorgenommen wird. ...

§ 8

Die Forderungen aus den Genussscheinen gehen den Forderungen aller anderen Gläubiger der R. , die nicht ebenfalls nachrangig sind, im Range nach. ...

§ 9

(1) Nachträglich können die Teilnahme am Verlust ... zum Nachteil der R. nicht geändert, der Nachrang der Genussscheine ... nicht beschränkt sowie die Laufzeit und die Kündigungsfrist nicht verkürzt werden. ...

§ 13

Sollte eine der Bestimmungen der Genussscheinbedingungen ganz oder teilweise unwirksam sein oder werden, so bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen unberührt. Für eine etwa hierdurch entstehende Lücke soll eine dem Sinn und Zweck dieser Bedingungen entsprechende Regelung gelten.

5 Im Geschäftsjahr 2008 erzielte die Beklagte einen fiktiven, ohne Berücksichtigung des Verlustausgleichsanspruchs aus dem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag errechneten Jahresfehlbetrag. Dennoch leistete sie Zahlungen auf die Genussscheine. Im Geschäftsjahr 2009 betrug der fiktive Jahresfehlbetrag 169,7 Mio. €. Die Beklagte weigert sich, an die Klägerin weiter Ausschüttungen auf die Genussrechte zu leisten. Ferner setzte sie die jeweiligen Rückzahlungsansprüche der Genussrechte herab.

6 Beide Parteien sind der Auffassung, dass die Genussscheinbedingungen nach Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages der Beklagten mit der I. angepasst werden müssten. Die Klägerin meint, diese Anpassung habe dergestalt zu erfolgen, dass die Genussscheinbedingungen nicht hinter der Ausgleichsregelung des § 304 AktG für die außenstehenden Aktionäre zurückblieben. Danach seien die Genussscheine unabhängig von der Ertragslage der Beklagten zu bedienen und die Rückzahlungsansprüche nicht herabzusetzen, wenn die Prognose hinsichtlich der Ertragsentwicklung der Beklagten bei Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages positiv gewesen sei. Das sei hier - unstreitig - der Fall. Die Beklagte meint dagegen, die Genussscheinbedingungen seien so anzupassen, dass sich die Zahlungen an die Genussscheininhaber nach dem fiktiven Bilanzgewinn oder -verlust vor der Gewinnabführung oder dem Verlustausgleich richteten.

7 Mit ihrer Klage hat die Klägerin beantragt, die Beklagte für das Geschäftsjahr 2009 zur Zahlung von Ausschüttungen auf die Genussrechte in Höhe von 1.008,70 € zu verurteilen sowie festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet sei, auch künftig die Genussscheine unabhängig von der Ertragslage

der Beklagten zu bedienen und sie bei Fälligkeit zum vollen Nennbetrag zurückzuzahlen.

8 Das Landgericht (LG Frankfurt am Main, Der Konzern 2011, 118) hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht (OLG Frankfurt am Main, ZIP 2012, 79) hat ihr stattgegeben. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision bleibt erfolglos. Das Berufungsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben

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

11 Da nach Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages bis zu dessen Beendigung bei der Beklagten weder ein Bilanzgewinn noch ein Bilanzverlust entstehen könne, müssten die Genussscheinbedingungen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung an diese Lage angepasst werden. Auf das fiktive Jahresergebnis abzustellen, wie es die Beklagte vertrete, sei nicht interessengerecht. Denn das herrschende Unternehmen könne durch Weisungen oder auf andere Weise auf das Ergebnis der Beklagten Einfluss nehmen. Auch die Lösung des Landgerichts sei nicht tragfähig. Wenn auf das Ergebnis der Muttergesellschaft abgestellt werde, würden die Genussscheine der Beklagten wie Genussscheine der C. AG behandelt, was nicht den Interessen der Parteien entspreche. Vorzugswürdig sei eine weitgehende

Gleichbehandlung der Genussscheininhaber mit den außenstehenden Aktionären. Die Genussscheininhaber seien noch schutzwürdiger als die außenstehenden Aktionäre, weil sie keine Möglichkeit gehabt hätten, auf die Entscheidung über den Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages Einfluss zu nehmen. Wenn den außenstehenden Aktionären ein fester Ausgleich nach § 304 AktG zugebilligt werde, müsse das danach auch für die Genussscheininhaber gelten. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt sei die Prognose hinsichtlich der wirtschaftlichen Entwicklung der Beklagten, die bei Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages positiv gewesen sei. In diesem Fall seien die Genussscheine unabhängig von der weiteren Entwicklung der Ertragslage bis zum Ende des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages in vollem Umfang zu bedienen und es sei bei Fälligkeit der volle Nennwert zurückzuzahlen. Ob das zu Einschränkungen bezüglich der Qualifikation des Genussscheinkapitals als Ergänzungskapital im Sinne des § 10 Abs. 5 KWG führe, könne offen bleiben. Denn auch insoweit gelte, dass die Genussscheininhaber schutzbedürftiger als die Beklagte seien.

12 II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten revisionsrechtlicher Überprüfung im Ergebnis stand.

13 Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, dass die ursprünglich von der R. begebenen Genussscheine einen anderen Inhalt hatten als die Bedingungen, zu denen die Beklagte im Zuge der Verschmelzung neue Genussscheine nach § 23 UmwG begeben hat. Damit ist davon auszugehen, dass auch die Bedingungen der neuen Genussrechte keine Regelung enthalten, wie im Falle des Abschlusses eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages zu verfahren ist.

14 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass nach Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages zwischen der I. und der Beklagten die Genussscheinbedingungen an die veränderte Rechtslage angepasst werden müssen.

15 Der Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages hat allerdings keine unmittelbaren Auswirkungen auf die von dem abhängigen Unternehmen zuvor begebenen Genussscheine. Anders als die außenstehenden Aktionäre, denen nach § 304 AktG von dem herrschenden Unternehmen ein angemessener Ausgleich zu zahlen ist und die mit der nach § 305 AktG zu gewährenden Abfindung ein Austrittsrecht erhalten, bleiben die Genussscheininhaber grundsätzlich an die einmal festgelegten Genussscheinbedingungen gebunden. Denn die Genussrechte stellen keine mitgliedschaftliche Beteiligung an der Aktiengesellschaft dar, die im Falle der Einbeziehung der Gesellschaft in einen Vertragskonzern bestimmte Schutzmechanismen auslöst, sondern sie erschöpfen sich in einem bestimmten geldwerten Anspruch (BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 309).

16 Der Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages bleibt aber nicht ohne mittelbare Auswirkungen auf die Genussrechte.

17 Zum einen weisen die Bilanzen der in einen Vertragskonzern einbezogenen abhängigen Gesellschaft keinen Bilanzgewinn oder -verlust mehr aus. Aufgrund der Gewinnabführungspflicht der abhängigen Gesellschaft und der Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens werden die Ausschläge nach oben oder unten jeweils neutralisiert. Das könnte zur Folge haben, dass die Genussscheine gemäß § 2 Abs. 3 Satz 1 der Genussscheinbedingungen nicht mehr bedient werden können, weil kein Bilanzgewinn vorhanden ist. Es

könnte aber auch dazu führen, dass die Genussscheine gemäß § 2 Abs. 3 Satz 4 der Genussscheinbedingungen in vollem Umfang zu bedienen sind, weil diese Zahlungen von dem abzuführenden "Gewinn" abzuziehen oder von dem herrschenden Unternehmen auszugleichen sind, so dass kein Bilanzverlust entstehen kann.

18 Zum anderen ändert sich durch den Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages die Risikolage der Genussscheininhaber. Während sie beim Erwerb der Genussscheine darauf vertrauen konnten, dass das Unternehmen von seinem Vorstand eigenverantwortlich und orientiert am Unternehmenswohl geführt wird, müssen sie nun hinnehmen, dass der Vorstand des herrschenden Unternehmens die Leitungsaufgabe übernimmt oder zumindest diese Möglichkeit besteht. Dabei können nach § 308 Abs. 1 AktG auch Weisungen erteilt werden, die für die abhängige Gesellschaft nachteilig sind, sofern sie nur den Interessen des herrschenden Unternehmens oder des Konzerns dienen.

19 2. Über die Frage, wie diesen Veränderungen zu begegnen ist, besteht im Schrifttum Streit. Dabei werden teilweise kumulative Lösungsvorschläge gemacht. Eine Meinung will den Genussscheininhabern analog § 304 AktG einen Ausgleichsanspruch gegen das herrschende Unternehmen gewähren, der sich nach der bisherigen Ertragslage der Gesellschaft und ihren künftigen Ertragsaussichten bemisst (MünchKommAktG/Habersack, 3. Aufl., § 221 Rn. 320; Lutter in KK-AktG, 2. Aufl., § 221 Rn. 404; Stadler in Bürgers/Körber, AktG, 2. Aufl., § 221 Rn. 138; Luttermann, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, 1998, S. 538; Frantzen, Genussscheine, 1993, S. 281 ff.; Schürnbrand, ZHR 173 [2009], 689, 707 ff.; Merkt in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 221 Rn. 93;

Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 7. Aufl., § 304 Rn. 14a; Veil in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 304 Rn. 14). Andere Autoren wollen nach den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB oder im Wege ergänzender Vertragsauslegung nach § 157 BGB die Genussscheinbedingungen dahingehend anpassen, dass ein Ausgleichsanspruch wie nach § 304 AktG besteht, aber gerichtet gegen die abhängige Gesellschaft (U. H. Schneider in Festschrift Goerdeler, 1987, S. 511, 527; Frantzen, Genussscheine, 1993, S. 282 ff., 285; Sethe, AG 1993, 351, 366 Fn. 359; Prosser, Anlegerschutz bei Genussscheinen, 2001, S. 154 ff.; Kallrath, Inhaltskontrolle der Wertpapierbedingungen, 1994, S. 180 f.; Koppensteiner in KK-AktG, 3. Aufl., § 304 Rn. 18; Krieger in MünchHdbGesR IV, 3. Aufl., § 63 Rn. 72; s. auch BGH, Urteil vom 8. Februar 1960 - II ZR 102/58, NJW 1960, 721, 723). Weiter wird vertreten, dass die Genussscheininhaber ein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Genussrechtsverhältnisses nach § 314 BGB mit einer Abfindung analog § 305 AktG haben sollen (U. H. Schneider in Festschrift Goerdeler, 1987, S. 511, 526 f.; Merkt in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 221 Rn. 93; Schenk in Bürgers/Körber, AktG, 2. Aufl., § 304 Rn. 14; Luttermann, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, 1998, S. 538 f.) oder dass der Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages eine Verletzung des Genussrechtsverhältnisses darstelle und daher zu einem Schadensersatzanspruch der Genussscheininhaber führe (MünchKomm-AktG/Bilda, 2. Aufl., § 304 Rn. 27; Koppensteiner in KK-AktG, 3. Aufl., § 304 Rn. 18; Krieger in MünchHdbGesR IV, 3. Aufl., § 63 Rn. 72; Schenk in Bürgers/Körber, AktG, 2. Aufl., § 304 Rn. 14). Das Landgericht hat die Meinung vertreten, die Ausschüttungen auf die Genussscheine seien nach dem Bilanzergebnis des herrschenden Unternehmens, hier der Konzernspitze, zu bemessen (eben-

so U. H. Schneider in Festschrift Goerdeler, 1987, S. 511, 526). Für den isolierten Gewinnabführungsvertrag schließlich wird die Auffassung vertreten, die Genussrechte seien so zu bedienen, als bestehe die Gewinnabführungspflicht nicht (MünchKommAktG/Habersack, 3. Aufl., § 221 Rn. 320; U. H. Schneider in Festschrift Goerdeler, 1987, S. 511, 525; Frantzen, Genussscheine, 1993, S. 282 Fn. 352; Luttermann, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, 1998, S. 538). Diese Meinung vertritt auch die Beklagte für den vorliegenden Fall des Abschlusses eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages.

20 3. Zutreffend ist eine Anpassung des Vertragsinhalts nach den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 BGB.

21 Den Genussscheinbedingungen lässt sich im Wege der - einfachen - Auslegung keine Regelung der durch die Einbeziehung der Gesellschaft in einen Vertragskonzern entstehenden Fragen entnehmen. Aber auch eine ergänzende Vertragsauslegung kommt nicht in Betracht. Die Grenzen zwischen der vom Berufungsgericht angenommenen ergänzenden Vertragsauslegung und der Vertragsanpassung nach den Regeln des Fehlens oder des Wegfall der Geschäftsgrundlage sind allerdings fließend (MünchKommBGB/Finkenauer, 6. Aufl., § 313 Rn. 46; Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 313 Rn. 10; deshalb ohne Abgrenzung BGH, Urteil vom 13. Juni 1994 - II ZR 38/93, BGHZ 126, 226, 241). Entzieht sich ein Ereignis infolge einer grundlegenden Veränderung der Verhältnisse der Beurteilung nach dem Vertragswillen, ist für eine ergänzende Vertragsauslegung aber kein Raum (BGH, Urteil vom 8. Juli 1982 - IX ZR 99/80, BGHZ 84, 361, 368). So liegt der Fall hier. Die Anpassung gestaltet das Genussrechtsverhältnis so stark um, dass eine Herleitung aus dem Vertragswillen der Beteiligten ausscheidet.

22 Der Senat kann diese Anpassung wegen des Bedürfnisses eines einheitlichen Verständnisses der für den allgemeinen Verkehr bestimmten und über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus verbreiteten Genussrechte selbst vornehmen, ebenso wie er auch die Vertragsauslegung des Berufungsgerichts selbständig und uneingeschränkt nachprüfen könnte (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 1958 - II ZR 4/57, BGHZ 28, 259, 263; Urteil vom 11. Oktober 2005 - XI ZR 395/04, BGHZ 164, 286, 292; Urteil vom 19. Juli 2011 - II ZR 300/08, ZIP 2012, 1657 Rn. 46).

23 Die Anpassung der Genussscheinbedingungen an die durch den Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages neu geschaffene Lage führt zu dem Ergebnis, dass jedenfalls in den Fällen, in denen - wie hier - bei Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages davon auszugehen ist, dass die abhängige Gesellschaft in der Zukunft bis zum Ende des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages ohne den Vertrag genügend Gewinn ausgewiesen hätte, um die Genussrechte bedienen zu können, sie dies auch nach Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages tun muss, ohne dass es auf die dann ausgewiesenen (fiktiven) Gewinne oder Verluste ankommt, und dass sie dann auch den Rückzahlungsanspruch nicht kürzen darf.

24 a) Wenn ein Unternehmen, das Genussscheine begibt, nicht in einen Vertragskonzern einbezogen ist, stellt diese "Konzernfreiheit" eine Geschäftsgrundlage des Begebungsvertrages dar. Die Leitung eines konzernfreien Unternehmens hat sich an dessen Interessen zu orientieren. Bei Abschluss eines Beherrschungsvertrages besteht dagegen aufgrund der Möglichkeit auch negativer Weisungen nach § 308 Abs. 1 AktG die Gefahr, dass die Gesellschaft nicht

mehr so geführt wird, wie es ihrem Interesse entspricht. Die Genussscheininhaber sind beim Erwerb der Genussscheine aber gerade von einer Geschäftsführung im eigenen Interesse des Unternehmens ausgegangen und haben nicht damit gerechnet, dass die Gesellschaft im übergeordneten Interesse eines Konzerns oder seiner Spitze geführt würde.

25 b) Der Wegfall dieser Geschäftsgrundlage infolge des Abschlusses eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages führt dazu, dass der Vertrag unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen an die veränderten Verhältnisse anzupassen ist (BGH, Urteil vom 8. Februar 2006 - VIII ZR 304/04, ZIP 2006, 765 Rn. 11; Urteil vom 21. September 1995 - VII ZR 80/94, ZIP 1995, 1935, 1937).

26 Diese Anpassung kann entgegen der Auffassung der Revision nicht darin bestehen, dass das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens teleologisch derart reduzieren wird, dass keine nachteiligen Weisungen erteilt werden dürften. Dafür fehlt es an einem rechtlichen Anknüpfungspunkt. Das Weisungsrecht ist in § 308 AktG gesetzlich verankert. Durch eine Vereinbarung der abhängigen Gesellschaft mit ihren Kapitalgebern oder als Folge einer solchen Vereinbarung kann es nicht abgeändert werden.

27 Auch die vom Landgericht gewählte Lösung ist nicht gangbar. Wenn die Bedienung der Genussrechte von dem Bilanzergebnis der Muttergesellschaft abhängig gemacht würde, käme das im wirtschaftlichen Ergebnis einem Wechsel des Vertragspartners gleich. Die Genussscheininhaber würden so behandelt, als hätten sie Genussscheine der Muttergesellschaft erworben und nicht solche der Tochter- oder Enkelgesellschaft. Das würde dem Gedanken des § 309 Nr. 10 BGB widersprechen, wonach ein Wechsel des Vertragspartners in

Allgemeinen Geschäftsbedingen nur unter engen Voraussetzungen vorgesehen werden kann (zum Charakter der Genussscheinbedingungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen s. BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 312). Es wäre auch im Übrigen nicht interessengerecht, schon weil das Ergebnis der Konzernmutter auf der Leistung des gesamten Konzerns beruht, während der Genussscheininhaber nur Anspruch auf Teilhabe an dem Ergebnis des begebenden Unternehmens hat.

28 Die von der Revision befürwortete Anpassung dahingehend, dass der jeweils vor der Gewinnabführung oder dem Verlustausgleich errechnete fiktive Bilanzgewinn oder -verlust für die Bedienung des Genusskapitals maßgeblich sein soll, scheidet ebenfalls aus. Damit könnten allenfalls die Folgen des Gewinnabführungsvertrages neutralisiert werden, nicht jedoch die Folgen des Beherrschungsvertrages.

29 Auch der Lösungsvorschlag der Revision, auf die jeweilige Benachteiligung durch das herrschende Unternehmen abzustellen und in diesem Umfang die Genussrechte auch ohne einen fiktiven Bilanzgewinn zu bedienen, führt nicht weiter. Da die Weisungen des herrschenden Unternehmens in einem Vertragskonzern nicht - wie in einem faktischen Konzern nach § 312 ff. AktG - dokumentiert und geprüft werden müssen und die abhängige Gesellschaft umfassend unter die Kontrolle des herrschenden Unternehmens gestellt werden kann, wäre die Darlegung derartiger Nachteile für die in der Regel nicht einmal über ein Fragerecht in der Hauptversammlung verfügenden Genussscheininhaber (BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 316 f.) schlechterdings nicht möglich. Darüber könnten weder die Grundsätze der sekundären Darlegungslast noch die Bestimmung in dem hier abgeschlossenen

Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, dass Weisungen schriftlich zu erteilen seien, in ausreichendem Maße hinweghelfen.

30 Abzulehnen ist auch die Auffassung, nach der den Genussscheininhabern ein Schadensersatzanspruch gegen die abhängige Gesellschaft zustehen soll. Zwar kann ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB entstehen, wenn die Gesellschaft ihre (Schutz-)Pflichten gegenüber den Genussscheininhabern verletzt (BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 330 f.). Hier fehlt es aber an einer Pflichtverletzung. Der Vorstand der die Genussscheine begebenden Gesellschaft kann sich nicht wirksam verpflichten, keinen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag als abhängige Gesellschaft abzuschließen. Ebenso wenig kann sich die Hauptversammlung verpflichten, einem solchen Vertragsschluss nicht zuzustimmen (Stephan in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 304 Rn. 68; s. auch BGH, Urteil vom 5. April 1993 - II ZR 238/91, BGHZ 122, 211, 217 f.). Vor diesem Hintergrund übernimmt die Gesellschaft bei Begebung der Genussscheine auch gegenüber den Genussscheininhabern nicht die Pflicht, keinen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag abzuschließen.

31 Auch ein Kündigungs- oder Austrittsrecht mit einer Abfindung wie nach § 305 AktG scheidet aus. Die Abfindung der außenstehenden Aktionäre nach § 305 AktG stellt einen Ausgleich dafür dar, dass die Aktionäre ihre Mitverwaltungsrechte in der abhängigen Gesellschaft verlieren (BGH, Beschluss vom 4. März 1998 - II ZB 5/97, BGHZ 138, 136, 139; MünchKommAktG/Paulsen, 3. Aufl., § 305 Rn. 7). Die Genussscheine vermitteln dagegen keine Mitverwaltungsrechte, sondern ausschließlich Vermögensrechte (BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 309).

32 c) Die Auffassung, die im Wege der Vertragsanpassung - unter Heranziehung des Regelungsinhalts des § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG - einen festen Ausgleich vorsieht, ist jedenfalls insoweit zutreffend, als sie annimmt, die Ausschüttungen und die Rückzahlung des Genussscheinkapitals seien während der Laufzeit des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages in voller Höhe zu leisten, wenn bei Abschluss dieses Vertrages aufgrund einer Prognose nach § 304 Abs. 2 AktG davon auszugehen sei, dass die zukünftige wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft ohne den Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages so positiv sein würde, dass die Ausschüttungen an die Genussscheininhaber aus dem jeweiligen Bilanzgewinn würden erfolgen und das Genussscheinkapital ohne Abzüge würde zurückgezahlt werden können.

33 Damit werden die Genussscheininhaber wirtschaftlich weitgehend so gestellt, als wäre der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag nicht abgeschlossen worden. Das Genussscheinkapital wird entgegen der Auffassung der Revision nicht behandelt wie ein Darlehen. Vielmehr wird anhand der bisherigen Ertragslage der Gesellschaft und ihrer künftigen Ertragsaussichten unter Berücksichtigung angemessener Abschreibungen und Wertberichtigungen (§ 304 Abs. 2 AktG) eine Prognose darüber erstellt, wie sich die Zahlungen an die Genussscheininhaber ohne die Einbeziehung in den Vertragskonzern entwickelt haben würden. Die Genussscheininhaber erhalten also im Grundsatz nicht mehr als ohne die Konzernierung. Sie werden nur insoweit begünstigt, als sie das Risiko einer falschen Prognose nicht zu tragen haben.

34 Bei Berücksichtigung der beiderseitigen Interessenlagen ist davon auszugehen, dass diese Regelung für beide Seiten zumutbar ist. Dass die Zahlun-

gen an die Genussscheininhaber durch die Prognose festgeschrieben werden, beruht gerade auf dem Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages, den im Verhältnis zu den Genussscheininhabern allein die abhängige Gesellschaft zu verantworten hat. Infolge dieses Vertragsschlusses ändert sich auch die Stellung der Aktionäre. Sie bekommen in der Regel einen Anspruch auf einen festen Ausgleich nach § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG und sind mit ihrer Dividendenerwartung nicht - wie es sonst der Fall ist - auf das jeweilige Jahresergebnis der Gesellschaft angewiesen. Die Genussscheininhaber sind mindestens ebenso schutzwürdig wie die Aktionäre. Sie haben im Gegensatz zu den Aktionären keine Möglichkeit, auf den Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages Einfluss zu nehmen oder mit einer angemessenen Abfindung auszuscheiden.

35 d) Dieses Ergebnis steht nicht im Widerspruch zu den hier anwendbaren bankaufsichtsrechtlichen Regelungen.

36 aa) Allerdings könnte auf den Gesichtspunkt des Kontrollübergangs von der abhängigen Gesellschaft auf das herrschende Unternehmen infolge des Beherrschungsvertrages möglicherweise nicht abgestellt werden, wenn in einem Bankenkonzern die Erteilung nachteiliger Weisungen unzulässig wäre. Denn dann bliebe es bei der zwar nicht eigenverantwortlichen, aber doch am Wohl des Einzelunternehmens orientierten Geschäftsführung durch den Vorstand der abhängigen Gesellschaft. Die Anpassung der Genussscheinbedingungen mit dem Ergebnis fester Zahlungsansprüche wäre damit zumindest in Frage gestellt.

37 Die Revision macht geltend, in einem Bankenkonzern seien nachteilige Weisungen schon nach § 25a Abs. 1 KWG ausgeschlossen. Denn danach sei-

en die Geschäftsleiter für die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation verantwortlich, und Geschäftsleiter seien nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KWG grundsätzlich die nach Gesetz oder Satzung zur Führung der Geschäfte und zur Vertretung des Instituts berufenen natürlichen Personen, also die Mitglieder des Vorstands der abhängigen Aktiengesellschaft.

38 Indes können auch in einem Vertragskonzern, bei dem sowohl die abhängige Gesellschaft als auch das herrschende Unternehmen, hier mittelbar die C. AG - wie vom Berufungsgericht festgestellt -, Kreditinstitute im Sinne des § 1 Abs. 1 KWG sind, nachteilige Weisungen der Konzernmutter zulässig sein. Der genaue Umfang einer Einschränkung des Weisungsrechts durch die Vorschriften des Gesetzes über das Kreditwesen braucht im vorliegenden Fall nicht bestimmt zu werden.

39 Zum einen bildet die Beklagte mit der I. und der C. AG als Konzernspitze eine Institutsgruppe im Sinne des § 10a Abs. 1 KWG. Damit ist das übergeordnete Unternehmen nach § 10a Abs. 12 Satz 1 KWG für eine angemessene Eigenkapitalausstattung der Institutsgruppe verantwortlich. Das setzt Weisungen voraus, deren Berechtigung sich - wie in § 10a Abs. 12 Satz 2 KWG klargestellt - aus dem allgemein geltenden Gesellschaftsrecht, also aus § 308 AktG, ergeben muss. Dabei muss nicht das Interesse des einzelnen Instituts bestimmend sein, soweit nicht durch die Weisung dessen angemessene Eigenkapitalausstattung beeinträchtigt wird. Unter Beachtung dieser Grenze kann vielmehr auch auf das Interesse der gesamten Institutsgruppe abgestellt werden.

40 Zum anderen haben die beteiligten Unternehmen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von der Befreiungsmöglichkeit des § 2a KWG Ge-

brauch gemacht. Danach sind die Geschäftsleiter eines nachgeordneten Unternehmens einer Institutsgruppe von der Pflicht zur institutsbezogenen Aufbringung eines angemessenen Eigenkapitals nach § 10 KWG und von weiteren Pflichten befreit, wenn unter anderem das übergeordnete Unternehmen die Mehrheit der mit den Anteilen des nachgeordneten Instituts verbundenen Stimmrechte hält, das Risikomanagementsystem des übergeordneten Unternehmens das nachgeordnete Institut einschließt und dies durch gruppenintern vereinbarte Durchgriffsrechte sichergestellt ist. Das setzt voraus, dass das übergeordnete Unternehmen einen beherrschenden Einfluss auf die Geschäftsführung des nachgeordneten Instituts ausüben kann (Boos in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz, 4. Aufl., § 2a Rn. 7) und in diesem Rahmen auch Weisungen erteilen kann, die für das nachgeordnete Institut nachteilig sind. Entscheidend ist nämlich, dass bei Anwendung des § 2a KWG die Angemessenheit der Eigenkapitalausstattung nur noch auf der Ebene der Institutsgruppe geprüft wird. Damit bleiben gruppenintern nachteilige Kapitalverschiebungen unberücksichtigt. Dass die C. AG als das übergeordnete Unternehmen nicht unmittelbar an der Beklagten beteiligt ist, spielt keine Rolle. Die I. als nachgeordnetes Unternehmen kann die von ihr abhängige Beklagte in die Institutsgruppe einbeziehen (Auerbach/Kempers/Klotzbach in Schwennicke/Auerbach, KWG, § 10a Rn. 23).

41 bb) Ohne Erfolg bleibt auch der Einwand der Revision, bei festen Zahlungen an die Genussscheininhaber könne das Genussscheinkapital nicht mehr nach § 10 Abs. 2, 2b Nr. 4 KWG als Ergänzungskapital bei der Berechnung des haftenden Eigenkapitals der Beklagten berücksichtigt werden.

42 Richtig ist allerdings, dass nach den ursprünglichen Genussscheinbedingungen das Genussscheinkapital nach § 10 Abs. 5 KWG als Kapital, das unter anderem bis zur vollen Höhe am Verlust teilnahm und für das vereinbart war, dass es im Falle der Insolvenz oder der Liquidation nachrangig zurückgezahlt wird, dem haftenden Eigenkapital der Beklagten zuzurechnen war. Ob dies aber bei einer Anpassung der Genussscheinbedingungen im Sinne fester Zahlungen aufgrund einer Prognose anders ist, erscheint zweifelhaft. Denn das Eigenkapital der Beklagten kann durch die Verlustausgleichszahlungen der I. an die Beklagte in Höhe der Zahlungen an die Genussscheininhaber aufgefüllt werden. Hinzu kommt, dass aufgrund der Zugehörigkeit der Beklagten zu der Institutsgruppe der C. AG für die Feststellung des haftenden Eigenkapitals ohnehin nicht auf die Vermögenslage - nur - der Beklagten abzustellen ist.

43 Diese Frage und die weitere Frage, wie es sich auswirkt, dass die Zahlungen der Beklagten an die Genussscheininhaber über den Verlustausgleich durch die I. bei dieser und damit mittelbar bei der C. AG zu einer Minderung des haftenden Eigenkapitals der Institutsgruppe führen können, bedürfen jedoch keiner Vertiefung. Denn Nachteile bei der Berechnung des haftenden Eigenkapitals der Beklagten oder der Institutsgruppe wären ein Risiko, das bei Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht die Genussscheininhaber, sondern die Beklagte und über sie die I. und die C. AG tra-

gen müssten. Sie haben in Kenntnis aller Umstände die beiden Unternehmensverträge geschlossen. Deshalb gehen die damit verbundenen Nachteile zu ihren Lasten.

Bergmann Strohn Caliebe

Drescher Sunder

Vorinstanzen:
LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 14.12.2010 - 3-5 O 65/10 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 13.12.2011 - 5 U 56/11 -