



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 71/20

Verkündet am:
18. Januar 2022
Stoll
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

AktG § 302 Abs. 1

Haben die Parteien eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags bei der Aufhebung des Unternehmensvertrags vereinbart, dass der Untergesellschaft zur finanziellen Absicherung für die Zeit nach Vertragsbeendigung eine Zahlung tatsächlich zufließen soll, ist die Forderung bei der Berechnung des fiktiven Jahresfehlbetrags auf den Aufhebungsstichtag nicht zu berücksichtigen.

BGH, Urteil vom 18. Januar 2022 - II ZR 71/20 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Januar 2022 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, den Richter Born, die Richterin B. Grüneberg sowie die Richter V. Sander und Dr. von Selle

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 10. März 2020 aufgehoben und teilweise neu gefasst:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main vom 21. Dezember 2017 wird zurückgewiesen, soweit die Beklagte zur Zahlung an die Klägerin in Höhe von 419.032,21 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozent aus 419.032 € seit dem 12. Dezember 2016 verurteilt worden ist.

Im Übrigen wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Streitwert: bis 850.000 €

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Zwischen der Klägerin, einem Finanzdienstleistungsunternehmen in der Rechtsform der GmbH als Untergesellschaft und der Beklagten als Obergesellschaft bestand seit 2012 ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, der erstmals zum Jahresende 2018 ordentlich kündbar war.

2 Ab Ende des Jahres 2015 betrieben die Parteien die Trennung des Unternehmensverbunds, zu dem weitere Gesellschaften gehörten. Zu diesem Zweck schlossen sie am 31. Oktober 2016 eine Trennungsvereinbarung. Danach sollten der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag aufgehoben sowie Anteilskäufe und -übertragungen vorgenommen werden, wozu es eines Inhaberkontrollverfahrens und der Billigung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht bedurfte.

3 Die Klägerin bildete in der Folge ein Rumpfgeschäftsjahr vom 1. Januar 2016 bis zum 11. Dezember 2016. Der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag wurde mit Vertrag vom 8. Dezember 2016 mit Wirkung zum 11. Dezember 2016 einvernehmlich aufgehoben. Der Aufhebungsvertrag lautet auszugsweise:

"3 Entschädigungszahlung

3.1 Im Hinblick auf die Aufhebung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages und dem damit verbundenen Wegfall der Verlustausgleichspflicht des Organträgers, verpflichtet sich der Organträger aufschiebend bedingt auf den unter Ziffer 1 festgelegten Eintritt der Wirksamkeit der Aufhebung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags, als Ersatz für die wegfallende

Verlustübernahmeverpflichtung an die A. GmbH als Organgesellschaft eine Entschädigung in Höhe von EUR 1.300.000,00 zu zahlen.

3.2 Die Forderung ist ab dem 1. Januar 2017 zahlbar und zwei Wochen nach Wirksamkeit der Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags, frühestens jedoch am 15. Januar 2017 fällig und ist durch Banküberweisung auf das Konto der Organgesellschaft [...] zu zahlen."

4 Die Beklagte zahlte auf die vereinbarte Entschädigung im Januar 2017 876.855,43 €.

5 Nach der Berechnung der Klägerin ist für das Rumpfgeschäftsjahr 2016 ein Jahresfehlbetrag in Höhe von 419.032,21 € entstanden, den sie als Verlustausgleich neben dem Restbetrag der Entschädigung in Höhe von 423.144,57 € nebst Zinsen und Rechtsverfolgungskosten von der Beklagten verlangt. Die Beklagte hat gegen den geltend gemachten restlichen Entschädigungsanspruch primär mit einem behaupteten Anspruch auf Gewinnabführung und hilfsweise mit einem Schadensersatzanspruch aufgerechnet.

6 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und, soweit die Klägerin Verlustausgleich in Höhe von 419.032,21 € nebst Zinsen begehrt, zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, im Übrigen zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

8 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, ausgeführt:

9 Die Beklagte schulde der Klägerin keinen Verlustausgleich in Höhe von 419.032,21 €. Für die Höhe des Verlustausgleichsanspruchs sei der zum Bilanzstichtag zutreffend ausgewiesene Fehlbetrag maßgeblich. Es komme darauf an, wie richtigerweise hätte bilanziert werden müssen. Entgegen der Auffassung der Klägerin habe der Entschädigungsanspruch in Höhe von 1.300.000 € im Jahresabschluss für das am 11. Dezember 2016 endende Rumpfgeschäftsjahr aktiviert werden müssen. Die Beklagte schulde auch nicht den Restbetrag des Entschädigungsanspruchs in Höhe von 423.144,57 €, da dieser aufgrund der Primäraufrechnung mit dem Anspruch auf Gewinnabführung aus dem Rumpfgeschäftsjahr 2016 erloschen sei. Der bei der Klägerin entstandene Gewinn sei bei Berücksichtigung der 1.300.000 € höher als der offene Restbetrag. Ob der Beklagten der hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzanspruch zustehe, könne daher offenbleiben.

10 Dieser Lösung stehe nicht entgegen, dass die Parteien ursprünglich übereinstimmend davon ausgegangen sein mögen, die Entschädigungszahlung sei erst in den Geschäftsjahren 2017 und 2018 zu leisten. Die Bilanzierungsvorschriften seien nicht disponibel. Ob die Konstruktion mit der Folge, dass bei der Klä-

gerin im Rumpfgeschäftsjahr ein an die Beklagte abzuführender, ihre Entschädigungsleistung kompensierender Gewinn habe entstehen können, bei wirtschaftlicher Betrachtung Sinn mache, könne dahinstehen.

11 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Verlustausgleich in Höhe von 419.032,21 € zu und der Entschädigungsanspruch in Höhe von 423.144,57 € ist nicht durch die Primäraufrechnung mit einem Gewinnabführungsanspruch der Beklagten erloschen. Soweit die Beklagte die hilfsweise Aufrechnung gegen den Entschädigungsanspruch erklärt hat, muss das Berufungsgericht noch die erforderlichen Feststellungen treffen.

12 1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Klägerin einen Anspruch auf Verlustausgleich für das am 11. Dezember 2016 endende Rumpfgeschäftsjahr in Höhe von 419.032,21 €. Die vereinbarte Entschädigung in Höhe von 1.300.000 € sollte nach dem Aufhebungsvertrag vom 8. Dezember 2016 der Klägerin tatsächlich zufließen und nicht durch Verlustausgleich bzw. Gewinnabführung neutralisiert werden, so dass der Anspruch bei der Ermittlung des für den Verlustausgleich nach § 302 Abs. 1 AktG maßgeblichen fiktiven Jahresfehlbetrags nicht zu berücksichtigen ist.

13 a) Die Entschädigungszahlung in Höhe von 1.300.000 € sollte nach der Aufhebungsvereinbarung vom 8. Dezember 2016 der Klägerin nach Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags tatsächlich zufließen.

14 aa) Diese Auslegung kann der Senat selbst vornehmen.

15 Die in Unternehmensverträgen im Sinn des § 291 AktG enthaltenen körperschaftsrechtlichen Bestimmungen sind wie solche in Satzungen objektiv auszulegen (vgl. BGH, Urteil vom 5. April 1993 - II ZR 238/91, BGHZ 122, 211, 219 f.

unter Verweis auf BGH, Urteil vom 16. Dezember 1991 - II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 366; OLG München, DNotZ 2009, 474, 475; Passarge, BB 2006, 2769, 2770; Paschos in Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl., § 291 AktG Rn. 7; BeckOGK AktG/Veil/Walla, Stand: 1. September 2021, § 291 Rn. 39; Hüffer/Koch, AktG, 15. Aufl., § 291 Rn. 17; Heidel/Peres, AktG, 5. Aufl., § 291 Rn. 14; MünchKommAktG/Altmeyden, 5. Aufl., § 291 Rn. 33 f.; Mülberty in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 291 Rn. 40; kritisch Grunewald, ZGR 2009, 647, 650 ff.). Die Auslegung hat deshalb einheitlich und gleichmäßig allein anhand des Vertrags zu erfolgen. Wortlaut, Sinn und Zweck der Regelung kommt dabei ebenso maßgebende Bedeutung zu wie dem systematischen Bezug der auszulegenden zu anderen Vertragsbestimmungen. Umstände, für die sich keine ausreichenden Anhaltspunkte in dem Vertrag finden, können zur Auslegung grundsätzlich nicht herangezogen werden. Das gilt insbesondere für die Entstehungsgeschichte des Vertrags, Vorentwürfe und Äußerungen sowie die Vorstellungen von Personen, die den Vertrag mit geschaffen und an seiner Abfassung mitgewirkt haben (vgl. OLG München, DNotZ 2009, 474, 475; Mülberty in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 291 Rn. 41; zur Auslegung von Satzungsbestimmungen: BGH, Urteil vom 25. September 1989 - II ZR 304/88, NJW-RR 1990, 99 f.; Urteil vom 16. Dezember 1991 - II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 366; Urteil vom 11. Oktober 1993 - II ZR 155/92, BGHZ 123, 347, 350; Urteil vom 19. Juli 2004 - II ZR 65/03, BGHZ 160, 127, 131; Beschluss vom 26. November 2007 - II ZR 227/06, NZG 2008, 309 Rn. 2). Die Auslegung einer unternehmensvertraglichen Bestimmung mit körperschaftsrechtlichem Charakter kann in der Revisionsinstanz selbständig, das heißt ohne Bindung an die Auslegung in der Vorinstanz vorgenommen werden (vgl. zur Satzung: BGH, Urteil vom 9. Juni 1954 - II ZR 70/53, BGHZ 14, 25, 36 f.; Urteil vom 16. Dezember 1991 - II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 364; Urteil vom 11. Oktober 1993 - II ZR 155/92, BGHZ 123, 347, 350 f.; Urteil

vom 8. Februar 2010 - II ZR 94/08, BGHZ 184, 239 Rn. 27 - Redezeitbeschränkung; Urteil vom 27. September 2011 - II ZR 279/09, ZIP 2011, 2357 Rn. 8; zum Satzungsänderungsbeschluss: BGH, Urteil vom 13. Oktober 1966 - II ZR 56/64, BeckRS 1966, 31173483).

16 Nichts anderes gilt für körperschaftsrechtliche Bestimmungen in Vereinbarungen, mit denen ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag mit einer GmbH als Untergesellschaft aufgehoben wird. Mit der Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags ist ein Eingriff in die Organisationsstruktur der Gesellschaft verbunden. Ebenso wie der Abschluss eines solchen Unternehmensvertrags keinen rein schuldrechtlichen Charakter hat, sondern als gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag den rechtlichen Status der Untergesellschaft ändert (BGH, Urteil vom 16. Juli 2019 - II ZR 175/18, BGHZ 223, 13 Rn. 17 mwN), hat auch die Aufhebung nicht nur schuldrechtliche Wirkung und unterliegt daher grundsätzlich denselben Regeln (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2011 - II ZR 109/10, BGHZ 190, 45 Rn. 19; OLG Jena, NZG 2021, 1025, 1026; RNotZ 2021, 539 Rn. 17).

17 Bei Aufhebung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags kann die eigenständige Lebensfähigkeit der Untergesellschaft wegen der vorherigen Ausrichtung auf das Konzerninteresse zweifelhaft erscheinen, weil die Obergesellschaft jetzt nicht mehr zum Verlustausgleich nach § 302 AktG verpflichtet ist (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 1985 - II ZR 275/84, BGHZ 95, 330, 346; Urteil vom 7. Oktober 2014 - II ZR 361/13, BGHZ 202, 317 Rn. 13; BAGE 131, 50 Rn. 32). Die mit der Aufhebung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags verbundene Vereinbarung einer Entschädigung als Ersatz für die vor der vereinbarten Vertragsdauer wegfallende Verlustübernahmeverpflichtung bzw. zur Sicherung der eigenständigen Lebensfähigkeit der Unter-

gesellschaft betrifft deren Organisationsstruktur und hat deshalb körperschaftsrechtlichen und nicht lediglich individualrechtlichen Charakter. Der Umstand, dass die Untergesellschaft ihren Verlustausgleichsanspruch verliert, ist prägend für die Einordnung eines Aufhebungsvertrags als nicht lediglich schuldrechtliche Vereinbarung (BGH, Urteil vom 31. Mai 2011 - II ZR 109/10, BGHZ 190, 45 Rn. 19). Zudem spricht für die Einordnung der Vereinbarung einer Entschädigung für den Wegfall des Verlustausgleichsanspruchs und zur Sicherung der Überlebensfähigkeit der Untergesellschaft als körperschaftsrechtlich, dass ein solcher Anspruch Bedeutung für gegenwärtige und künftige Gesellschafter sowie Gläubiger der Gesellschaft hat (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juni 1954 - II ZR 70/53, BGHZ 14, 25, 36 f.; Urteil vom 29. März 1973 - II ZR 139/70, NJW 1973, 1039, 1040; Urteil vom 16. Dezember 1991 - II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 364; Urteil vom 11. Oktober 1993 - II ZR 155/92, BGHZ 123, 347, 350).

18 bb) Es sind keine Gründe ersichtlich, warum es den Parteien eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags verwehrt sein sollte, zu vereinbaren, die Untergesellschaft für die Zeit nach Beendigung eines solchen Unternehmensvertrags finanziell abzusichern.

19 Zwar hält die heute überwiegende Auffassung im Schrifttum die Obergesellschaft nicht für verpflichtet, der Untergesellschaft finanzielle Mittel zur Verfügung zu stellen, um deren Überleben nach dem Wegfall der Verlustausgleichspflicht zu sichern (Hentzen, NZG 2008, 201, 204; Servatius, ZGR 2015, 754, 761 f.; Paschos in Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl., § 296 AktG Rn. 6; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl., § 296 AktG Rn. 25; Maul in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 5. Aufl., Anhang 2 Konzernrecht, Rn. 38; Hüffer/Koch, AktG, 15. Aufl., § 296 Rn. 9; Langenbucher in K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl., § 296 Rn. 15; Stephan in K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl., § 302 Rn. 38; MünchKommAktG/Altmeppen, 5. Aufl., § 296 Rn. 40; aA Wilhelm,

Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags, 1975, 120 f.). Daraus lässt sich aber nicht ableiten, die Parteien könnten eine entsprechende Absicherung nicht vereinbaren. Die Begründung eines solchen Anspruchs der Untergesellschaft kann insbesondere dem bereits genannten Umstand Rechnung tragen, dass die eigenständige Lebensfähigkeit der früher abhängigen Gesellschaft wegen der vorherigen Ausrichtung auf das Konzerninteresse nach dem Wegfall der Verlustausgleichspflicht zweifelhaft erscheint (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 1985 - II ZR 275/84, BGHZ 95, 330, 346; Urteil vom 7. Oktober 2014 - II ZR 361/13, BGHZ 202, 317 Rn. 13; BAGE 131, 50 Rn. 32).

20 cc) Die Auslegung von Nummer 3.1 des Aufhebungsvertrags vom 8. Dezember 2016 ergibt, dass die Entschädigungszahlung in Höhe von 1.300.000 € der Klägerin nach Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags tatsächlich zufließen sollte. Nach Nummer 1 des Aufhebungsvertrags wurde der Unternehmensvertrag mit Wirkung zum Ablauf des 11. Dezember 2016 aufgehoben. Die Zahlungsverpflichtung war nach dem im Vertragstext zum Ausdruck kommenden Willen der Parteien abhängig vom Eintritt der Wirksamkeit der Aufhebung und sollte nach Nummer 3.2 erst danach, nämlich ab 1. Januar 2017 zahlbar und frühestens am 15. Januar 2017 fällig sein. Die erst nach Wirksamkeit der Aufhebung und Beendigung des Rumpfgeschäftsjahrs 2016 im Jahr 2017 zahlbare Entschädigung war nach dem eindeutigen Wortlaut von Nummer 3.1 des Aufhebungsvertrags bestimmt als "Ersatz für die wegfallende Verlustübernahmeverpflichtung". Da die Verlustübernahmeverpflichtung erst mit Wirksamwerden der Aufhebung zum Ablauf des 11. Dezember 2016 wegfiel und für die Zeit bis zur Beendigung des Unternehmensvertrags fortbestand, kann die Entschädigung nur zum Ausgleich zukünftiger, nach Beendigung des Unternehmensvertrags entstehender Verluste bestimmt gewesen sein. Hätten die Parteien gewollt, dass die vereinbarte Entschädigung zur Befriedigung

des in § 302 AktG geregelten Anspruchs auf Ausgleich der während der Vertragsdauer entstandenen Verluste dienen soll, hätte es nahegelegen, dies in der Aufhebungsvereinbarung zu benennen. Die Formulierung "Ersatz für die wegfallende Verlustübernahmeverpflichtung" spricht für das Gegenteil.

21 Solche künftigen, in einem Zeitraum nach Beendigung des Unternehmensvertrags am 11. Dezember 2016 eintretenden Verluste können aber durch die erstmals im Jahr 2017 zahlbare Entschädigung nicht ausgeglichen werden, wenn der Anspruch der Klägerin, wie vom Berufungsgericht angenommen, durch Verlustausgleich bzw. Gewinnabführung im Rumpfgeschäftsjahr 2016 neutralisiert wird. In diesem Fall würde die Beklagte im wirtschaftlichen Ergebnis nicht die vereinbarten 1.300.000 €, sondern nichts bezahlen und der Wegfall der Verlustübernahmeverpflichtung würde entgegen der Aufhebungsvereinbarung nicht entschädigt. Die Zahlung würde dann keine künftigen Verluste, sondern den Verlust des Rumpfgeschäftsjahrs 2016 ausgleichen bzw. über die Gewinnabführung wieder an die Beklagte zurückfließen.

22 Es widerspricht jeglicher Lebenserfahrung, dass rechtlich beratene am Wirtschaftsleben beteiligte Unternehmen bewusst derart sinnwidrige Vereinbarungen treffen. Wenn das Berufungsgericht ausführt, ob die Konstruktion mit der Folge, dass bei der Klägerin im Rumpfgeschäftsjahr ein an die Beklagte abzuführender, ihre Entschädigungsleistung kompensierender Gewinn habe entstehen können, bei wirtschaftlicher Betrachtung Sinn mache, könne dahinstehen, übersieht es, dass die Vertragsbeteiligten im Zweifel etwas Vernünftiges gewollt haben, und es gilt, diesem Willen auch im Rahmen der objektiven Auslegung nach Möglichkeit Geltung zu verschaffen (vgl. BGH, Urteil vom 5. April 1993 - II ZR 238/91, BGHZ 122, 211, 220; Urteil vom 27. September 2011 - II ZR 279/09, ZIP 2011, 2357 Rn. 14; Urteil vom 11. September 2018 - II ZR 307/16, ZIP 2018, 2024 Rn. 19 mwN).

- 23 Ob der Entschädigungsbetrag, was zwischen den Parteien streitig geblieben ist, zum Ausgleich der prognostizierten Verluste für die folgenden Geschäftsjahre und vor dem Hintergrund des Inhaberkontrollverfahrens nach § 2c KWG vereinbart wurde oder den Geschäftsführer der Klägerin dazu bewegen sollte, in die Trennung der Unternehmensgruppe einzuwilligen, kann entgegen der Auffassung der Beklagten im Rahmen der objektiven Auslegung nicht berücksichtigt werden, da sich für keinen dieser Umstände im Aufhebungsvertrag ausreichende Anhaltspunkte finden. Selbst wenn man die Behauptungen der Parteien zur Auslegung heranziehen wollte, würde dies am Ergebnis nichts ändern, da es sich lediglich um die streitige Motivation für die Vereinbarung handelt, diese aber keine Rückschlüsse darauf zuließe, dass der Betrag der Klägerin nicht tatsächlich zufließen und bei ihr verbleiben sollte.
- 24 b) Da die Entschädigung der Klägerin nach Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags tatsächlich zufließen und nicht durch Verlustausgleich bzw. Gewinnabführung im Rumpfgeschäftsjahr 2016 neutralisiert werden sollte, ist die Forderung der Klägerin in Höhe von 1.300.000 € in der zur Ermittlung des sonst entstehenden Jahresfehlbetrags im Sinn des § 302 Abs. 1 AktG aufzustellenden Berechnung zum Stichtag 11. Dezember 2016 nicht zu berücksichtigen.
- 25 aa) Nach § 302 Abs. 1 AktG hat der andere Vertragsteil jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen wird, dass den anderen Gewinnrücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind. Im Vertragskonzern mit einer GmbH wie der Klägerin als Untergesellschaft ist der Rechtsgedanke des § 302 AktG entsprechend anzuwenden (BGH, Urteil vom 11. Oktober 1999 - II ZR 120/98, BGHZ 142, 382, 384; Urteil vom 10. Juli 2006 - II ZR 238/04, BGHZ 168, 285 Rn. 6; Urteil vom 7. Oktober 2014

- II ZR 361/13, BGHZ 202, 317 Rn. 8 mwN; Urteil vom 16. Juli 2019 - II ZR 175/18, BGHZ 223, 13 Rn. 23). Die Höhe des von der Obergesellschaft geschuldeten Ausgleichs nach § 302 AktG wird durch den sich bei objektiv ordnungsgemäßer Bilanzierung zum Bilanzstichtag ergebenden fiktiven Jahresfehlbetrag bestimmt (BGH, Urteil vom 11. Oktober 1999 - II ZR 120/98, BGHZ 142, 382, 385; Urteil vom 14. Februar 2005 - II ZR 361/02, ZIP 2005, 854). Endet der Unternehmensvertrag vor Ablauf eines Geschäftsjahrs, ist das herrschende Unternehmen zum Ausgleich der Verluste verpflichtet, die bis zu diesem Stichtag des Rumpfgeschäftsjahrs entstanden sind (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1987 - II ZR 170/87, BGHZ 103, 1, 9).

26

bb) Maßgeblich für den Anspruch aus § 302 AktG ist der sonst bei der abhängigen Gesellschaft entstehende, fiktive Jahresfehlbetrag, wie er in der Gewinn- und Verlustrechnung der abhängigen Gesellschaft auszuweisen wäre, wenn ihm nicht der Anspruch gegen den anderen Vertragsteil gegenüberstünde (BGH, Urteil vom 10. Juli 2006 - II ZR 238/04, BGHZ 168, 285 Rn. 6; Urteil vom 20. Januar 2021 - IV ZR 318/19, BGHZ 228, 250 Rn. 23). Tatsächlich kann sich bei der Aufstellung des handelsrechtlichen Jahresabschlusses ein Jahresfehlbetrag nicht ergeben, weil aus § 277 Abs. 3 Satz 2 HGB folgt, dass der Ertrag aus Verlustübernahme in die Gewinn- und Verlustrechnung eingeht. Der lediglich für die Berechnung des Verlustausgleichs maßgebliche fiktive Jahresfehlbetrag ist daher vorab zu ermitteln. Ob hierzu eine Vorbilanz aufzustellen (Altmeyen, DB 1999, 2453 Fn. 9; Kleindiek, ZGR 2001, 479, 480; Pfeiffer, DZWIR 2005, 452 V. 1.; Philippi/Neveling, BB 2003, 1685, 1690; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl., § 302 AktG Rn. 27; MünchHdbGesR IV/Krieger, 5. Aufl., § 71 Rn. 65; BeckOGK AktG/Veil/Walla, Stand: 1. September 2021, § 302 Rn. 17; Schenk in Bürgers/Körber/Lieder, AktG, 5. Aufl., § 302 Rn. 6; Hüffer/Koch, AktG, 15. Aufl., § 302 Rn. 9; Hölter/Weber/Deilmann, AktG, 4. Aufl., § 302 Rn. 6; MünchKommAktG/Altmeyen,

5. Aufl., § 302 Rn. 17 mwN; kritisch Henrichs, ZHR 174 [2010], 683, 687 ff.), oder ob die Berechnung auch ohne formalisierte Vorbilanz möglich ist (so Stephan in K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl., § 302 Rn. 18), kann dahinstehen. Jedenfalls ist im Vertragskonzern der auszugleichende Jahresfehlbetrag nicht das Ergebnis des handelsrechtlichen Jahresabschlusses, sondern gemäß § 277 Abs. 3 Satz 2 HGB in diesen einzustellen, weshalb er vorab in einer eigenen, allein diesem Zweck dienenden Berechnung ermittelt werden muss (Henrichs, ZHR 174 [2010], 683, 687).

27 cc) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht die Entschädigungszahlung in Höhe von 1.300.000 € bei der Ermittlung des fiktiven Jahresfehlbetrags zum Stichtag 11. Dezember 2016 berücksichtigt. Haben die Parteien eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags bei der Aufhebung des Unternehmensvertrags vereinbart, dass der Untergesellschaft zur finanziellen Absicherung für die Zeit nach Vertragsbeendigung eine Zahlung tatsächlich zufließen soll, ist die Forderung bei der Berechnung des fiktiven Jahresfehlbetrags auf den Aufhebungsstichtag nicht zu berücksichtigen.

28 Würde man, wie vom Berufungsgericht angenommen, die Entschädigungsforderung im ablaufenden Rumpfgeschäftsjahr 2016 bei der Ermittlung des fiktiven Jahresfehlbetrags der Klägerin ansetzen, führte dies zu einem vollständigen Ausgleich des ohne Berücksichtigung der Entschädigungsforderung unstreitigen Fehlbetrags in Höhe von 419.032,21 €. Da die Entschädigungsforderung diesen fiktiven Jahresfehlbetrag übersteigt, hätte dies zudem einen Jahresüberschuss der Klägerin zur Folge. Ginge man davon aus, dass dieser Jahresüberschuss wiederum Gegenstand der Verpflichtung zur Abführung des ganzen Gewinns im Sinne des § 291 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 AktG wäre, würden der Klägerin im wirtschaftlichen Ergebnis keine Mittel zufließen. Die vereinbarte finanzielle Ab-

sicherung für die Zeit nach Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags wäre unabhängig von ihrer Höhe wertlos. Um dieses ersichtlich sinnwidrige Ergebnis zu vermeiden und dem im Aufhebungsvertrag zum Ausdruck kommenden Parteiwillen Geltung zu verschaffen, hat der Entschädigungsbetrag, der der Klägerin nach der Parteivereinbarung im Jahr 2017 tatsächlich zufließen sollte, bei der Berechnung des "sonst entstehenden Jahresfehlbetrags" im Sinn des § 302 AktG außer Betracht zu bleiben.

29 Ob die Forderung der Klägerin nach handelsbilanziellen Grundsätzen in der zum Aufhebungsstichtag zu erstellenden Gewinn- und Verlustrechnung anzusetzen wäre, ist nicht entscheidend. Zwar ist der Maßstab für die Berechnung des fiktiven Jahresfehlbetrags eine objektiv ordnungsgemäße Bilanzierung zum Bilanzstichtag (BGH, Urteil vom 11. Oktober 1999 - II ZR 120/98, BGHZ 142, 382, 385; Urteil vom 14. Februar 2005 - II ZR 361/02, ZIP 2005, 854). Da die Berechnung aber ausschließlich dem Zweck dient, die Höhe des Verlustausgleichs bzw. der Gewinnabführung zwischen den am Unternehmensvertrag beteiligten Parteien zu bestimmen, muss eine Forderung, die der Untergesellschaft nach Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags zur finanziellen Absicherung tatsächlich zufließen soll, bei im Übrigen ordnungsgemäßer Bilanzierung, bei der Berechnung des fiktiven Jahresfehlbetrags unberücksichtigt bleiben, wenn nur so der Parteiwille verwirklicht werden kann. Die Unabhängigkeit der Berechnung des fiktiven Jahresfehlbetrags vom handelsrechtlichen Jahresabschluss gilt in umgekehrter Richtung ebenfalls. Denn ein Verlustausgleichsanspruch kann auch dann bestehen, wenn tatsächlich gar nicht oder fehlerhaft bilanziert wird (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 1999 - II ZR 120/98, BGHZ 142, 382, 384 ff.; Urteil vom 14. Februar 2005 - II ZR 361/02, ZIP 2005, 854).

30 Die Nichtberücksichtigung der Zahlung bei der Berechnung des fiktiven Jahresfehlbetrags führt dazu, dass diese, wie vereinbart, als Ersatz für den vorzeitigen Wegfall der Verlustausgleichspflicht das wirtschaftliche Überleben der Untergesellschaft sichern kann und entspricht deshalb dem Sinn und Zweck der aus § 302 Abs. 1 AktG folgenden Verlustausgleichspflicht, die gerade dem Schutz der Untergesellschaft und ihrer Gläubiger dient (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 1987 - II ZR 170/87, BGHZ 103, 1, 10; Urteil vom 11. Oktober 1999 - II ZR 120/98, BGHZ 142, 382, 386; Urteil vom 10. Juli 2006 - II ZR 238/04, BGHZ 168, 285 Rn. 8). Auch die von den handelsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften verfolgten Zwecke stehen der gefundenen Lösung nicht entgegen. Da durch die Nichtberücksichtigung der Forderung in der Berechnung des fiktiven Jahresfehlbetrags keine abschließende Entscheidung darüber getroffen wird, ob und in welcher Höhe die Forderung im Jahresabschluss der Untergesellschaft Berücksichtigung findet, ist weder das Vollständigkeitsgebot berührt (§ 246 Abs. 1 Satz 1 HGB) noch wird der mit §§ 242, 264 HGB bezweckte Anleger- und Gläubigerschutz beeinträchtigt.

31 2. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist der Anspruch der Klägerin auf die restliche Entschädigung in Höhe von 423.144,57 € nicht durch die Primäraufrechnung der Beklagten mit ihrem Gewinnabführungsanspruch aus dem Gewinnabführungsvertrag erloschen. Wie dargelegt, ist bei der Klägerin kein an die Beklagte abzuführender Gewinn für das am 11. Dezember 2016 abgelauene Geschäftsjahr entstanden. Der Entschädigungsanspruch von 1.300.000 € hat auch bei der Berechnung des abzuführenden Jahresüberschusses außer Betracht zu bleiben.

32 III. Das Berufungsurteil ist, soweit es die Klage auf Zahlung der restlichen Entschädigung von 423.144,57 € einschließlich der Nebenforderungen abgewiesen hat, aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung

an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da sie insoweit nicht entscheidungsreif ist (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Zu der von der Beklagten hilfsweise geltend gemachten Aufrechnung mit einem von ihr behaupteten Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin hat das Berufungsgericht, von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig, keine Feststellungen getroffen.

Drescher

Born

B. Grüneberg

V. Sander

von Selle

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 21.12.2017 - 3-05 O 57/17 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 10.03.2020 - 5 U 7/18 -