

Handels- und Gesellschaftsrecht

Herausgeber:	Günter Friedel, RA, Industrie- und Handelskammer zu Düsseldorf Dr. Karl von Hase, RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht, Luther Rechtsanwalts GmbH, Düsseldorf	www.AnwaltZertifikat.de
		Erscheinungsdatum: 15.07.2015
		Erscheinungsweise: vierzehntäglich
		Bezugspreis: 8,- € monatlich zzgl. MwSt. (6,- € für DAV-Mitglieder) inkl. Online-Archiv und Prüfungsgebühr

13/2015

Inhaltsübersicht:

AUFSÄTZE

Anm. 1

Einstweiliger Rechtsschutz in Australien (Teil 1)

von Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Düsseldorf, Annette Hughes, RA'in, Corrs Chambers Westgarth Lawyers, Melbourne, Australien, Patrick Consodine, RA, Corrs Chambers Westgarth Lawyers, Melbourne, Australien

Anm. 2

Zeitliche Begrenzung der Nachhaftung bei Beendigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags

von Dr. Martin Kissi, LL.M., RA, Deloitte Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Düsseldorf

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Anm. 3

Nicht ausreichende Versicherung des Liquidators einer GmbH wegen Ausschluss vom Amt

Anmerkung zu OLG Frankfurt, Beschluss vom 09.04.2015, 20 W 215/14
von Dr. Felix Podewils, RA

Anm. 4

Fehlerhafte Anlageberatung für Stiftungen bei Empfehlung von geschlossenen Immobilienfonds

Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil vom 28.01.2015, 1 U 32/13
von Dr. Michael Hippeli, LL.M., Regierungsrat

Anm. 5

Zur Innenhaftung des Geschäftsführers für Unternehmensgeldbußen

Anmerkung zu LArbG Düsseldorf, Teilurteil vom 20.01.2015, 16 Sa 459/14
von Dr. Richard Backhaus, LL.M., RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht / Inken Brand, RA'in

Zitervorschlag: Nacke/Wittmann/Hughes/Consodine, AnwZert HaGesR 13/2015 Anm. 1
ISSN 1869-1331

AUFSÄTZE

1

Einstweiliger Rechtsschutz in Australien (Teil 1)

von Dr. Reinhard Nacke, RA und FA für Steuerrecht, FPS Rechtsanwälte & Notare, Düsseldorf, Ralf-Thomas Wittmann, RA, Grooterhorst & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Düsseldorf, Annette Hughes, RA'in, Corrs Chambers Westgarth Lawyers, Melbourne, Australien, Patrick Consodine, RA, Corrs Chambers Westgarth Lawyers, Melbourne, Australien

A. Einleitung

In Australien stellt der einstweilige Rechtsschutz einen Rechtsbehelf dar, der gemäß der Tradition des Common Law auf den Grundsätzen der Billigkeit („Equity“) beruht. Hierbei handelt es sich um eine Gesamtheit von Regeln, Grundsätzen und Rechtsbehelfen, die vor 1873 durch den „Court of Chancery“ in England entwickelt wurde. Aufgabe der Equity ist es, die strengen Regeln des Common Law zu ergänzen, soweit ihre Anwendung im konkreten Einzelfall äußerst harte („harsh“) Auswirkungen hätte. Equity lässt sich entfernt mit dem in § 242 BGB verankerten Grundsatz von Treu und Glauben vergleichen¹. Die Equity stellt seither eine Vielzahl ergänzender Rechtsbehelfe dar, auf die australische Gerichte nach Ermessen zugreifen können. Einer dieser Rechtsbehelfe sind einstweilige Verfügungen („injunctions“).

Mit den Worten des australischen High Courts bedeutet der Begriff der „injunction“: „jegliche Verfügung durch die ein Gericht eine Person anweist, eine Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen“².

In Australien wird insbesondere zwischen zwei Arten einstweiliger Verfügungen unterschieden, der sog. „interlocutory injunction“ einer- und der „interim injunction“ andererseits.

I. „interlocutory injunction“

Sinn und Zweck einer „interlocutory injunction“ ist es, den Status Quo der Parteien bis zu einem rechtskräftigen Urteil im Hauptsacheverfahren

ren aufrecht zu erhalten („einzufrieren“, „to maintain the position of the parties“).

Dieses Ziel wird dadurch erreicht, dass einer Partei eine bestimmte Handlung untersagt oder ihr aufgegeben wird, eine bestimmte Handlung durchzuführen, so dass der gegenwärtige Status bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung aufrechterhalten werden kann.

II. „interim injunction“

Bei einer „interim injunction“ handelt es sich um eine Verfügung, die üblicherweise bei besonderer Dringlichkeit und ohne vorangehende mündliche Verhandlung (d.h. ex parte) ergeht. Voraussetzung des Erlasses einer interim injunction ist, dass der Antragsteller schriftsätzlich einen Sachverhalt darstellt, aus dem klar und eindeutig zu entnehmen ist, dass die Rechte einer Partei, sofern die Verfügung nicht unverzüglich erlassen wird, durch einen Antragsgegner stark beeinträchtigt oder vernichtet werden. Diese Art der Verfügung wird nur für einen kurzen Zeitraum gewährt. Im Anschluss hieran wird das Gericht den Antragsgegner anhören und hiernach entscheiden, ob eine „interlocutory injunction“ erlassen wird oder nicht. Die Einzelheiten werden nachfolgend noch näher dargestellt.

B. Die Rechtslage

I. Verfahren und Zuständigkeit

1. Das auf den Erlass einer „interim“ oder einer „interlocutory injunction“ gerichtete Verfahren

Eine „interim injunction“ kann noch vor Anhängigkeit eines Hauptsacheverfahrens beantragt werden. Wenn der Antragsteller den Erlass einer „interim injunction“ ohne Anhörung des Antragsgegners beantragt, muss er sämtliche entscheidungserheblichen Tatsachen vollständig offenlegen („full and fair disclosure of all material facts“). Hierbei handelt es sich auch um die Tatsachen, die der Antragsteller hätte wissen können und müssen, falls er den Sachverhalt ordnungsgemäß ermittelt hätte. Wurde die „interim injunction“ erlassen, hat der Antragsteller sodann das Hauptsacheverfahren einzuleiten und dem Antragsgeg-

ner die entscheidungserheblichen verfahrenseinleitenden Schriftstücke zuzustellen.

Der Antrag auf Erlass einer „interlocutory injunction“ muss dem Antragsgegner vor der mündlichen Verhandlung zugestellt werden. Ihm muss ferner vor der mündlichen Verhandlung eine ausreichende Gelegenheit eingeräumt werden, zur Antragschrift Stellung zu nehmen.

2. Befugnisse des Gerichts einstweilige Verfügungen zu erlassen

Die australischen Gerichte haben ein aus der Equity abgeleitetes systemimmanentes Recht („inherent power“), interlocutory injunctions zu erlassen, sofern sich dies als gerecht und angemessen erweist. In den einzelnen Bundesstaaten als auch für den Bund selbst sind jenseits der allgemeinen Grundsätze der Equity besondere Befugnisse der Gerichte durch zahlreiche Gesetze geregelt³.

Den Gerichten wird hierbei ein richterliches Ermessen („discretionary power“) eingeräumt. Bei Ausübung dieses Ermessens haben die Gerichte jedoch die sog. Organisationsgrundsätze („organising principles“) einzuhalten.

II. Voraussetzungen für den Erlass einer interlocutory injunction - die Organisationsgrundsätze

Im Laufe der Zeit hat sich die Art, wie die australische Rechtsprechung ihr Recht zum Erlass von interlocutory injunctions auslegt, fortentwickelt. Die heute maßgebenden Grundsätze zur Beurteilung der Befugnisse eines Gerichts bei dem Erlass einer interlocutory injunction sind der Entscheidung „Australia Broadcasting Corporation O’Neill“⁴ zu entnehmen. In dieser Grundsatzentscheidung definierte der australische High Court drei Organisationsgrundsätze, die durch die Gerichte bei dem Erlass von interlocutory injunctions zu beachten sind. Hiernach muss der Antragsteller darlegen, dass

1. das Gericht eine ernsthafte Rechtsfrage („serious question“) im Hinblick auf den antragstellerseits geltend gemachten Anspruch zu entscheiden hat (nachstehend 1.).
2. er (jedenfalls wahrscheinlich) Schaden erleiden wird, der durch die Gewährung von

Schadensersatz nicht angemessen ausgeglichen werden kann („not an adequate remedy“), wenn die beantragte Verfügung nicht erlassen wird (nachstehend 2.), und eine Abwägung der wechselseitig betroffenen Rechtspositionen („balance of convenience“) für den Erlass der Verfügung spricht.

Der High Court stellte in der vorgenannten Entscheidung „O’Neill“ fest, dass diese Organisationsgrundsätze anhand der Art und der Umstände des Einzelfalles nach den Kriterien der Gerechtigkeit und Angemessenheit („justice and convenience“) anzuwenden sind. Dies bedeutet, dass die australischen Gerichte zwar durch diese leitenden Grundsätze gebunden sind, sie jedoch bei der Anwendung im Einzelfall flexibel sind. Einzelheiten hierzu werden nachstehend aufgeführt.

1. Eine ernsthafte Rechtsfrage ist durch das Gericht zu entscheiden

In der Entscheidung O’Neill erläuterte der High Court, eine ernsthafte Rechtsfrage setze nicht voraus, dass der Antragsteller glaubhaft macht, der Erfolg seiner Klage im Hauptsacheverfahren sei wahrscheinlicher als der Misserfolg. Es genügt, wenn der Antragsteller glaubhaft macht, dass eine hinreichende Wahrscheinlichkeit („sufficient likelihood“) dafür spricht, dass er im Hauptsacheverfahren obsiegen wird. Was unter dem Begriff der hinreichenden Wahrscheinlichkeit zu verstehen ist, variiert von Fall zu Fall. Dies hängt maßgebend von den in Frage stehenden Rechten und den Auswirkungen der begehrten Verfügung auf den Antragsgegner ab. Diese Kriterien beeinflussen sich wechselseitig. So hat beispielsweise der Antragsteller eine höhere Wahrscheinlichkeit seines Erfolgs darzulegen und glaubhaft zu machen, wenn der Erlass der interlocutory injunction erhebliche Auswirkungen für den Antragsgegner hat.

2. Die Gewährung von Schadensersatz könnte den Schaden nicht hinreichend ausgleichen

Der Antragsteller muss ferner darlegen, dass er Schaden erleiden würde, der durch die spätere Gewährung von Schadensersatz nicht hinreichend kompensiert werden könnte, sofern das Gericht keine interlocutory injunction erlässt. Der Schaden muss daher irreparabel sein. Wenn somit

Schadensersatz in Geld nach der Durchführung eines regulären Hauptsacheverfahrens den Schaden des Antragstellers angemessen ausgleichen könnte, muss der Antrag auf Erlass einer interlocutory injunction zurückgewiesen werden.

3. Gewichtung der beteiligten Interessen („balance of convenience“)

Wenn der Antragsteller die Voraussetzungen der vorgenannten beiden Organisationsgrundsätze erfüllt hat, muss das Gericht im Anschluss entscheiden, ob eine Gewichtung der wechselseitig betroffenen Rechtspositionen zugunsten des Erlasses einer interlocutory injunction spricht. Der Begriff der Abwägung bedeutet, dass die Nachteile und der Schaden, den der Antragsteller erleidet, wenn die injunction nicht erlassen würde, abzuwägen sind gegen den Schaden, den der Antragsgegner erleidet, würde die injunction erlassen. Die Abwägung strebt das Ziel an, zwischen den Parteien Gerechtigkeit zu schaffen („to do justice“) und setzt voraus, dass das Gericht sämtliche Umstände, die auf einer rationalen Grundlage („rational capacity“) beruhen und für die Abwägung eine Rolle spielen können, berücksichtigt⁵.

Die Prüfung des Sachverhalts anhand der Abwägung der betroffenen Rechte kann auch Einfluss haben auf die Bewertung der Erfolgsaussichten der Klage durch das Gericht. Wenn beispielsweise die Abwägung der wechselseitigen Rechte zu einer Patt-Situation führt („evenly weighted“) oder gar zugunsten des Antragsgegners ausfällt, so kann das Gericht dessen ungeachtet eine injunction erlassen, wenn die Wahrscheinlichkeit der Erfolgsaussichten der Klage hinreichend hoch ist, um die Nachteile, die dem Antragsgegner aus dem Erlass der Verfügung entstehen, zu rechtfertigen.

III. Zeitablauf bis zur Einreichung eines Antrags auf Erlass einstweiligen Rechtsschutzes

Ein maßgebendes Kriterium für die Entscheidung eines australischen Gerichts über den Erlass einer interlocutory injunction ist die Frage, wie viel Zeit sich der Antragsteller gelassen hat, bis er seinen Antrag einreicht. Das Gericht muss davon überzeugt sein, dass der Antragsteller entweder seinen Antrag binnen einer angemessenen Frist nach Kenntnis von dem angeblich schadensbegründenden Verhalten des Antragsgegners stellte

oder aber den verstrichenen Zeitablauf zur Überzeugung des Gerichts rechtfertigen kann.

Wenn allerdings der Antragsgegner aus der Verzögerung keinen Schaden erleidet, ist es weniger wahrscheinlich, dass das Gericht den Erlass einer Verfügung allein wegen des verstrichenen Zeitablaufs verweigert.

IV. Verpflichtung des Antragstellers zur Übernahme des Vollstreckungsschadens („Undertaking“)

Voraussetzung für den Erlass einer interlocutory injunction ist, dass der Antragsteller sich bereit erklärt, eine Verpflichtungserklärung zur Übernahme des aus der Vollstreckung einer injunction entstehenden Schadens abzugeben. Dies ist eine Schutzvorkehrung, um den Antragsgegner vor Schaden zu bewahren für den Fall, dass sich im Nachhinein erweisen sollte, dass die injunction nicht hätte erlassen werden dürfen.

Das Gericht kann dem Antragsteller auch auferlegen, eine Sicherheit zu stellen, insbesondere (vor dem Erlass der Verfügung) Geld bei Gericht zu hinterlegen, wodurch die Kosten des Antragsgegners abgedeckt werden für den Fall, dass sich ex post der Antrag auf Erlass der injunction als unbegründet erweisen sollte.

V. „quia timet interlocutory injunctions“

quia timet-injunctions (Latein: „weil er es befürchtet“) werden erlassen, um dem Eintritt eines Schadens des Antragstellers vorzubeugen.

Für den Erlass einer quia timet interlocutory injunction muss der Antragsteller darlegen, dass

- a) das Risiko eines Schadens aus den Handlungen oder Drohungen des Antragsgegners resultiert (dieses Risiko muss sich anhand objektivierbarer Kriterien bestimmen lassen, nicht nur allein aufgrund subjektiver Annahmen des Antragstellers („rather than merely the plaintiff’s own belief“),
- b) es sehr gut möglich („strong possibility“) ist, dass das drohende Verhalten dem Antragsteller Schaden zufügt und

- c) der drohende Schaden unmittelbar bevorsteht und erheblich ist.

Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe fortgesetzt.

- ¹ Babeck, Einführung in das australische Recht mit neuseeländischem Recht, 1. Teil, Rn. 10.
- ² Australian Broadcasting Corp v Lenah Game Meats Pty Ltd (2001) 208 CLR 199; 76 ALJR 1; 185 ALR 1; 54 IPR 161; [2001] Aust Torts Reports 81-627; [2001] HCA 63, Gaudron J at [60].
- ³ Für den Bund (nachstehend: „Federal“ genannt): Federal Court of Australia Act 1976 s 23; für das Australian Capital Territory (nachstehend „ACT“ genannt): Supreme Court Act 1933 s 20 and Court Procedures Act 2004 s 62(1); für das Northern Territory (nachstehend „NT“ genannt): Supreme Court Act 1979 s 69(1); für New South Wales (nachstehend „NSW“ genannt): Supreme Court Act 1970 s 66(4); für Queensland (nachstehend „QLD“ genannt): Supreme Court Act 1995 s 246; für South Australia (nachstehend „SA“ genannt): Supreme Court Act 1935 s 29(1); für Tasmanien (nachstehend „TAS“ genannt): Supreme Court Civil Procedure Act 1932 s 11(12); für Victoria (nachstehend „VIC“ genannt): Supreme Court Act 1986 s 37(1); für Western Australia (nachstehend „WA“ genannt): Supreme Court Act 1935 s 25(9).
- ⁴ (2006) 227 CLR 57; [2006] HCA 46.
- ⁵ Beecham Group Ltd v Bristol Laboratories Pty Ltd (1968) 118 CLR 618.

2

Zeitliche Begrenzung der Nachhaftung bei Beendigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags

von Dr. Martin Kissi, LL.M., RA, Deloitte Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Düsseldorf

A. Einleitung

Der Anspruch eines Gläubigers einer abhängigen Gesellschaft auf Sicherheitsleistung für Forderungen, die bis zur Bekanntmachung der Eintragung der Beendigung des Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags begründet, jedoch erst später

fällig werden, ist gemäß den §§ 26, 160 HGB und § 327 Abs. 4 AktG entsprechend auf Ansprüche, die vor Ablauf von fünf Jahren nach der Bekanntmachung der Beendigung fällig werden, begrenzt.

B. Sachverhalt

Die abhängige Gesellschaft mietete im Dezember 2007 von der Klägerin ein gewerbliches Objekt für einen Zeitraum von 15 Jahren. Die Beklagte als herrschendes Unternehmen und die abhängige Gesellschaft hatten im April 2006 für die Dauer von zehn Jahren einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag geschlossen, diesen aber zum Dezember 2010 aufgehoben. Die Beklagte hatte gegenüber der Klägerin (analog § 302 Abs. 3 AktG) ein Bürgschaftsversprechen abgegeben, das zeitlich bis Januar 2016 befristet war. Mit der Klage begehrte die Klägerin bis Januar 2017 eine Sicherheitsleistung für ihre mietvertraglichen Ansprüche gemäß § 232 Abs. 1 BGB.

I. Entscheidungen der Vorinstanzen

Die Klage wurde in erster Instanz¹ und vom Berufungsgericht² abgewiesen; die für die Gewährung der Sicherheitsleistung von der Klägerin behauptete unbegrenzte Nachhaftung aus § 303 AktG sei – so die Gerichte – in entsprechender Anwendung der §§ 26, 160 HGB auf einen Zeitraum von fünf Jahren beschränkt.

II. Entscheidung des BGH

Der BGH bestätigte die Auffassung des Berufungsgerichts und führte aus, dass die Klägerin keinen Anspruch auf eine Sicherheitsleistung gemäß § 232 Abs. 1 BGB über Januar 2016 hinaus bis Januar 2017 habe. Der Sicherungsanspruch sei auch im GmbH-Konzernrecht gemäß § 303 Abs. 1 AktG analog anwendbar und allerdings in entsprechender Anwendung der §§ 26, 160 HGB, § 327 Abs. 4 AktG auf Verbindlichkeiten beschränkt, die innerhalb von fünf Jahren ab der Bekanntmachung der Eintragung der Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags fällig werden.

Zur Begründung führte der BGH aus, dass § 303 AktG eine unbeabsichtigte Regelungslücke enthalte. Die Vorschrift sieht keine zeitliche Begrenzung vor. Dies könne, so der BGH, zu einer zeitlich unendlichen Haftung des herrschenden Unter-

nehmens führen, was der Gesetzgeber übersehen habe. Die Gefahr der Endloshaftung folge daraus, dass bei Dauerschuldverhältnissen Ansprüche bereits vor der Bekanntmachung der Eintragung der Beendigung des Unternehmensvertrags begründet sein können, die einzelnen Forderungen jedoch erst später – weit über den Zeitpunkt der Beendigung des Unternehmensvertrags hinaus – fällig werden.

Die Haftung des herrschenden Unternehmens könne insoweit auch dann noch greifen, obwohl die Gläubiger einer vertraglich konzernierten Gesellschaft keinen Anspruch auf eine Fortführung des Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrags und der Verlustausgleichspflicht nach § 302 AktG haben. Dies sei mit dem Zweck des Anspruchs aus § 303 AktG unvereinbar. Dieser liege darin, der Gefahr zu begegnen, dass die früher abhängige Gesellschaft aufgrund der vorherigen Ausrichtung auf Konzerninteressen nicht eigenständig existieren und ihre Verbindlichkeiten nicht begleichen kann, und dies als Folge des Wegfalls der Verlustdeckungspflicht des herrschenden Unternehmens (§ 302 AktG) im Zuge der Beendigung des Unternehmensvertrags. Diese Gefahr vermindere sich aber gerade im Lauf der Zeit nach Beendigung des Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags.

Die Regelungslücke sei durch eine entsprechende Anwendung der Regelungen beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Personengesellschaft (§§ 26, 160 HGB) und der Beendigung einer Eingliederung (§ 327 Abs. 4 AktG) zu schließen. Die Interessenlage der Gläubiger bei Beendigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags sei hier vergleichbar.

Diese Position spiegele auch den Willen des Gesetzgebers wider, wonach dieser mit der Neufassung von § 327 Abs. 4 AktG sich dafür entschieden habe, das Nachhaftungsmodell für das Ausscheiden aus einer Personengesellschaft nach § 160 HGB auf Konzernsachverhalte zu übertragen. Insoweit könne der Anspruch nach § 303 AktG nicht weitergehen als die Nachhaftung der früheren Hauptgesellschaft bei einer Eingliederung; die Gefahren für die Gläubiger nach einer Beendigung der Eingliederung seien gar größer als nach Beendigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags.

Anders als bislang in Teilen der Literatur und früher vom BGH im Zusammenhang mit einem Dau-

erschuldverhältnis bei einer Verschmelzung vertreten³ sei nicht das im Einzelfall zu ermittelnde konkrete Sicherungsinteresse des Gläubigers maßgeblich, wonach der maximal künftig fällig werdende Gesamtbetrag maßgebend sei.

Eine solche Ansicht sei zu unbestimmt und daher nicht geeignet, die Gefahr einer Endloshaftung zu beseitigen.

C. Fazit

Die Nachhaftung für Forderungen herrschender Unternehmen für Verbindlichkeiten der abhängigen Gesellschaft, die erst nach Beendigung eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrags fällig werden, ist auf fünf Jahre nach Bekanntmachung des Unternehmensvertrags begrenzt.

Der BGH hat sich von seiner früheren Rechtsprechung gelöst, wonach sich die Frist nach den Sicherungsbedürfnissen des Gläubigers bestimmt und hierbei der maximal künftig fällig werdende Gesamtbetrag maßgeblich sei. Die Entscheidung schafft Rechtssicherheit, die Höhe der Sicherheitsleistung kann anhand des relevanten Zeitraums besser ermittelt werden – dies ist zu begrüßen.

Die Problematik ist insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen wie Miete oder Pacht ein Thema: Die Miet-/Pachtzinsansprüche werden bereits mit Vertragsabschluss begründet, jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt fällig.⁴

In der Folge muss die herrschende Gesellschaft auch nach Beendigung des Gewinnabführungs- oder Beherrschungsvertrags weiterhin für Mietzinsforderungen der abhängigen Gesellschaft Sicherheit leisten. Aber auch in Zusammenhang mit Unternehmenskäufen (Inanspruchnahme des Verkäufers aus den Sicherheiten für Verbindlichkeiten der Zielgesellschaft) oder der Beschäftigung von Arbeitnehmern (Pensionsverpflichtungen der ehemals abhängigen Gesellschaft und Sicherheiten zugunsten der Arbeitnehmer) ist die Thematik von Bedeutung⁵.

Aus Gläubigersicht wird es umgekehrt darauf ankommen, bei Rechtsgeschäften mit Gesellschaften, die mit einer anderen Gesellschaft einen Gewinnabführungs- oder Beherrschungsvertrag geschlossen haben, sich bereits im Vorfeld bei Ver-

tragsabschluss entsprechende Sicherheiten einräumen zu lassen.

D. Literaturempfehlungen

Mense/Klie, Anm. zu BGH, Urt. v. 07.10.2014 - II ZR 361/13 - GWR 2014, 525.

¹ LG Braunschweig, Urt. v. 21.12.2012 - 9 O 2422/11.

² OLG Braunschweig, Urt. v. 02.10.2013 - 3 U 34/13.

³ BGH, Urt. v. 18.03.1996 - II ZR 299/94.

⁴ Vgl. auch Mense/Klie, GWR 2014, 525.

⁵ Vgl. näher hierzu Mense/Klie, GWR 2014, 525.

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

3

Nicht ausreichende Versicherung des Liquidators einer GmbH wegen Ausschluss vom Amt

Leitsatz:

Die Versicherung eines Liquidators einer GmbH mit dem (auszugsweisen) Wortlaut:

"Der Liquidator versichert, dass keine Umstände vorliegen, aufgrund deren er von diesem Amt ausgeschlossen wären. Er versichert, dass er nicht wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten ...

- und dass ihm weder durch gerichtliches Urteil noch durch die vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung des Berufes, eines Berufszweiges, eines Gewerbes oder eines Gewerbebezweiges ganz oder teilweise untersagt wurde, sofern der Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt,

- ..."

genügt nicht den gesetzlichen Voraussetzungen nach § 67 Abs. 3, § 66 Abs. 4 i.V.m. § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG (Bestätigung des Senatsbeschl. v. 11.07.2011 - 20 W 246/11

und Abgrenzung zu OLG Stuttgart, Beschl. v. 10.10.2012 - 8 W 241/11).

Anmerkung zu OLG Frankfurt, Beschluss vom 09.04.2015, 20 W 215/14

von Dr. Felix Podewils, RA

A. Problemstellung

Bedenkt man, dass die missbräuchliche Verwendung einer juristischen Person, namentlich einer GmbH, dem Rechtsverkehr schnell größere Schäden zufügen kann, überrascht es nicht, dass der Gesetzgeber bestimmte Mindestanforderungen für die Eignung eines Geschäftsführers bzw. Liquidators aufgestellt hat, indem er in § 6 Abs. 2 Sätze 2 und 3 GmbHG etliche Ausschlussgründe vorgesehen hat. Dass solche Ausschlussgründe nicht vorliegen, hat der Geschäftsführer gemäß § 8 Abs. 3 GmbHG dem Registergericht zu versichern, und zwar in zumindest beglaubigter Form. Die Versicherung erstreckt sich ferner darauf, nach § 53 Abs. 2 BZRG ordnungsgemäß über die unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Registergericht belehrt worden zu sein.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Vorliegend hatte der alleinige Geschäftsführer einer GmbH zum einen deren Auflösung und zum anderen seine Bestellung zu deren alleinigem Liquidator zum Handelsregister angemeldet. Nach den §§ 66 Abs. 4, 67 Abs. 3 GmbHG gelten die für den Geschäftsführer in § 6 Abs. 2 Sätze 2 und 3 GmbHG normierten Ausschlussgründe ebenso wie die hierüber abzugebende Versicherung für den Liquidator gleichermaßen. Dies überrascht nicht; schließlich ist ein Liquidator nur der Sonderfall eines Geschäftsführers bzw. tritt an dessen Stelle (vgl. Altmeppen in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl., 2012, § 66 Rn. 3; Haas in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 70 Rn. 1).

In der Anmeldung hatte der Liquidator u.a. versichert, dass ihm weder durch gerichtliches Urteil noch durch die vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung des Berufes, eines Berufszweiges, eines Gewerbes oder eines Gewerbebezweiges ganz oder teilweise untersagt wurde, sofern der Unternehmensge-

gegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimme.

Diese Versicherung wurde vom Registergericht als unzureichend beanstandet. Stein des Anstoßes war dabei die Verwendung des Wortes „sofern“. Trotz mehrfacher Aufforderungen unter Fristsetzung durch das Registergericht weigerte sich der Liquidator standhaft, seine Versicherung entsprechend „nachzubessern“. Insbesondere verwies er darauf, dass eine entsprechend formulierte Versicherung einige Jahre zuvor bei der Beendigung einer UG keinerlei Beanstandungen nach sich gezogen habe.

Nach kostenpflichtiger Zurückweisung der Anmeldung blieb die hiergegen anschließend erhobene Beschwerde beim OLG Frankfurt erfolglos.

Das OLG Frankfurt/Main hielt zunächst fest, dass die Versicherung des Geschäftsführers bzw. Liquidators dazu diene, das Anmeldeverfahren zu erleichtern und zu beschleunigen. Dem Registergericht sollten auf schnelle und einfache Art diejenigen Informationen vermittelt werden, die es sich zwar ansonsten durch ein Auskunftersuchen gemäß § 41 Abs. 1 Nr. 1 BZRG selbst verschaffen könne – was aber einen erhöhtem Verwaltungs- und Zeitaufwand nach sich ziehen würde (so auch BGH, Beschl. v. 17.05.2010 - II ZB 5/10 - DStR 2010, 1582, 1583).

Die Prüfung, ob der Unternehmensgegenstand von einem etwaigen Verbot erfasst ist, obliege dennoch allein dem Registergericht – und nicht etwa dem Anmeldenden selbst bzw. dem involvierten Notar (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.10.1996 - 3 Wx 400/96 - GmbHR 1997, 71, 72; BayObLG, Beschl. v. 10.12.1981 - BReg 1 Z 184/81 - GmbHR 1982, 210). Mit der Formulierung „sofern“ sei jedoch eine Wertung verbunden, die für das Registergericht gerade nicht nachprüfbar sei.

Dementsprechend sei die Anmeldung zu Recht zurückgewiesen worden.

C. Kontext der Entscheidung

Die vorliegende Entscheidung erscheint zunächst wenig überraschend, da der erkennende Senat in gleichliegenden Sachverhalten bereits so entschieden hatte (vgl. zuletzt OLG Frank-

furt, Beschl. v. 11.07.2011 - 20 W 246/11 - GmbHR 2011, 1156; dazu Kunkel, jurisPR-HaGesR 2/2012 Anm. 3; zuvor OLG Frankfurt, Beschl. v. 23.03.2010 - 20 W 92/10 - GmbHR 2010, 918).

Andererseits verwendet § 6 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG selbst die Formulierung „sofern“. Das OLG Stuttgart hatte daher unlängst entschieden, dass die dem Gesetzestext wörtlich entsprechende pauschale Versicherung, „dass keine Umstände vorliegen, die der Bestellung des Geschäftsführers nach § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 GmbHG entgegenstehen und dieser über seine unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden ist“, genüge (OLG Stuttgart, Beschl. v. 10.10.2012 - 8 W 241/11 - GmbHR 2013, 91 m. Komm. Oppenländer; dazu auch Kunkel, jurisPR-HaGesR 3/2013 Anm. 1).

Das OLG Stuttgart hat sich dabei auf eine grundlegende BGH-Entscheidung berufen, wonach mit Blick auf den Ausschlussgrund wegen einer einschlägigen Straftat i.S.v. § 6 Abs. 2 Nr. 3 GmbHG die Versicherung, „noch nie, weder im Inland noch im Ausland, wegen einer Straftat verurteilt worden zu sein“, genüge (BGH, Beschl. v. 17.05.2010 - II ZB 5/10 - DStR 2010, 1582; dazu Wachter, ZIP 2010, 1339).

Das OLG Frankfurt hat diesen Fall allerdings nicht für vergleichbar gehalten, da diese Versicherung in ihrer Absolutheit gerade keine für das Registergericht noch zu prüfenden Fragen offenlasse (so auch OLG Schleswig, Beschl. v. 03.06.2014 - 2 W 36/14 - GmbHR 2014, 1095).

D. Auswirkungen für die Praxis

Zu begrüßen ist, dass das OLG Frankfurt die Rechtsbeschwerde zugelassen hat, die fragliche Rechtsfrage über den konkreten Einzelfall hinaus in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen relevant werden kann und deshalb ein Interesse an einer einheitlichen Handhabung des Rechts besteht. Der Ausgang einer möglichen BGH-Entscheidung ist m.E. vollkommen offen. Denn der BGH hat in dem genannten Beschluss nicht zuletzt auch ausgeführt, dass der Geschäftsführer nach § 53 Abs. 2 BZRG zu belehren ist und eventuell verbleibende Unklarheiten über Umfang und Bedeutung der zu versichernden Umstände durch Inanspruchnahme rechtlicher Beratung zu klären habe – und ansonsten eben das Risiko einer Strafbarkeit nach § 82 Abs. 1 Nr. 5

GmbHG laufe (BGH, Beschl. v. 17.05.2010 - II ZB 5/10 - DStR 2010, 1582, 1583 f.).

Generell ist zu konstatieren, dass die Praxis der Registergerichte höchst unterschiedlich ist. Während manche Rechtspfleger höchst „pingelig“ sind, werden in anderen Fällen schlecht oder unrichtig formulierte bzw. unvollständige Anmeldungen problemlos eingetragen.

Im vorliegenden Fall hat das OLG Frankfurt den Einwand des Liquidators, dass eine entsprechend formulierte Versicherung einige Jahre zuvor nicht beanstandet worden sei, mit Recht als unbeachtlich zurückgewiesen. Dennoch ist vor diesem Hintergrund verständlich, dass dieser ob der unterschiedlichen Behandlung offenbar derart erobost war, dass er einen Rechtsstreit auf sich genommen hat, der von der ursprünglichen Anmeldung bis zur Entscheidung des OLG Frankfurt/Main immerhin ca. anderthalb Jahre gedauert hat.

Der einfachere Weg wäre es sicher gewesen, den Vorgaben des Registergerichts schlicht und einfach Folge zu leisten (vgl. Oppenländer, GmbHR 2013, 92).

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Hervorgehoben sei noch, dass nach h.M. auch ein Liquidator, der zuvor schon Geschäftsführer war, sprich ein „geborener“ Liquidator (vgl. § 66 Abs. 1 GmbHG), anlässlich seiner Anmeldung eine vollständige neue Versicherung abzugeben hat (vgl. OLG Schleswig, Beschl. v. 03.06.2014 - 2 W 36/14 - GmbHR 2014, 1095, 1098; Nerlich in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 67 Rn. 15; a.A. mit Blick auf die Amtskontinuität hingegen Schmidt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2013, § 67 Rn. 12: Bezugnahme auf die frühere Versicherung soll genügen). Bei den Beteiligten stößt dies in der Praxis zuweilen auf Unverständnis.

4

Fehlerhafte Anlageberatung für Stiftungen bei Empfehlung von geschlossenen Immobilienfonds

Leitsätze:

1. Einer Stiftung, die aus stiftungsrechtlichen Gründen die Minderung ihres Kapitalstocks durch Anlagegeschäfte nicht riskieren darf, darf die anlageberatende Bank grundsätzlich keinen in einer Fremdwährung finanzierten geschlossenen Immobilienfonds empfehlen.

2. Die fehlende Anlegergerechtigkeit einer solchen Empfehlung wird nicht durch den Umstand berührt, dass der das Beratungsgespräch führende Stiftungsvorstand Wirtschaftsprüfer und Steuerberater ist.

3. Eine festverzinsliche Anleihe bei einer deutschen Bank ist grundsätzlich als sichere, den Kapitalerhalt gewährleistende Anlage anzusehen, die nicht den Schluss darauf erlaubt, der Anleger sei dazu bereit gewesen, "gewisse Verlustrisiken" einzugehen.

4. Die anlageberatende Bank kann sich gegen den Vorwurf einer nicht anlegergerechten Beratung mit dem Einwand verteidigen, der Anleger sei nach einer objektgerechten Beratung ausnahmsweise dazu bereit gewesen, von seiner grundsätzlichen Anlagestrategie abzuweichen, beispielsweise ein atypisch höheres Risiko einzugehen. Für diesen Einwand gegen den an sich feststehenden Haftungsgrund der nicht anlegergerechten Beratung trägt sie die Darlegungs- und Beweislast.

5. Über Rückvergütungen hat die beratende Bank den Anleger auch dann aufzuklären, wenn im Prospekt oder in der mündlichen Beratung als Empfänger der offen ausgewiesenen Position ein mit der beratenden Bank offensichtlich konzernmäßig oder ähnlich verbundenes Unternehmen genannt wird.

Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil vom 28.01.2015, 1 U 32/13

von Dr. Michael Hippeli, LL.M., Regierungsrat

A. Problemstellung

Zur spezifisch fehlerhaften Anlageberatung einer Stiftung als Beratungskunde gibt es bislang kaum Rechtsprechung. Präsumtiv dürfte aber klar sein, dass Stiftungen bei der Kapitalanlage besonderen Maßstäben unterliegen und ihr jeweiliges Stiftungsvermögen nicht hochspekulativ anlegen sollten. Die Rede ist heute dabei von einem stiftungsrechtlichen Vermögenserhaltungsgebot. Früher sprach man (auch) in diesem Zusammenhang sogar von einem Gebot der „mündelsicheren Kapitalanlage“, um die Forcierung auf konservative Investments zu verdeutlichen. Entsprechend regelte etwa das bayerische Stiftungsgesetz bis 1995, dass Stiftungen ihr Vermögen nur in mündelsicheren Wertpapieren anlegen dürfen.

Das OLG Frankfurt am Main war im vorliegenden Fall dazu berufen, zu beurteilen, ob der Erwerb von Anteilen an einem geschlossenen Immobilienfonds auf Anraten einer Bank durch eine gemeinnützige Stiftung eine Pflichtverletzung des Anlageberatungsvertrages darstellt. Anders gewendet stellte sich einerseits die Frage, ob das Vermögenserhaltungsgebot nicht nur auf Seiten der Stiftung intern zu beachten ist, sondern auch extern von einer Bank als Geschäftspartner der Stiftung bei der Anlageberatung. Andererseits musste in der Folge darüber befunden werden, ob geschlossene Immobilienfonds für Stiftungen anlegergerecht sein können oder nicht.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin ist eine gemeinnützige Stiftung. Ihr Vorstand ist vom Beruf Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. 2001 beteiligte sich die Klägerin auf Anraten der Beklagten (eine deutsche Großbank) an einem geschlossenen Immobilienfonds. Offenbar war als wesentliches Anlageziel der Erhalt des Anlagekapitals genannt worden. Der Fonds sollte ein bauliches Objekt errichten, was durch ein Darlehen in Schweizer Franken finanziert wurde. In der Folge klagte die Klägerin auf Schadensersatz und verwies dabei darauf, dass sie fehlerhaft beraten worden sei. Dies betreffe v.a. die konkreten Anlagerisiken und an die Bank erfolgte Rückvergütungen.

Das LG Frankfurt wies die Klage zunächst ab. Anders nun das OLG Frankfurt. Es erachtete die Klage für zulässig und überwiegend begründet. Es bestünden zwei Pflichtverletzungen der Bank im Hinblick auf den mit der Klägerin konkludent abgeschlossenen Anlageberatungsvertrag. Zum einen sei die Empfehlung der Beteiligung am geschlossenen Immobilienfonds nicht anlegergerecht gewesen. Zum anderen sei über die vereinnahmte Rückvergütung nicht hinreichend aufgeklärt worden.

Die konkret empfohlene (riskante) Anlage sei deshalb nicht anlegergerecht gewesen, da diese nicht mit der Pflicht der Klägerin zum Erhalt ihres Stiftungsvermögens vereinbar war; schließlich drohe aus einer solchen Anlage mitunter eine Nachschusspflicht. Dies sei auch der bei der Beklagten angestellten Anlageberaterin bewusst gewesen. Die Anlage habe jedenfalls mehrere spezifische Verlustrisiken aufgewiesen, die im Widerspruch zur stiftungsrechtlichen Vermögenserhaltungspflicht standen.

Auf die wirtschaftlichen Kenntnisse des Vorstandes der Klägerin (aufgrund der Qualifikation als Wirtschaftsprüfer und Steuerberater) könne jedoch – entgegen der Ansicht des LG Frankfurt – nur bedingt abgestellt werden: Zum einen könnten diesem überdurchschnittliche Kenntnisse in Bezug auf geschlossene Immobilienfonds nicht ohne Weiteres unterstellt werden. Zum anderen spielten Fachkenntnisse des Anlegers in Bezug auf die Anlegergerechtigkeit der Beratung keine Rolle, weil sie keinen Schluss auf die Risikobereitschaft zuließen. Auch könne aus einer von der Beklagten angeführten früheren Anlage in die Anleihe einer deutschen Geschäftsbank nicht auf das aktuelle Risikoprofil geschlossen werden, da zumindest eine solche Anleihe eine den Vermögenserhalt sicherstellende Anlageform darstelle.

Grundsätzlich könne sich eine anlageberatende Bank zwar gegen den Vorwurf einer nicht anlegergerechten Beratung mit dem Einwand verteidigen, der Anleger sei nach einer objektgerechten Beratung ausnahmsweise dazu bereit gewesen, von seiner grundsätzlichen Anlagestrategie abzuweichen, beispielsweise ein atypisch höheres Risiko einzugehen. Hierfür trage sie aber die Darlegungs- und Beweislast, wobei sie vorliegend aber beweisfällig geblieben sei.

Ferner habe die Beklagte eine Rückvergütung verschwiegen. Über Rückvergütungen sei auch dann aufzuklären, wenn im verwendeten Prospekt oder in der mündlichen Anlageberatung selbst ein mit der beratenden Bank offensichtlich konzernmäßig oder ähnlich verbundenes Unternehmen als Empfänger einer Rückvergütung genannt wird.

C. Kontext der Entscheidung

Fehler der Bank bei der Anlageberatung von Kunden finden typischerweise über einen Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung wegen einer Pflichtverletzung hinsichtlich des konkludent abgeschlossenen Beratungsvertrages Berücksichtigung (§§ 280 Abs. 1, 675 Abs. 1, 611 BGB). Derartige Fehler sind also fast immer ein Aspekt der Vertragshaftung. Dabei wird das als Grundlage bemühte kapitalmarktrechtliche Konstrukt des konkludenten Vertragsschlusses immer wieder kritisiert (vgl. etwa Herresthal, ZBB 2012, 89, 92 f.; Krüger, NJW 2013, 1845, 1846). Allerdings ist dieses Konstrukt aus Gründen des Anleger- und neuerdings in diesem Zusammenhang ebenfalls zu berücksichtigenden Verbraucherschutzes zu begrüßen. Denn insbesondere die Vermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB kommt dem Bankkunden/Anleger zugute und erleichtert – etwa im Vergleich zu einer Lösung über das Deliktsrecht – die Geltendmachung von Haftungsansprüchen. Dabei ist schließlich, anders als bei einem Rat oder einer Auskunft, welche(r) nach allgemeinen zivilrechtlichen Maßstäben nie zu einem (konkludenten) Vertragsschluss führt, die besondere Informationsasymmetrie zwischen informierter Bank und weniger informiertem Kunden zu berücksichtigen. Obwohl der Bankkunde die Beweislast für den konkludenten Abschluss eines Beratungsvertrages trägt, gelingt dieser Nachweis praktisch fast immer (vgl. Bracht in: Schwintowski, Bankrecht, 4. Aufl. 2014, § 18 Rn. 34), so dass ein wirksames Rechtsinstrumentarium zur Verfügung steht.

Aus dem Anlageberatungsvertrag heraus schuldet die Bank sodann eine anleger- und objektgerechte Beratung (st. Rspr. seit BGH, Urt. v. 06.07.1993 - XI ZR 12/93 - NJW 1993, 2433 ff. „Bond I“). Vorliegend war Kulminationspunkt insbesondere die anlegergerechte Beratung. Von einer anlegergerechten Beratung kann grundsätzlich dann gesprochen werden, wenn

der Bankkunde/Anleger seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, seine Anlageziele und seine Risikobereitschaft offenbart und der Anlageberater als Vertreter der Bank eine dementsprechend passende Anlageempfehlung abgibt (BGH, Urt. v. 06.12.2012 - III ZR 66/12 - ZIP 2013, 221 - m. Anm. Nassall, jurisPR-BGH-ZivilR 4/2013 Anm. 3; OLG Stuttgart, Urt. v. 18.12.2013 - 9 U 52/13 - ZIP 2014, 213, 214; Seibert, Das Recht der Kapitalanlageberatung und -vermittlung, 2014, S. 140). Der dabei bestehende Pflichtenkreis der Bank ist unter aufsichtsrechtlichen Vorzeichen auch in § 31 Abs. 4 WpHG abgebildet. Bei der objektgerechten Beratung wiederum steht im Vordergrund, ob dem Bankkunden/Anleger vorab sämtliche Informationen zur Verfügung gestellt wurden, die für das Treffen der konkreten Anlageentscheidung vonnöten waren. Vorliegend handelte es sich in Bezug auf die spezifische Verteilung der Darlehens- und Beweislast jedenfalls noch um einen Altfall, bei dem die Gerichte weder mit der teils schwierigen Auswertung des 2010 eingeführten Beratungsprotokolls noch mit der Würdigung des seit 2011 flankierend eingeführten Produktinformationsblattes i.S.d. § 31 Abs. 3a WpHG über die wesentlichen Merkmale und Risiken des Finanzproduktes belastet waren (vgl. zum Einfluss dieser Dokumente auf Anlageberatung und Haftungsprozess im Detail Zoller, Die Haftung bei Kapitalanlagen, 2. Aufl. 2014, S. 4 f.; Bracht in: Schwintowski, Bankrecht, 4. Aufl. 2014, § 18 Rn. 45).

Hinsichtlich der anlegergerechten Beratung gilt im Einzelnen, dass die Anlageempfehlung im Zeitpunkt der Beratung lediglich vertretbar sein muss (BGH, Urt. v. 08.03.2005 - XI ZR 170/04 - NJW 2005, 1579, 1580; BGH, Urt. v. 21.03.2006 - XI ZR 63/05 - NJW 2006, 2041; Emmerich in: MünchKomm BGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 311 Rn. 117). Vertretbar kann eine Anlageempfehlung wohl aber dann nicht mehr sein, sofern sie eine gesetzlich feststehende (mindere) Risikobereitschaft unbeachtet lässt (hierzu sogleich im stiftungsrechtlichen Konnex). Überzeugend ist in diesem Zusammenhang jedenfalls die Sichtweise des OLG Frankfurt, vom früheren Erwerb einer Anleihe mit einer deutschen Bank als Emittentin nicht auf ein grundsätzlich risikobereiteres Profil schließen zu können. Zwar ist zuzugeben, dass aus den bisherigen Kapitalanlagen und der Depotstruktur grundsätzlich auf die fortbestehende(n) Anlageziele und Risikostruktur eines Bankkunden/Anlegers ge-

geschlossen werden darf, so dass neue Anlageempfehlungen ohne Aktualisierung des Kenntnis- und Risikoprofils abgegeben werden dürfen (vgl. OLG Celle, Urt. v. 27.02.2013 - 3 U 66/12 - BKR 2014, 36, 38). Jedoch hätte dies vorliegend bedeuten müssen, dass die Risiken der angeführten Anleihe und des geschlossenen Immobilienfonds halbwegs miteinander vergleichbar sind, was aber typischerweise nicht der Fall ist.

Fraglich ist aber, wie es sich auswirkt, wenn eine Anlageberatung gerade für eine Stiftung erfolgt. Existenzgrundlage einer jedweden Stiftung ist ihr Vermögensstamm, dessen Wert es zu erhalten gilt (Hof in: v. Campenhausen/Richter, Stiftungsrecht-Handbuch, 4. Aufl. 2014, § 9 Rn. 61 ff.; Reuter in: MünchKomm BGB, Bd. 1, § 85 Rn. 16). Schließlich ist das Stiftungsvermögen konstituierendes Merkmal einer jeden Stiftung: da sie keine Mitglieder hat, die ihren Zweck mit Beiträgen unterstützen, tritt an deren Stelle das Stiftungsvermögen, mit dem gemäß § 80 Abs. 2 BGB der vom Stifter vorgegebene Stiftungszweck zu verfolgen ist. Daher darf das Stiftungsvermögen nicht verbraucht werden, es sei denn, es liegt qua Satzung ausnahmsweise eine Verbrauchsstiftung vor. Anderenfalls könnte der Stiftungszweck nicht mehr weiter verfolgt werden, der Bestand der Stiftung wäre gefährdet. Spekulative Anlagegeschäfte sind dabei allerdings nicht schlechterdings verboten, sonst wäre dies eine Annäherung an den mittlerweile aufgegebenen Grundsatz der Mündelsicherheit (Schiffer/Pruns in: Schiffer, Die Stiftung in der Beraterpraxis, 3. Aufl. 2013, S. 134). Lediglich in einigen Landesstiftungsgesetzen findet sich noch die Anordnung, dass das jeweilige Stiftungsvermögen „sicher und wirtschaftlich“ zu verwalten ist, was dann wohl jedenfalls ein Verbot des hochgradig spekulativen Anlegens bedeutet (vgl. Schlüter/Stolte in: Schlüter/Stolte, Stiftungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 112; Orth, DStR 2009, 1397, 1402). Soweit ersichtlich gibt es aber keinerlei gesetzliche Regelungen oder Rechtsprechung zu der Frage, ob geschlossene Immobilienfonds als spekulative Anlage zu begreifen sind. Letzteres hat indes keinen eigentlichen Fallbezug, da die Klägerin laut Presseberichten eine Stiftung aus Nordrhein-Westfalen ist (Legal Tribune Online v. 24.03.2015, abrufbar unter: <http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/olg-frankfurt-urteil-1u32-13-commerzbank-anlageberatung-entschaedigung/>, abgerufen am 07.04.2015) und das dortige Landesstif-

tungsgesetz keine solche Regelung vorsieht. Zudem scheint es in der Praxis so zu sein, dass die Anlage in geschlossene Immobilienfonds von Stiftungen durchaus so gelebt wird (vgl. Schlüter/Stolte in: Schlüter/Stolte, Stiftungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 114). Schließlich und endlich muss die Vermögensanlage von Stiftungen in Niedrigzinszeiten auch zumindest im Ansatz spekulative Produkte umfassen, da anderenfalls kaum Rendite erzielt werden könnte und somit die Verfolgung des Stiftungszwecks gefährdet wäre (vgl. Hippeli, ZStV 2015, 121, 123).

Interessant an der vorliegenden Entscheidung ist nun, dass das OLG Frankfurt das an sich lediglich im Innenverhältnis zwischen Stiftungsvorstand und Stiftung bestehende und zu beachtende Vermögenserhaltungsgebot mittelbar auch auf die beratende Bank im Außenverhältnis überträgt. Die Bank muss also über ihren Vertragspartner soweit im Bilde sein, dass sie dessen Rechtsform und Spezifika kennt und bei der Anlageempfehlung berücksichtigt. Das OLG Frankfurt zieht damit den der Bank zukommenden Pflichtenkreis sehr weit. Im Prinzip verlangt es nun von der beratenden Bank die Verknüpfung der durch den Bankkunden/Anleger gemachten oder selbst explorierten Angaben zu persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen einerseits und der Risikofähigkeit andererseits (Hippeli, ZStV 2015, 121, 124). Denn nur hierdurch kann die Bank zu dem Schluss kommen, was für eine Stiftung als solche eine geeignete Anlage sein kann und was nicht. Noch im Jahr 2004 hatte dies das OLG Dresden ausdrücklich anders beurteilt, als es ausführte, dass die Wahrung der stiftungsrechtlichen Vermögenserhaltung ausschließlich Sache der Stiftung und ihrer Organe sei, nicht jedoch von Dritten im Rahmen der Anlageberatung, da die beratende Bank ansonsten faktisch Aufgaben der Stiftungsaufsicht übernehmen würde (vgl. OLG Dresden, Beschl. v. 10.02.2004 - 8 U 2225/03 - NJOZ 2004, 2864, 2866).

Bedenklich ist in diesem Zusammenhang auch, dass nicht erkennbar ist, dass sich das OLG Frankfurt mit dem ggf. vom Stifter vorgegebenen satzungsmäßigen Vermögenserhaltungskonzept oder den Anlagerichtlinien der Stiftung auseinandergesetzt hat. Es mag schließlich so sein, dass die Anlage in geschlossene Immobilienfonds bei bloß abstrakter Betrachtung nicht unbedingt zu einer Stiftung passt. Die Abstrakt-

heit kann bei Stiftungen aber durch die vorgenannten Festlegungen in concreto durchbrochen sein, der Stiftung können also auch risikoreichere Geldanlagen erlaubt sein. Zumal wenn ggf. durch andere ertragreiche Kapitalanlagen im Portfolio (Anlagemix) wertsommenmäßig der Vermögenserhalt auch bei einer fehlgeschlagenen bzw., unrentablen Einzelanlage möglich ist. Vor diesem Hintergrund überrascht es, dass sich das OLG Frankfurt nicht damit begnügt hat, die Feststellung zu treffen, dass sich das Anlageziel des Erhaltes der Anlagesumme nicht mit der Empfehlung von Anteilen an einem geschlossenen Immobilienfonds deckte, sondern stattdessen der beratenden Bank die Berücksichtigung von stiftungsrechtlichen Vorgaben auferlegt hat. Dieser „Paukenschlag“ des OLG Frankfurt stand letztlich nicht zu erwarten.

Vor einer sich immer weiter verdichtenden Rechtsprechung zur anlegergerechten Beratung sei im Übrigen gewarnt: letztlich muss das Risiko einer nach fairen Maßstäben getroffenen, aber sich im Ergebnis als unrentabel erwiesenen Anlageentscheidung immer noch beim Bankkunden/Anleger verortet bleiben (vgl. BGH, Urt. v. 24.09.2013 - XI ZR 204/12 - WM 2013, 2065, 2067; Edelmann in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2015, § 3 Rn. 15; Hippeli, ZStV 2015, 121, 125). Die Ausdehnung von Informations- und Explorationspflichten der Bank im Rahmen der Rechtsprechung zur anlegergerechten Beratung bewirkt aber demgegenüber, dass dieses Ertragsrisiko immer mehr der Bank überbürdet wird, da Bankkunden/Anleger im Fall der eingetretenen Unrentabilität ihrer Anlage die mitunter extensive Rechtsprechung zur anlegergerechten Beratung systemwidrig als Instrument eines „Risiko-Hedgings“ nutzen.

Vergleichsfälle zur jetzigen Entscheidung zur Anlageberatung von Stiftungen dürften im Übrigen die Anlagemodelle von Kommunen bilden, die in den letzten Jahren des Öfteren auf Empfehlung ihrer Banken in hochspekulative Zins- und Währungsswaps investiert hatten. Hierzu existiert Rechtsprechung, wonach insgesamt die Pflicht zur anleger- und objektgerechten Beratung verletzt ist, wenn die Bank nicht auf einschlägige öffentlich-rechtliche Beschränkungen der Kommune hinweist und ggf. um Nachprüfung der Zulässigkeit bittet (vgl. OLG Naumburg, Urt. v. 24.03.2005 - 2 U 111/04 - ZIP 2005, 1546). Vor diesem Hintergrund wäre die jetzi-

ge Entscheidung des OLG Frankfurt konsistent, da nach beiden Entscheidungen in ähnlich gelagerten Fällen der besondere gesetzliche Anlagehorizont des Bankkunden/Anlegers von der Bank zu beachten ist. Allerdings ist die vorgenannte Entscheidung des OLG Naumburg vereinzelt geblieben, überwiegend haben die Gerichte demgegenüber eine Aufklärungspflicht der Banken im Hinblick auf ein kommunalrechtliches Spekulationsverbot verneint, insbesondere da dies eine (unerlaubte) Rechtsberatung seitens der Banken bedeuten könne (vgl. etwa OLG Bamberg, Urt. v. 11.05.2009 - 4 U 92/08, WM 2009, 1082; OLG Köln, Urt. v. 13.08.2014 - I-13 U 128/13, 13 U 128/13 - unv.). Übertragen auf die vorliegende Entscheidung des OLG Frankfurt wird also auch bei vergleichender Betrachtung deutlich, dass hiermit eine äußerst exponierte Entscheidung vorliegt, der sich andere Gerichte womöglich nicht anschließen werden.

Zuzustimmen ist dem OLG Frankfurt aber in jedem Falle darin, dass die berufliche Qualifikation des Stiftungsvorstandes als Wirtschaftsprüfer und Steuerberater im Hinblick auf eine anlegergerechte Beratung nicht weiter von Relevanz war und den Grad an Aufklärungsbedürftigkeit nicht abmindern konnte. Zum einen ist fraglich, ob und wie weit diese Qualifikation auf konkret für die Anlage erforderliche Fachkenntnisse schließen lassen kann („Kennt sich ein Wirtschaftsprüfer/Steuerberater wirklich regelmäßig mit geschlossenen Immobilienfonds aus?“). Unbeantwortet ist in diesem Zusammenhang auch die zu stellende Frage dahingehend, ob überhaupt ein „privates“ Fachwissen des organschaftlichen Vertreters auf den eigentlichen Bankkunden/Anleger zugerechnet werden kann. Zum anderen darf selbst bei einem Vorliegen von spezifischen Fachkenntnissen nicht ohne weiteres auf ein anderes (erhöhtes) Risikoprofil geschlossen werden (vgl. Seibert, Das Recht der Kapitalanlageberatung und -vermittlung, 2014, S. 141; Edelmann in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2015, § 3 Rn. 18 m.w.N.).

Weiterhin ging es vorliegend aber auch um eine objektgerechte Beratung. Dabei müssen die gegebenen Informationen in jeder Hinsicht sachlich zutreffend und vollständig sein. Dieses Kriterium ist aber (auch) dann nicht erfüllt, wenn über Rückvergütungen (Kick-backs) nicht ordnungsgemäß aufgeklärt wird. Bei Kick-backs erhält die Bank ihren Profit nicht direkt vom Bank-

kunden/Anleger, sondern indirekt vom Emittenten des Finanzprodukts, oft im Agio versteckt. Causa der Aufklärungspflicht über Rückvergütungen ist im Rahmen der Anlageberatung einerseits die Vermeidung von Interessenkonflikten, andererseits die Vermeidung der Schädigung der Werthaltigkeit der Finanzanlage (Emmerich in: MünchKomm BGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 311 Rn. 119). Dem durchschnittlichen Bankkunden/Anleger ist schließlich – jedenfalls wenn er nicht von der jüngst eingeführten Option der Honorarberatung Gebrauch macht – regelmäßig nicht bewusst, dass die Bank Provisionen vereinnahmt, vielmehr sieht er die Anlageberatung typischerweise als v.a. von den einzelnen Gebühren quersubventioniert an (vgl. Bracht in: Schwintowski, Bankrecht, 4. Aufl. 2014, § 18 Rn. 75 m.w.N.).

Die hierzu seit 2006 entwickelte sog. Kick-back-Rechtsprechung (grundlegend BGH, Urt. v. 19.12.2006 - XI ZR 56/05 - WM 2007, 487 und speziell zu geschlossenen Immobilienfonds BGH, Urt. v. 20.01.2009 - XI ZR 510/07 - NJW 2009, 1416; BGH, Urt. v. 27.10.2009 - XI ZR 338/08 - WM 2009, 2306; BGH, Urt. v. 29.06.2010 - XI ZR 308/09 - WM 2010, 1694) ist dabei nur auf sog. echte Rückvergütungen anwendbar, die aus dem Agio oder den Verwaltungsgebühren an die Bank zurückfließen, nicht aber auf reine Innenprovisionen aus dem Anlagebetrag. Zutreffend hat das OLG Frankfurt erkannt, dass die Rückvergütung dann nicht direkt an die Bank fließen muss, sondern es auch ausreicht, wenn dies an Nähepersonen der Bank erfolgt (vgl. auch BGH, Urt. v. 16.07.2013 - XI ZR 363/11 - VuR 2013, 429). Selbst wenn dies im Prospekt oder im Beratungsgespräch benannt wird, muss im Detail weiter aufgeklärt werden. Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Aufklärung ist in diesem Kontext grundsätzlich, dass Vertriebsprovisionen offen ausgewiesen werden und der Anlageberater oder ein ihm nahestehender Dritter ausdrücklich als Empfänger dargestellt werden (vgl. BGH, Urt. v. 27.10.2009 - XI ZR 338/08 - WM 2009, 2306). Eine pauschale Benennung der Umstände ist jedoch keinesfalls ausreichend (vgl. BGH, Urt. v. 20.01.2009 - XI ZR 510/07 - NJW 2009, 1416, 1417; OLG Frankfurt, Urt. v. 29.01.2014 - 17 U 18/13 - NZG 2014, 470). Klarzustellen ist aber, dass die vorliegende Entscheidung – jedenfalls an dieser Stelle – kein Neuland betritt.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Auswirkungen für die Praxis können als sehr hoch angesehen werden (vgl. zu dieser Einschätzung auch Theewen, EWiR 2015, 367, 368). Dies liegt einerseits allgemein an der besonderen Bedeutung von gerichtlichen Präzedenzfällen innerhalb des Kapitalanlagerechts. Andererseits daran, dass fehlgeschlagene Kapitalanlagen seit den Krisenjahren ab 2008 besonders ausgeprägt sind und entsprechende Klagen auf Schadensersatz hervorrufen. Dazu passt es, dass sich nun auch Stiftungen auf Fehler bei der Anlageberatung berufen, um ihre eingetretenen Verluste durch Inanspruchnahme der ursprünglich beratenden Banken wieder wettzumachen.

Es bedarf keiner prophetischen Gaben, um zu prognostizieren, dass es zahlreiche andere Stiftungen geben dürfte, denen seitens ihrer beratenden Bank spekulative Anlageprodukte (Fondsanteile an geschlossenen Fonds, Währungs- und Zinsswaps, Zertifikate, sonstige strukturierte Produkte) empfohlen und verkauft wurden. Bei diesen spekulativen Anlageprodukten besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass diese sich entweder aufgrund des schwierigen Marktumfeldes oder der konkreten Produktbeschaffenheit negativ entwickelt haben, so dass betroffene Stiftungen auf Basis der nunmehrigen Entscheidung ihre Bank in Regress nehmen können. Jedenfalls der vom OLG Frankfurt so gesehene stiftungsspezifische Fehler einer nicht anlegergerechten Anlageempfehlung dürfte in Bezug auf spekulative Anlageprodukte ziemlich häufig gemacht worden sein. Dies hängt auch mit dem schleichenden Trend seit der Jahrtausendwende zusammen, dass angestellten Anlageberatern bei allen Banken und Sparkassen seither Verkaufsvorgaben gemacht und v.a. Eigen- oder Verbundprodukte, aber auch sonstige spekulative Produkte mit hohen Provisionserträgen gezielt und strukturiert an den Mann gebracht wurden. Innerhalb der Bankenbranche gab es somit einen Wandel vom Berater zum Verkäufer, den (leider) kaum ein Bankkunde nachvollzogen hat. Der oftmals nicht-anlegergerechte Absatz von Lehman-Zertifikaten hat diesen Umstand in der Vergangenheit bereits augenscheinlich gemacht.

Auf die Banken und Sparkassen rollt somit angesichts der vorliegenden Entscheidung eine neue Klagewelle zu. Gerade mittlere und größere Stif-

tungen dürften im Rahmen ihrer Anlagediversifizierung des Öfteren spekulative Anlageprodukte (darunter auch Anteile an geschlossenen Immobilienfonds) im Portfolio halten und gleichsam rechtsschutzversichert sein, so dass jeweils ein Klageanlass und eine gewisse Klagewahrscheinlichkeit bestehen.

5

Zur Innenhaftung des Geschäftsführers für Unternehmensgeldbußen

Orientierungssatz zur Anmerkung:

Eine nach § 81 GWB gegen eine GmbH verhängte Geldbuße kann das Unternehmen nicht nach § 43 Abs. 2 GmbHG vom Geschäftsführer erstattet verlangen.

Anmerkung zu LArbG Düsseldorf, Teilurteil vom 20.01.2015, 16 Sa 459/14

von Dr. Richard Backhaus, LL.M., RA und FA für Handels- und Gesellschaftsrecht / Inken Brand, RA'in

A. Problemstellung

Die vorliegende Entscheidung befasst sich mit der Möglichkeit einer GmbH, mit Aussicht auf Erfolg ein gegen sie festgesetztes Bußgeld, hier wegen einer Kartellabsprache, bei ihrem Geschäftsführer geltend zu machen und thematisiert dabei die Grundsatzfrage der Regressfähigkeit.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das Bundeskartellamt verhängte gegen die Klägerin, eine Gesellschaft des Thyssen-Krupp Konzerns, wegen der Beteiligung am sog. „Schienerkartell“ Bußgelder in Höhe von insgesamt 191 Mio. Euro. Die Klägerin versuchte, u.a. diese Bußgelder als Schaden gegen ihren damaligen Geschäftsführer geltend zu machen. Das ArbG Essen hatte die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin gegen das erstinstanzliche Urteil blieb vor dem LArbG Düsseldorf ohne Erfolg.

Ausgehend von § 43 Abs. 2 GmbHG und der umfänglichen Legalitätspflicht eines Geschäftsführers wäre zwar auch nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts gemäß den §§ 249 ff. BGB auf Grundlage der Differenzhypothese ein

Ersatz von solchen Schäden zu bejahen, die durch Kartellabsprachen des Geschäftsführers entstanden sind. Allerdings sei der Regress bei Bußgeldern gemäß § 81 GWB ausgeschlossen. Seine Entscheidung stützt das Gericht darauf, dass ein Regress die Wertungen des Ordnungsrechtes unterlaufen und konterkarieren würde. Daher sei die Auffassung, es sei dem Zivilrecht die Zuordnung zu überlassen, wer am Ende hafte, abzulehnen.

Erstens treffe das Ordnungsrecht eine abschließende Entscheidung, wer den aus einem Bußgeld zu resultierenden Schaden zu tragen habe. Könnte die Gesellschaft ihr Bußgeld im Regresswege auf den Geschäftsführer abwälzen, würde das Zivilrecht die ordnungsrechtliche (Zuordnungs-)Entscheidung korrigieren. Da so der ordnungsrechtliche Zweck nicht erreicht werde, müsse das Zivilrecht diese Wertung berücksichtigen.

Zweitens sei eine Zusage des Arbeitgebers, Bußgelder des Arbeitnehmers zu übernehmen, gemäß § 138 BGB unwirksam. Auch hier zeige sich, dass eine Weitergabe der Bußgelder unzulässig sei, da diese beim „wahren Verantwortlichen“ bleiben sollen. Es sei nicht einsichtig, warum für den umgekehrten Fall, die Unternehmensgeldbuße, etwas anderes gelten solle. Die Kartellbuße solle gerade das Unternehmen treffen. Auch aus der Zulässigkeit einer Übernahme einer fremden Geldbuße (BGH, Urte. v. 08.07.2014 - II ZR 174/13 - m. Anm. Backhaus/Brand, jurisPR-HaGesR 10/2014 Anm. 3) ergäbe sich nichts anderes.

Drittens diene die Kartellbuße gemäß § 81 Abs. 5 GWB auch der Abschöpfung eines wirtschaftlichen Vorteils. Insoweit gleiche die Geldbuße eine Bereicherung aus und stelle keinen Schaden dar. Eine Regressmöglichkeit führte dazu, dass die Bereicherungsabschöpfung als Schaden auf den Geschäftsführer abgewälzt werden könne. Das laufe der Bestrafung des Täters als Primärzweck der Kartellbuße zuwider, was sich aus § 81 Abs. 5 Satz 1 GWB ergäbe, nach dem die Abschöpfung nur fakultativ sei.

Schließlich und viertens würde der differenzierte Bußgeldrahmen des § 81 Abs. 4 GWB unterlaufen werden, wenn die Unternehmensgeldbuße, die bis zu 10% des Gesamtjahresumsatzes ausmachen könne, auf den Geschäftsführer abgewälzt werden könne, der als natürliche Per-

son nur mit einem Bußgeld von einer Mio. Euro belegt werden könne.

C. Kontext der Entscheidung

Das Teilurteil des Landesarbeitsgerichts verspricht angesichts des ungebrochenen Trends zum verstärkten Innenregress gegenüber Geschäftsleitern für Schäden der Gesellschaft aus Rechtsverstößen eine spürbare Entlastung. Diese beträfe über den entschiedenen Fall hinaus weitere Compliance-Verstöße, die mit Bußgeldern nach dem OWiG pönalisiert werden. Denn die Argumente des LArbG ließen sich auch in diesen Fällen fruchtbar machen: Die Behörde trifft nämlich auch im Rahmen des OWiG eine Zuordnungsentscheidung, es normiert mit § 17 Abs. 4 OWiG die Abschöpfung von Tatvorteilen und kennt schließlich ebenfalls unterschiedliche Bußgeldrahmen für Unternehmen (§ 30 Abs. 2 OWiG: max. 10 Mio. Euro) und Geschäftsleiter (§ 130 Abs. 3 OWiG: max. eine Mio. Euro).

Warum das Gericht offensichtlich bemüht war, den Beklagten durch grundlegende Erwägungen der tatbestandsmäßig bereits bejahten, indes als unbillig empfundenen, Haftung gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG entkommen zu lassen, lässt sich nur vermuten. Ein Landesarbeitsgericht ist mit der Arbeitswirklichkeit in integrierten Konzernen vertraut. Dort befinden sich die Geschäftsführer von Tochtergesellschaften oft in einer rechtlich heiklen Position. Vielerlei wird durch Zentralfunktionen außerhalb der Tochtergesellschaft erledigt, wichtige Entscheidungen werden de facto nicht autonom in der Tochtergesellschaft getroffen, sondern in der (Konzern-)Muttergesellschaft. Regelmäßig ist der Compliancebereich organisatorisch auf Ebene der (Konzern-)Muttergesellschaft zu finden und gestaltet das Compliance Management System auch für die Tochtergesellschaft aus. Der Geschäftsführer der Tochtergesellschaft fokussiert sich auf operative Themen und nimmt den vorgegebenen Rahmen hin, wenn er ihn überhaupt bewusst zur Kenntnis nimmt. Insellösungen für die Compliance Organisation auf Ebene der Tochtergesellschaft sind im integrierten Konzern weder sinnvoll möglich noch konzernpolitisch erwünscht.

Da dieses den Geschäftsführer aber nicht von seiner Pflichtenbindung, insbesondere seiner Legalitätspflicht (Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 43

Rn. 17), gegenüber der Tochtergesellschaft befreit, haftet er und kann damit in Compliance-Fällen ein vermeintlich leicht zu findendes (Bauern-)Opfer sein. Das Gericht sucht vor diesem Hintergrund nach einem Korrektiv, ggf. mit Blick auf einen sinnvollen Vergleich. In concreto ersparte der Haftungsausschluss dem Landesarbeitsgericht ferner eine nähere, umfängliche Sachverhaltsaufklärung.

Doch der vor dem Hintergrund der aktuellen Diskussion nach einer angemessenen Haftungsaustarierung für Geschäftsführer (vgl. Bayer, NJW 2014, 2546) verständliche Hilfsversuch ist de lege lata weder tragfähig noch in der Sache überzeugend.

Das zivilrechtliche Schadensersatzrecht dient dem Ausgleich zwischen mehreren Zivilrechtssubjekten durch evtl. wirtschaftliche (Teil-)Zuordnung eines Schadens zu einem Ersatzpflichtigen. Hierbei folgt das Schadensersatzrecht dem Grundsatz der Totalreparation, d.h. grundsätzlich ist der gesamte eingetretene Schaden zu ersetzen. Angesichts dessen ist ein Haftungsausschluss besonders begründungsbedürftig.

Entgegen dem Landesarbeitsgericht konterkariert der Innenregress gerade nicht die Steuerungsfunktion des GWB oder des sonstigen Ordnungsrechtes. Da eine juristische Person nach der Organtheorie nur durch ihre Organe handeln kann, sichert und verstärkt der Innenregress gerade die Apellfunktion der Norm. Das lässt sich rechtsökonomisch zudem mit der Prinzipal-Agent-Theorie untermauern: Die Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft ist zentrales Korrektiv und Anreiz für den Geschäftsführer, den Agenten, ordnungsgemäß und auch rechtmäßig zu handeln. Den Vorwurf der Schwächung der Steuerungsfunktion muss sich das Landesarbeitsgericht vielmehr selbst durch seine Lösung gefallen lassen.

Diese Erkenntnis entzieht auch der versuchten Gleichstellung mit dem Verbot der vorherigen Übernahme einer Strafe oder Geldbuße (vgl. BAG, Urt. v. 25.01.2001 - 8 AZR 465/00 - ZIP 2001, 850) die Grundlage, da eine Schwächung der Apellfunktion weder bezweckt wird noch eintritt.

Auch der Regress eines Ahndungsanteils des Bußgeldes bleibt damit systemkonform. Dieser besteht selbst bei einem überwiegenden Ab-

schöpfungsanteil (§ 81 Abs. 5 GWB, § 17 Abs. 4 OWiG). Die mit dem Abschöpfungsanteil einhergehende Problematik lässt sich schadensersatzrechtlich so bewältigen, dass man wirtschaftliche Vorteile – trotz einer etwaigen Abschöpfung – im Rahmen der Vorteilsausgleichung berücksichtigt. Alles andere verstieße gegen das Bereicherungsverbot als Korrektiv des Schadensersatzrechtes.

Schwerer wiegt der Verweis auf den niedrigeren Bußgeldrahmen für natürliche Personen (für eine Anwendung auf den Innenregresses Gaul, AG 2015, 109; wohl auch Hack/dos Santos Goncalves, DB 2014, 2581, 2582). Allerdings verengt diese Betrachtung den Blick allein auf die Perspektive des Geschäftsführers. § 43 Abs. 2 GmbHG dient indes dem Schutz des Gesellschaftsvermögens und damit mittelbar dem Schutz der Gesellschafter und Gläubiger (Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 43 Rn. 1). Diese etwas breitere Stakeholderbetrachtung offenbart, dass die Entscheidung die berechtigten Interessen von Gesellschaftern und Gläubigern der Gesellschaft völlig außer Betracht lässt. Diese haben mangels Schutzwirkung der Haftungsnorm bzw. wegen eines bloßen Reflexschadens regelmäßig keinen direkten Anspruch gegen den schädigenden Geschäftsführer und trügen damit im Ergebnis wirtschaftlich den Schaden. Normzweck des § 43 Abs. 2 GmbHG und die bereits angesprochene rechtsökonomische Bedeutung der Haftung sprechen somit ebenso gegen eine Übertragung auf das Innenverhältnis.

Nicht zu überzeugen vermag an der Begründung des Landesarbeitsgerichts schließlich, dass diese auch den Innenregress im Falle vorsätzlicher Verstöße ausschließt.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die zivilrechtliche Bewältigung von Compliance-Verstößen bleibt weiter herausfordernd. Bis zu einer abweichenden höchstrichterlichen Entscheidung lässt sich das Urteil vor allem für den Geschäftsführer fruchtbar machen. Umgekehrt bietet das Urteil eine Argumentationsgrundlage für Aufsichtsräte, ggf. ohne eigene Pflichtverletzung auf einen Innenregress verzichten zu können. Anlass für eine Entwarnung für Geschäftsführer besteht freilich nicht. Abgesehen davon, dass das Urteil voraussichtlich keinen Bestand behalten wird, hilft der Begrün-

dungsansatz nicht für die Verteidigung gegen den Regress wegen zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche von Kartellgeschädigten. Deren Bedeutung unterstreicht der vorliegende Fall: Schadensersatzansprüche in Folge eines Vergleiches mit der Hauptgeschädigten von insgesamt mehr als 100 Mio. Euro sind mangels Entscheidungreife weiterhin rechtshängig.