

Bericht des Vorstands zu Tagesordnungspunkt 10 (Zustimmung zu einem Vergleich der Gesellschaft mit der RREEF Management GmbH über Verlustausgleichansprüche)

Der Vorstand erstattet Bericht zu Punkt 10 der Tagesordnung über den Abschluss des Vergleiches zwischen der Gesellschaft und der RREEF Management GmbH (im Folgenden „RREEF“) vom 28. Dezember 2011 sowie die Gründe für seinen Abschluss:

Die Gesellschaft und RREEF (bei Abschluss des Beherrschungsvertrages firmierte RREEF als „Deutsche Grundbesitz Management GmbH“ und später als „DB Real Estate Management GmbH“) hatten am 7. Mai 1999 - noch vor der ersten Börsennotierung der Gesellschaft - einen Beherrschungsvertrag geschlossen, der mit Wirkung zum 30. Juni 2006 aufgehoben wurde. Während der Laufzeit dieses Beherrschungsvertrages entstanden im Jahr 1999 ein Verlust in Höhe von 23.865.891,39, im Jahr 2000 ein Verlust in Höhe von EUR 11.953.113,15, im Jahr 2001 ein Verlust in Höhe von EUR 7.935.183,91, im Jahr 2004 ein Verlust in Höhe von EUR 4.101.326,50, im Jahr 2005 ein Verlust in Höhe von EUR 11.211.966,41 und im ersten Halbjahr des Jahres 2006 ein Verlust in Höhe von EUR 4.068.291,09; insgesamt betragen die Verluste demnach EUR 63.135.772,45.

Zwischen RREEF und der Gesellschaft ist streitig, ob die Verluste der Gesellschaft in den vorgenannten Geschäftsjahren wirksam ausgeglichen wurden. Der Beherrschungsvertrag sah vor, dass zum Verlustausgleich auch die gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB gebildeten Kapitalrücklagen („sonstige Kapitalrücklagen“) verwendet werden durften.

RREEF legte nach Abschluss des Beherrschungsvertrages und vor dem Börsengang der Gesellschaft einen Betrag von ca. EUR 522 Millionen in die sonstige Kapitalrücklage ein. Die Einlage erfolgte durch Einbringung ihrer Ansprüche aus Gesellschafterdarlehen, mit denen der vorherige Erwerb von Beteiligungen an Wohnungsbaugesellschaften finanziert worden war. Im Einklang mit der vertraglichen Regelung wurden bei Aufstellung der betroffenen Jahresabschlüsse der Gesellschaft (1999 bis 2001 und 2004 bis 2006 (1. Halbjahr)) Entnahmen aus der sonstigen Kapitalrücklage zugunsten des Bilanzgewinns und damit zum Ausgleich von Verlusten verbucht. Die jeweiligen Jahresabschlüsse wurden von der Hauptversammlung festgestellt.

Kernthema des Rechtsstreits zwischen der Gesellschaft und RREEF ist die Frage, ob diese Verwendung der sonstigen Kapitalrücklagen zum Verlustausgleich mit § 302 Abs. 1 AktG vereinbar war. § 302 Abs. 1 AktG lautet: „Besteht ein Beherrschungs- oder ein

Gewinnabführungsvertrag, so 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.“

Vorstand und Aufsichtsrat der Gesellschaft sind der Ansicht, dass die „sonstigen Kapitalrücklagen“ im Sinne von § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB nicht zum Verlustausgleich nach § 302 Abs. 1 AktG verwendet werden dürfen, selbst wenn der Beherrschungsvertrag mit RREEF eine solche Verwendung vorsah. Demgemäß hat die Gesellschaft am 22. April 2010 Klage gegen RREEF auf Verlustausgleich mit dem Antrag erhoben, an die Gesellschaft folgende Beträge zu zahlen: a) EUR 23.865.891,39 nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.12.1999, b) EUR 11.953.113,15 nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.12.2000, c) EUR 7.935.183,91 nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.12.2001, d) EUR 4.101.326,50 nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.12.2004, e) EUR 11.211.966,41 nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.12.2005, und f) EUR 4.068.291,09 nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.06.2006.

Zur Begründung ihrer Klage hat die Gesellschaft im Wesentlichen vorgetragen: § 302 Abs. 1 AktG erlaube seinem Wortlaut nach nur eine Entnahme von Beträgen aus den „anderen Gewinnrücklagen“ zum Zwecke des Verlustausgleichs. Der gemäß § 302 Abs. 1 AktG auszugleichende Jahresfehlbetrag sei in strikter Anwendung der § 158 Abs. 1 AktG und § 275 Abs. 4 und § 277 Abs. 3 HGB zu ermitteln, so dass Entnahmen aus den sonstigen Kapitalrücklagen einen Jahresfehlbetrag nicht hätten ausgleichen können. Eine sinngemäße oder analoge Anwendung des § 302 Abs. 1 AktG auf sonstige Kapitalrücklagen komme wegen der aktionärs- und gläubigerschützenden Funktion der Vorschrift nicht in Betracht und sei schon gar nicht geboten. Das gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass RREEF mit dem Börsengang 1999 als Aktionärin der Gesellschaft ausschied und damit nicht mehr am Vermögen der Gesellschaft beteiligt gewesen sei. Ferner seien die von RREEF im Jahr 1999 in die sonstige Kapitalrücklage eingebrachten Darlehensansprüche in Höhe von ca. EUR 522 Mio. nicht vollwertig im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Frage der Aufrechnung gegen Verlustausgleichsansprüche gewesen. Die vom Bundesgerichtshof aufgestellten Anforderungen an die Konkretisierung von Ausgleichsansprüchen könnten bei einer Berücksichtigung auch der sonstigen Kapitalrücklagen unterlaufen werden.

Für ihre Auffassung hat die Gesellschaft ein einschlägiges Urteil des Bundesfinanzhofs (1. Senat, Urteil vom 8. Mai 2001 – I R 25/00) und zu der Streitfrage nach diesem Urteil erschienene, aktuelle rechtswissenschaftliche Literatur angeführt, welche eine Verwendung der sonstigen Kapitalrücklagen zur Gewinnabführung nach § 301 AktG oder zum Verlustausgleich nach § 302 AktG für unzulässig halten.

RREEF hat zur Abweisung des Anspruchs der Gesellschaft im Wesentlichen folgende Argumente vorgetragen: Der Beherrschungsvertrag habe die entsprechende Verwendung der sonstigen Kapitalrücklagen ausdrücklich vorgesehen. Die Hauptversammlung habe dem einstimmig zugestimmt. Die Regelung sei mit § 302 AktG vereinbar. Nach der Entstehungsgeschichte des § 302 Abs. 1 AktG erlaube dieser den Verlustausgleich mit allen „freien“, nicht nach § 150 Abs. 2 – 4 AktG gebundenen Rücklagen. Denn vormals habe die Vorschrift den Verlustausgleich mit allen freien Rücklagen erlaubt. Im Zuge der Änderung des § 302 AktG durch das Bilanzrichtliniengesetz 1985 habe der Gesetzgeber nur begriffliche Anpassungen vornehmen wollen (BT-Drucks. 10/4268). Vor der besagten Entscheidung des Bundesfinanzhofs sei in der rechtswissenschaftlichen Literatur deshalb weitgehend unstrittig gewesen, dass die sonstigen Kapitalrücklagen auch nach dem neu gefassten Text des § 302 AktG zum Verlustausgleich herangezogen werden dürften.

Dies alles sei auch Grundlage für die Einbringung der RREEF-Darlehen von EUR 522 Mio. in die Kapitalrücklage gewesen. Eine anderweitige Auslegung würde zu einer ungerechtfertigten „doppelten“ Inanspruchnahme von RREEF führen, weil die Einlage 1999 auch im Hinblick auf mögliche spätere Verluste der Gesellschaft geleistet worden sei. Sofern dies nicht gelten sollte, stünden RREEF wegen des verfehlten Zwecks der Einbringung und der Verwendung der sonstigen Kapitalrücklage Gegenansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung und Wegfall der Geschäftsgrundlage von bis zu EUR 522 Millionen, mindestens aber in Höhe der Klageforderung zu.

RREEF beruft sich für seine Rechtsposition unter anderem auf ein Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 29. Juni 1999 (5 U 251/97) sowie Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur, die eine Gleichstellung der sonstigen Kapitalrücklagen mit Gewinnrücklagen im Zusammenhang mit den §§ 301, 302 AktG bejahen. Zudem seien die Ansprüche der Gesellschaft aus den Jahren 1999 bis Juni 2006 zwar nicht verjährt (§ 302 Abs. 4 AktG), aber doch dadurch verwirkt, dass während der Dauer des Beherrschungsvertrages Vorstand und Aufsichtsrat der Gesellschaft die sonstigen Kapitalrücklagen in den Jahresabschlüssen zum Verlustausgleich einvernehmlich verwendet hätten und die Aktionäre im Zuge des Börsengangs 1999 durch den damaligen Verkaufsprospekt über den Inhalt des Beherrschungsvertrages

aufmerksam gemacht worden seien. Nachdem all dies unbeanstandet blieb, sei es rechtsmissbräuchlich, wenn die Gesellschaft nunmehr die Ansprüche geltend mache.

Das erstinstanzlich zuständige Landgericht Frankfurt am Main hat die maßgebliche Regelung des Beherrschungsvertrages für wirksam erachtet und die Klage der Gesellschaft vollumfänglich abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die sonstigen Kapitalrücklagen könnten jederzeit aufgelöst werden und nach § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG könnte dem herrschenden Unternehmen seine Einlage zurückgewährt werden. Deshalb seien die Einlagen als Mittel des herrschenden Unternehmens anzusehen und ihm zuzuordnen. Damit könnten sie für den Verlustausgleich schon im Einklang mit dem Wortlaut des § 302 AktG eingesetzt werden. Mit der Neufassung der §§ 301, 302 AktG durch das Bilanzrichtliniengesetz 1985 habe der Gesetzgeber die vorherige Rechtslage nicht ändern, sondern die Verwendbarkeit aller freien Rücklagen zur Einstellung in das Jahresergebnis beibehalten wollen. Jedenfalls dann, wenn die eingelegten Mittel ausschließlich vom herrschenden Unternehmen stammten und damit nach § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG auszahlbar gewesen wären, stünde die Verwendung zum Verlustausgleich im Einklang mit dem Sinn und Zweck des § 302 AktG. Die außenstehenden Aktionäre seien im Verkaufsprospekt auf die Möglichkeit der Verwendung aller freien Rücklagen hingewiesen worden und seien durch § 304 AktG ausreichend und abschließend geschützt.

Gegen dieses Urteil hat die Gesellschaft Berufung eingelegt, welche bei dem Oberlandesgericht Frankfurt am Main unter dem Aktenzeichen 5 U 99/11 anhängig ist. Die Gesellschaft ist der Auffassung, dass die Argumentation des Landgerichts Frankfurt in wesentlichen Punkten, insbesondere auch einer Zuordnung von Rücklagen zum herrschenden Unternehmen, der Bewertung der Rechtsprechung und rechtswissenschaftlichen Literatur sowie der grundsätzlichen Interpretation der §§ 57, 301 ff. AktG fehlerhaft sei. Mit der fristgerecht vorgelegten Berufungsbegründung hält sie an ihrer Auffassung fest, dass § 302 Abs. 1 AktG eine eindeutige und abschließende Regelung sei, die nicht durch § 304 AktG verdrängt werde und als zentrale Schutzvorschrift im Vertragskonzern nicht zugunsten des herrschenden Unternehmens analog angewendet werden könne.

RREEF hat auf die Berufungsbegründung der Gesellschaft noch nicht erwidert. Im Hinblick auf den verhandelten Vergleich wurde das Ruhen des Verfahrens angeordnet, um die Entscheidung der Hauptversammlung der Gesellschaft einzuholen.

Bei Wirksamwerden des Vergleichs erhalte die Gesellschaft eine Zahlung von RREEF in Höhe von EUR 20 Millionen zur Erledigung des Rechtsstreits. Im Gegenzug wäre sie

davon ausgeschlossen, die mit der Klage geltend gemachten Beträge einzufordern. Der wesentliche Inhalt des Vergleichs lautet:

- Die Gesellschaft verpflichtet sich, nach der Zustimmung der außenstehenden Aktionäre durch Sonderbeschluss und dem Ausbleiben einer Erhebung von Widersprüchen zur Niederschrift durch eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals erreicht (§ 302 Abs. 3 Satz 3 AktG), die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main (3-15 O 32/10) vom 8. August 2011 zurückzunehmen. Mit der Rücknahme der Berufung sind auch alle in dem Verfahren vor dem Landgericht Frankfurt am Main (3-15 O 32/10) von RREEF geltend gemachten Gegenansprüche erledigt. Ist die Rücknahme der Berufung nicht bis spätestens 31. Dezember 2013 erfolgt, gilt der Vergleich als nicht zustandegekommen.
- RREEF zahlt der Gesellschaft – ohne Anerkenntnis einer Rechtspflicht und ohne Präjudiz für den Fall der Fortsetzung des Rechtsstreits – binnen sieben Werktagen nach Zugang der Mitteilung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main, dass die Berufung zurückgenommen wurde, einen Betrag in Höhe von EUR 20 Mio. (in Worten: Euro zwanzig Millionen). Die Gesellschaft nimmt die Zahlung in dieser Höhe ohne Präjudiz für den Fall der Fortsetzung des Rechtsstreits entgegen.
- Jede Partei trägt ihre außergerichtlichen Kosten selbst; alle Gerichtskosten (erster und zweiter Instanz) werden hälftig geteilt (Kostenaufhebung). Die Parteien verzichten unwiderruflich auf die Stellung von Kostenanträgen.

Aus Sicht des Vorstands und des Aufsichtsrats sind im Hinblick auf den Abschluss des Vergleichs vor allem folgende rechtliche und wirtschaftliche Positionen der Gesellschaft abzuwägen:

Die Gesellschaft ist auch nach der Entscheidung des Landgerichts Frankfurt am Main der Auffassung, dass gute Gründe für ihre Rechtsposition sprechen. Aus diesem Grund wurde Berufung eingelegt. Wäre die Klage in letzter Instanz erfolgreich, könnte die Gesellschaft einen die Vergleichssumme erheblich übersteigenden Betrag, nämlich ca.

EUR 63 Millionen zuzüglich Zinsen in Höhe von mindestens 5% auf die jeweiligen Jahresfehlbeträge und jeweils ab dem jeweiligen Bilanzstichtag erzielen.

Demgegenüber steht die Erkenntnis einer Prozessniederlage in erster Instanz und die Tatsache, dass eine höchstrichterliche Entscheidung der streitgegenständlichen Rechtsfrage durch den letztinstanzlich zuständigen Bundesgerichtshof nicht vorliegt. Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main hat sich noch nicht zur Rechtslage geäußert. Es besteht keine Gewissheit über den Erfolg der Klage; denkbar und zu berücksichtigen ist auch die Möglichkeit einer vollständigen erneuten Niederlage. Der Ausgang des Berufungsverfahrens vor dem Oberlandesgericht Frankfurt am Main und eines sich gegebenenfalls anschließenden Revisionsverfahrens vor dem Bundesgerichtshof sind ungewisse Ereignisse. Die Prozessdauer könnte noch mehrere Jahre betragen und weitere erhebliche Prozesskosten verursachen. Während dieser Zeit hat die Gesellschaft die Chance, den Prozess vollständig zu gewinnen, und das Risiko, ihn vollständig zu verlieren. Angesichts der zu entscheidenden Rechtsfrage kann der Anspruch der Gesellschaft entweder nur vollständig durchgesetzt oder in Gänze zurückgewiesen werden.

Gegenüber der Fortführung des Prozesses mit einem auch bei Berücksichtigung guter Erfolgsaussichten angesichts insgesamt ungesicherter Rechtslage ungewiss bleibenden Prozessergebnis, halten es Vorstand und Aufsichtsrat für richtig, den mit RREEF ausgehandelten Vergleich abzuschließen und den Rechtsstreit beizulegen. Ohne weiteres Prozessrisiko werden der Gesellschaft mit Vollzug des Vergleichs EUR 20 Millionen zufließen. Der Vergleich und insbesondere die Höhe der Vergleichssumme ist das Ergebnis kontroverser Verhandlungen zwischen dem Vorstand der Gesellschaft und der Geschäftsführung von RREEF.

Vorstand und Aufsichtsrat empfehlen daher den Aktionären, dem Abschluss des Vergleichs zuzustimmen. Vorstand und Aufsichtsrat sind der Überzeugung, dass angesichts der realen Möglichkeit des vollständigen Scheiterns der Klage der durch den Vergleich gesicherte Zufluss an Barmitteln für die Gesellschaft vorteilhafter ist, als die Fortführung des Prozesses.

Der Vergleich wird jedoch nur wirksam, wenn die Aktionäre der Gesellschaft ihm durch Sonderbeschluss zustimmen und nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhebt.

Zur Teilnahme an dieser gesonderten Beschlussfassung sind alle außenstehenden Aktionäre, d. h. Aktionäre, die nicht Vertragspartei des vorgenannten Beherrschungsvertrages waren, mithin alle Aktionäre, ausgenommen RREEF sowie von dieser abhängige Unternehmen, berechtigt. Der Sonderbeschluss bedarf der Zustimmung der einfachen Mehrheit der bei der Beschlussfassung vertretenen außenstehenden Aktionäre.

Der Vorstand



Michael Zahn



Helmut Ullrich



Lars Wittan