
Datum: 28.05.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 108/07
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:0528.18U108.07.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 1 O 552/05
Schlagworte: Prospekthaftung; Umplatzierung von Aktien
Normen: AktG §57; AktG 311

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin das am 1.6.2007 verkündete Grundurteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Bonn - 1 O 552/05 - abgeändert und die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf über 30 Millionen Euro festgesetzt.

Die Revision wird zugelassen.

I.	2
Die Klägerin verlangt von den Beklagten Ersatz der ihr im Zusammenhang mit einer in den USA anhängig gewesen Sammelklage wegen Prospekthaftung entstandenen Kosten (Zahlung der Vergleichssumme sowie Kosten der Rechtsverteidigung).	3
1. Die Klägerin ist eine mit Wirkung zum 1.1.1995 aus der E C U hervorgegangene, börsennotierte Aktiengesellschaft, deren Aktien zunächst von der Beklagten zu 1) gehalten worden waren. In zwei Börsengängen am 18.11.1996 (DT 1) und 28.6.1999 (DT 2) hatte die Klägerin neue Aktien aus Kapitalerhöhungen an den internationalen Kapitalmärkten platziert.	4
Beim sog. 3. Börsengang der Klägerin am 19.6.2000 (DT 3) wurden 200 Millionen Aktien der Klägerin, die von der Beklagten zu 2) - nach dem Vortrag der Klägerin treuhänderisch für die Beklagte zu 1) - gehalten wurden, an Anleger in Europa, den USA (dort als sog. American Depositary Shares, ADS), Kanada und Asien verkauft (sog. Secondary Public Offering oder Umplatzierung, da die Aktien bereits an den Börsen platziert waren). In einem im Vorfeld des zweiten Börsenganges getroffenen Agreement vom 16.6.1999 (Anl. K 1) erklärte die Klägerin ihre Bereitschaft, den Verkauf der Aktien der Beklagten zu 2) dadurch zu fördern, dass sie für den ggfs. erforderlichen Verkaufsprospekt und sonstige Unterlagen die die Gesellschaft betreffenden Informationsbeiträge unentgeltlich und kostenerstattungsfrei leistet und hinsichtlich dieser Beiträge die Verantwortung für die inhaltliche Richtigkeit, Vollständigkeit und Klarheit übernimmt. Die Verkaufsprospekte für Deutschland und die USA erstellte die Klägerin, die auch die Prospektverantwortung gegenüber den Anlegern trug. Außerdem unterzeichnete sie in den USA eine sog. Registrierungserklärung (Registration Statement), die nach amerikanischem Recht Voraussetzung für den öffentlichen Verkauf der Aktien in den USA ist. Eine von der Klägerin angestrebte Vereinbarung mit den Beklagten über die Freistellung im Innenverhältnis von eventuellen Schadensersatzansprüchen von Anlegern aus Prospekthaftung kam nicht zustande.	5
Nach dem zwischen den Beklagten, der Klägerin und den Konsortialbanken geschlossenen "DT 3 - Globalen Übernahmevertrag" vom 17.6.2000 übernahm jeder Beteiligte im Innenverhältnis die Prospektverantwortung für die ihn betreffenden Prospektangaben. Sofern Ansprüche, Verluste oder Schäden auf Angaben, die in mehreren Abschnitten der Angebotsunterlagen enthalten sind, beruhen sollten, sollten "mehrere Haftungsverpflichtete einander als Einzelschuldner nach Verantwortungsquoten" haften (Art. 9 (1) letzter Satz). Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf Art. 9 des Globalen Übernahmevertrages (Anl. K 3) verwiesen.	6
Die Klägerin wurde von Anlegern im Rahmen einer Sammelklage in den USA auf Schadensersatz wegen unrichtiger bzw. unzureichender Prospektangaben in Anspruch genommen. Ihr wurden unzureichende Angaben in dem Prospekt zu den seinerzeit geführten Verhandlungen über die kurze Zeit nach dem 3. Börsengang erfolgte Übernahme des US-amerikanischen Mobilfunkunternehmens WT X Corporation (WT) sowie eine zu hohe Bewertung ihres Immobilienbesitzes in den Bilanzen vorgeworfen. Am 28.1.2005 schloss die Klägerin in dem Sammelverfahren einen Vergleich, durch den sie sich zur Zahlung von 120 Millionen US-Dollar (95.352.140,03 €) an die dortigen Kläger verpflichtete. Diesen Vergleichsbetrag sowie die ihr zur Rechtsverteidigung entstandenen Kosten, die sich nach ihrem von den Beklagten bestrittenen Vortrag auf 17.233.412,76 € belaufen, verlangt sie von den Beklagten ersetzt, insgesamt mithin 112.585.552,79 €.	7
Die Klägerin stützt die Klage auf Auftrag, hilfsweise Geschäftsführung ohne Auftrag, auf unzulässige Einlagenrückerstattung (§§ 57, 62 AktG) sowie hilfsweise auf konzernrechtliche	8

Ansprüche (§§ 317 Abs. 1, 311 Abs. 1 AktG). Sie habe die Prospektverantwortung alleine auf Veranlassung und im Interesse der Beklagten übernommen, denen auch alleine der Erlös aus der Umplatzierung in Höhe von ca. 13 Mrd. Euro zugeflossen sei.

Die Beklagten wenden im Wesentlichen ein, der dritte Börsengang habe auch im Interesse der Klägerin gelegen, so dass diese die Prospekterstellung im eigenen Interesse und in eigener Verantwortung übernommen habe. Eventuelle Fehler des Prospektes, die zu einer Haftung gegenüber Anlegern führten, stammten aus dem Verantwortungsbereich der Klägerin und seien von ihr zu vertreten. Die Übernahme der Prospekthaftung stelle sich daher weder als Geschäftsbesorgung für die Beklagten noch als Einlagenrückgewähr dar. Vertragliche Erstattungsansprüche seien nach dem Agreement und dem Globalen Übernahmevertrag ausgeschlossen. Konzernrechtliche Ansprüche gegen die Beklagte zu 1) scheiterten daran, dass sie die Klägerin nicht zu einer nachteiligen Maßnahme veranlasst habe, konzernrechtliche Ansprüche gegen die Beklagten zu 2) schon am Fehlen eines Konzernverhältnisses. 9

Das Landgericht hat den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und in den Entscheidungsgründen ausgeführt, dass der Klägerin ein Anspruch aus §§ 57, 62 AktG in Höhe des objektiven Wertes des übernommenen Prospektrisikos zustehe. Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands, auch der in 1. Instanz gestellten Anträge, wird auf das angefochtene Grundurteil des Landgerichts Bezug genommen. Gegen dieses Urteil wenden sich beide Parteien mit ihren selbständigen Berufungen. 10

2. Die Beklagten erstreben mit ihrer Berufung die Abweisung der Klage. 11

In verfahrensrechtlicher Hinsicht rügen die Beklagten, dass das Landgericht der Klägerin etwas zugesprochen, was diese gar nicht beantragt habe (Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin habe Ersatz der ihr im Zusammenhang mit der Sammelklage entstandenen Aufwendungen verlangt, das Landgericht habe ihr dagegen Wertersatz für den abstrakten Wert ihrer Einstandspflicht zugesprochen. Das Landgericht habe auch nicht hinreichend deutlich gemacht, welche Fragen es mit Bindungswirkung im Grundurteil entschieden und welche es dem Betragsverfahren vorbehalten habe. Es hätte die Frage, ob in Höhe der von der Versicherung geleisteten Zahlung überhaupt ein Schaden vorliege, ebenso im Grundurteil prüfen müssen wie die Bedeutung des Verschuldens der Klägerin bei der Erstellung des Prospektes. Ferner hätte das Landgericht sich mit allen von der Klägerin geltend gemachten Anspruchsgrundlagen auseinandersetzen müssen, da hinsichtlich der verschiedenen Ansprüche ggfs. unterschiedliche Einwendungen bestünden. 12

Die Beklagten wenden sich gegen die Ansicht des Landgerichts, dass in der Mitwirkung der Klägerin an DT 3 eine unzulässige Einlagenrückgewähr im Sinne von § 57 AktG liege. 13

Die Kapitalmarkthaftung gehe nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (NJW 2005, 2450, 2452 "EM.TV") § 57 AktG vor, und zwar auch im Verhältnis zu dem die Aktien verkaufenden Aktionär. 14

Darüber hinaus fehle es auch an einer vermögenswerten Leistung der Klägerin. Ihre Haftung beruhe nicht auf einer rechtsgeschäftlichen Übernahme, sondern unmittelbar auf den amerikanischen Vorschriften. Das öffentliche Angebot von Aktien in den USA auch an Privatanleger setze voraus, dass der Emittent der Aktien - mithin die Klägerin - eine Registrierungserklärung (Registration Statement) unterschreibe, aus der sich die Haftung für die Richtigkeit des der Registrierungserklärung zugrundeliegenden Prospektes ergebe. Im 15

Übrigen hätten sich dieselben Angaben wie in dem Verkaufsprospekt auch aus den in den USA vorgeschriebenen periodischen Berichten ergeben, die die Klägerin schon vor dem fraglichen Börsengang hätte abgeben müssen. Die Mitwirkung der Klägerin an dem Angebot in den USA habe nur zu einer zeitlichen Verlagerung der Veröffentlichung der fraglichen Angaben geführt. Eine Einlagenrückgewähr wegen Eingehens einer verschuldensunabhängigen Haftung könnte darüber hinaus nur dann begründet werden, wenn das Angebot der Aktien an Privatanleger in den USA für die Beklagte von Vorteil gewesen wäre. Einen solchen Vorteil habe das Landgericht indes nicht festgestellt. Hiermit seien vielmehr die strategischen Ziele der Klägerin gefördert worden. Auch liege in der "Übernahme der Prospekthaftung" keine "Verwendung des Gesellschaftsvermögens". Die Klägerin habe keine Schuld der Beklagten erfüllt oder übernommen, sondern nur ihre eigene Haftung. Hinsichtlich der von ihr nicht zu verantwortenden Prospektteile sei ihr die Haftung im Innenverhältnis abgenommen worden, hinsichtlich der in ihrer Verantwortung liegenden Prospektteile hätte sie jedes Risiko durch vollständige und richtige Offenlegung vermeiden können.

Jedenfalls sei eine eventuelle Zuwendung der Klägerin durch ihre eigenen Interessen an DT 3 und die von den Beklagten geleisteten Beiträge und Vorleistungen hinreichend kompensiert. Maßgebendes Kriterium sei, ob ein verantwortlich handelnder Geschäftsleiter unter Berücksichtigung der Gesamtumstände ein solches Geschäft auch mit einem unverbundenen Dritten abgeschlossen hätte. Im Rahmen der dabei anzustellenden wirtschaftlichen Gesamtschau sei zu prüfen, ob die beiderseits erbrachten Leistungen äquivalent seien oder ein objektives Missverhältnis zum Nachteil der Aktiengesellschaft bestehe. Ein solches Missverhältnis liege nicht vor: Das Landgericht habe das substantielle Eigeninteresse der Klägerin an dem Angebot DT 3 unberücksichtigt gelassen und die von ihm erwähnten Interessen unrichtig gewürdigt. Das Angebot DT 3 sei eine "gemeinsame Veranstaltung" der Parteien gewesen. Das öffentliche Angebot der Aktien habe zu einer Verbreiterung der Aktionärsbasis, insbesondere auch bei US-amerikanischen Privatanlegern geführt. Ein erhebliches Eigeninteresse der Klägerin habe in der Verschränkung von DT 3 mit der WT-Übernahme gelegen. Ein wesentlicher Teil des Kaufpreises habe in Aktien erbracht werden sollen, hierfür sei DT 3 unabdingbare Voraussetzung gewesen, um die Aktien der Klägerin als Akquisitionswährung auf dem amerikanischen Kapitalmarkt zu positionieren. Umgekehrt hätten sie - die Beklagten - kein besonderes Interesse daran gehabt, dass die Aktien auch in den USA angeboten worden seien. Allein von Privatanlegern aus Europa und Japan seien mehr als 150 % der angebotenen Aktien gezeichnet worden. Die umfangreiche Werbekampagne, deren Kosten von 71,7 Mio. € allein die Beklagte zu 2) getragen habe, habe das Landgericht in unzulässiger Weise bagatellisiert. DT 3 sei eingebunden gewesen in die Kampagne "T3", dem geplanten Börsengang von X-P und V-N. Darüber hinaus habe die Beklagte zu 2) durch DT 3 einen wesentlichen Beitrag zur Trennung der Klägerin von G V geleistet, indem sie ca. 54 Mio. Aktien der Klägerin von der G V übernommen habe (was Voraussetzung dafür gewesen sei, dass die Klägerin ihre Aktien an G V dieser habe andienen können), so dass sie letztlich ca. 25 % weniger Aktien (200 Mio. Aktien - 54 Mio. Aktien) veräußert habe. Damit sei mittelbar der Erlös aus DT 3 auch der Klägerin zugute gekommen.

Das Landgericht habe auch die von ihnen erbrachten Vorleistungen im Rahmen von DT 1 und 2 zu Unrecht nicht berücksichtigt. Besondere Bedeutung komme dabei dem im Rahmen von DT 2 erklärten Verzicht auf die Ausübung des Bezugsrechts zu, der es der Klägerin ermöglicht habe, im Rahmen der Platzierung ihrer Aktien aus der Kapitalerhöhung Privatanlegern einen Sonderrabatt anzubieten.

Die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung werde durch den Abhängigkeitsbericht bestätigt, dessen Vorlage nach § 142 ZPO die Beklagten beantragen. Dieser bringe nicht nur die entsprechende Rechtsauffassung des Vorstands und der Abschlussprüfer zum Ausdruck, sondern beurteile die Transaktion nach kaufmännischen Kriterien.

Die Beklagten beanstanden ferner die Ausführungen des Landgerichts zur Bemessung eines etwaigen Anspruchs der Klägerin. Die "erbrachte Leistung" liege nicht in der Übernahme der Prospekthaftung, sondern allenfalls in der Beisteuerung der sie selbst beschreibenden Teile des Prospektes und ihrer Einstandspflicht für deren Richtigkeit und Vollständigkeit. Allenfalls dieser Wert sei zu erstatten. 19

Das Urteil sei auch nicht aus anderen Gründen richtig. 20

Vertragliche Freistellungs- und Erstattungsansprüche seien aufgrund der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen ausgeschlossen. Das sei zwar nicht ausdrücklich vereinbart worden, ergebe sich aber aus der Auslegung von Ziff. 2 des Agreements, welches entgegen der Ansicht des Landgerichts auch das Innenverhältnis betreffe. Der globale Übernahmevertrag regle ebenfalls, dass jede Partei im Innenverhältnis die Verantwortung für die von ihr beigesteuerten Teile des Prospektes trage. 21

Die Rechtsbeziehungen der Parteien seien nicht als Auftrag oder Geschäftsbesorgung zu qualifizieren. Vielmehr handle es sich bei DT 3 um eine "gemeinsame Veranstaltung" der Parteien im beiderseitigen Interesse, vergleichbar einer BGB-Gesellschaft. Eine selbst verschuldete Schadensersatzpflicht falle auch nicht unter die nach § 670 BGB zu erstattenden Aufwendungen. 22

Auch konzernrechtliche Ansprüche bestünden nicht, da keine nachteilige Maßnahme vorliege. Zu beurteilen sei nicht die "Übernahme der Prospekthaftung", sondern das Angebot der Aktien in den USA. Überdies habe die Beklagte zu 1) diese Maßnahme nicht veranlasst. Konkreter Grund für die Sammelklage sei nicht das Angebot in den USA oder die Existenz des Prospekts gewesen, sondern dessen Inhalt, für den die Klägerin alleine verantwortlich sei. 23

Schließlich stellen die Beklagten klar, dass die hilfsweise Aufrechnung mit Ansprüchen wegen Schlechterstellung des Prospektes gegenüber allen Anspruchsgrundlagen erklärt werde. Der Prospekt sei zwar weder unrichtig noch habe er den amerikanischen Rechtsvorschriften nicht entsprochen. Die Klägerin habe aber bei Erstellung des Prospektes ihre Sorgfaltspflichten verletzt, indem sie die sie bei der Prospekterstellung beratenden amerikanischen Rechtsanwälte nicht hinreichend über den Stand der WT-Verhandlungen informiert habe, wie die Beweisaufnahme in dem anhängigen Musterklageverfahren deutscher Anleger gegen die Parteien vor dem Oberlandesgericht Frankfurt ergeben habe. Angesichts der Besonderheiten des US-amerikanischen Verfahrensrechts wäre es geboten gewesen, den sichersten Weg zu gehen, um Angriffsflächen zu vermeiden. 24

Die Beklagten beantragen, 25

das Urteil des Landgerichts Bonn vom 1.6.2007 (1 O 552/05) abzuändern und die Klage kostenpflichtig abzuweisen. 26

Die Klägerin beantragt, 27

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 28

- Das Landgericht habe ihr nicht etwas zugesprochen, was sie nicht beantragt habe, sondern weiche lediglich bei der Bewertung des Wertes der zurückzugewährenden Leistung von ihrem Vortrag ab. Der zugrunde liegende Lebenssachverhalt ändere sich durch nicht. 29
- Das Landgericht habe auch den Anspruch aus §§ 62, 57 AktG zu Recht dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. 30
- Entgegen der Ansicht der Beklagten liege der Beitrag der Klägerin nicht lediglich darin, dass sie die Informationen für den Prospekt zur Verfügung gestellt habe. Vielmehr hätten die Beklagten ohne die Übernahme der nach amerikanischem Recht verschuldensunabhängigen Haftung keine Möglichkeit gehabt, die Aktien auf dem US-Kapitalmarkt zu platzieren. Es gehe daher um Information und Haftung. 31
- Für den Verstoß gegen § 57 AktG komme es nur darauf an, ob einzelne Aktionäre durch eine Maßnahme der Gesellschaft im Ergebnis - direkt oder indirekt - einen Vorteil erlangt haben, ohne dass dem eine äquivalente Gegenleistung gegenüberstehe. Das sei allein nach dem Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung zu beurteilen. Mit der Übernahme der Prospekthaftung sei sie - die Klägerin - ein exorbitantes Haftungsrisiko eingegangen, ohne hierfür einen Ausgleich in Form einer Haftungsfreistellung im Innenverhältnis (unter der Prämisse des Landgerichts, dass ein Anspruch aus Auftragsrecht nicht bestehe) oder einer Beteiligung am Erlös erhalten zu haben. Der vorliegende Fall (die Haftungsübernahme gegenüber Privatanlegern) sei vergleichbar mit der Übernahme von Garantien im Zusammenhang mit einem Verkauf des Aktienpakets an einen oder mehrere Großinvestoren, die einen klaren Verstoß gegen § 57 AktG darstelle. 32
- Das Landgericht habe die von den Beklagten behaupteten Eigeninteressen zutreffend für rechtlich nicht erheblich angesehen. Im Rahmen von §§ 57, 62 AktG könnten lediglich konkret bezifferbare Vorteile berücksichtigt werden. Solche Vorteile hätten die Beklagten nicht vorgetragen. 33
- Zudem bestünden auch die von den Beklagten geltend gemachten Eigeninteressen nicht. Sie - die Klägerin - sei zwar in DT 3 einbezogen gewesen, dies mache DT 3 aber nicht zu einer "gemeinsamen Veranstaltung" der Parteien. Sie sei auch durchaus interessiert daran gewesen, DT 3 in eine einheitliche Marketingkampagne zu ihren eigenen Kapitalmarktaktivitäten im Jahr 2000 (X-P und V-N) einzubinden, daraus folge aber nicht, dass DT 3 primär ihren eigenen Interessen gedient habe. 34
- Der Rückerwerb der Aktien der G V (Auflösung der Überkreuzbeteiligung) habe gerade auch im Interesse der Beklagten gelegen, um "erheblichen Marktstörungen durch unkoordinierte Verkäufe seitens G V" vorzubeugen. Ein anrechenbarer Vorteil liege auch nicht in der Verschränkung von DT 3 mit der WT Akquisition. Ihr habe ausreichend genehmigtes Kapital zur Verfügung gestanden, hieraus sei die WT-Akquisition auch erfolgt. Das Angebot der Aktien auf dem US-Markt und an Privatanleger in den USA sei nicht auf ihr Verlangen erfolgt und habe auch nicht in ihrem alleinigen Interesse gelegen, sondern sei die logische Fortsetzung der mit DT 1 und 2 verfolgten Ziele gewesen und zu keinem Zeitpunkt von einem der Beteiligten in Frage gestellt worden. Ihre Präsenz auf dem amerikanischen Kapitalmarkt habe sich - gemessen an ihrem gesamten Kapital - durch DT 3 nicht wesentlich erhöht. Ob in der Rückschau die Aktien auch auf anderen Märkten hätten verkauft werden können, sei rechtlich unerheblich. Das Landgericht habe völlig zu Recht festgestellt, dass die Einbindung von DT 3 in ihre Werbekampagnen hinter das weit überwiegende Interesse der Beklagten an der Umplatzierung der Aktien zurücktrete und es auf die Marketingkosten der Beklagten nicht ankomme. Die Kosten der "Dachkampagne" T³ habe sie - die Klägerin - alleine getragen, die 35

Beklagten hätten lediglich die Kosten für DT 3-spezifische Werbeaufwendungen getragen. Die Aussage des Vorstands im Abhängigkeitsbericht sei aus damaliger Sicht nicht unzutreffend gewesen, weil er vom Bestehen eines Regressanspruchs habe ausgehen können. Damit erweise sich auch die Abwägung des Landgerichts als zutreffend.

Das gleiche gelte für die "Vorleistungen" der Beklagten. Die Prospekthaftung stelle keine Gegenleistung für den Bezugsrechtsverzicht bei DT 2 dar. Auch im Bezugsrechtsverzicht liege im Übrigen kein konkreter, bezifferbarer Vorteil. Zum einen habe sie sich seinerzeit verpflichtet, den Vorteil aus einem Handel mit Bezugsrechten an die Beklagte auszukehren, zum anderen habe sich ein solcher Vorteil bei DT 2 nicht realisiert. Zur Ausübung des Bezugsrechts wären die Beklagten ohnehin nicht berechtigt gewesen, da dies dem Privatisierungsauftrag des Grundgesetzes widersprochen hätte.

36

Die Frage eines eventuellen Verschuldens sei für den Anspruch aus §§ 57, 62 AktG irrelevant. Unabhängig davon treffe sie kein Verschulden, da der Prospekt richtig und nicht in irreführender Weise unvollständig gewesen sei. Insoweit nimmt die Klägerin Bezug auf ihr erstinstanzliches Vorbringen. Weder habe sie die Verhandlungen mit WT bewusst so ausgerichtet, dass sie alsbald nach DT 3 zur Entscheidung kommen würden, noch habe sie ihre US-Anwälte unvollständig über den Stand der Verhandlungen informiert oder deren Beratung missachtet.

37

Die Beklagten hätten in erster Instanz die Aufrechnung nur gegenüber Ansprüchen aus Auftrag erklärt, der jetzigen Erweiterung in der Berufung werde widersprochen. Der Anspruch aus §§ 57, 62 AktG unterliege einem Aufrechnungsverbot. Im Übrigen stünden den Beklagten schon mangels Verschuldens keine Schadensersatzansprüche zu.

38

Zum Inhalt des Anspruchs und den übrigen Anspruchsgrundlage verweist die Klägerin auf ihre eigenen Berufungsbegründungen.

39

3. Die Klägerin wendet sich mit ihrer Berufung dagegen, dass das Landgericht nicht zu allen Anspruchsgrundlagen Stellung genommen habe, sowie insbesondere dagegen, dass es als Wert der Leistung im Sinne der §§ 57, 62 AktG nicht die im Zusammenhang mit der Sammelklage in den USA entstandenen Aufwendungen (d.h. die Vergleichssumme und aufgewandten Rechtsberatkungskosten), sondern (nur) den Betrag ansehe, den die Beklagten hätten aufwenden müssen, wenn ein Dritter die Prospektverantwortung übernommen hätte. Die Ausführungen des Landgerichts beruhten auf einem falschen Verständnis des Rückgewähranspruchs aus § 62 AktG. Durch die Rückgewähr sei das Gesellschaftsvermögen so wiederherzustellen, wie es ohne die verbotene Leistung der Gesellschaft bestanden hätte. Ohne die Übernahme des Prospekthaftungsrisikos hätte die Klägerin aber in den USA nicht verklagt werden können. Das Landgericht ziehe zu Recht die Parallele zur Sicherheitenbestellung, die von der ganz herrschenden Meinung auch bei Zahlung einer Avalprovision als Verstoß gegen § 57 AktG angesehen werde. So wie im Falle der Sicherheitenbestellung anerkannt sei, dass der begünstigte Aktionär die Gesellschaft von einer Inanspruchnahme freizustellen habe, müssten auch die Beklagten, denen der Erlös aus DT 3 zugeflossen sei, die Klägerin von den negativen finanziellen Auswirkungen ihrer Prospekthaftungsübernahme freistellen. Mit Zahlung des Vergleichsbetrages habe sich der Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch umgewandelt. Nur ein solcher Freistellungsanspruch stelle eine angemessene Gegenleistung dar, so dass auch die von den Beklagten behaupteten Vorleistungen sowie Förderung der eigenen Interessen der Klägerin unbeachtlich seien. Auf den Wert des Haftungsrisikos komme es nur für die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 57 AktG an - also für die Frage der gleichwertigen Gegenleistung -, nicht aber für die Rechtsfolge.

40

Entgegen der Ansicht des Landgerichts sei auch der Anspruch aus § 670 BGB nicht nur auf Ersatz des abstrakten Wertes des Haftungsrisikos gerichtet. Vielmehr seien die im Zusammenhang mit der Sammelklage in den USA entstandenen Aufwendungen erforderlich gewesen, weil sie - die Klägerin - ein verschuldensunabhängiges Haftungsrisiko eingegangen sei (die Haftung nach amerikanischem Recht setze voraus, dass der Prospekt unrichtig ist, nicht aber, dass den Verantwortlichen hieran ein Verschulden treffe) und zur Abwendung eines deutlich höheren Haftungsrisikos den Vergleich habe abschließen müssen. Die Klägerin behauptet hierzu, der Prospekt sei ordnungsgemäß und fehlerfrei erstellt worden und verweist auf ihren erstinstanzlichen Vortrag. Den Vergleich habe sie im Hinblick auf die unkalkulierbaren Risiken eines Rechtsstreits in den USA vor einer Laienjury abgeschlossen. Die Aufwendungen seien zumindest nach den Grundsätzen über sog. risikoimmanente Begleitschäden entsprechend § 670 BGB zu ersetzen. 41

Schließlich habe das Landgericht die Prüfung der konzernrechtlichen Ansprüche aus §§ 311, 317 AktG versäumt. Diese Ansprüche seien auf Ersatz des ihr entstandenen Schadens gerichtet, hierfür spiele der objektive Wert des übernommenen Haftungsrisikos keine Rolle. Der Anspruch richte sich gegen beide Beklagte. Die herrschende Stellung der Beklagten zu 2) folge daraus, dass diese sie - die Klägerin - gemeinsam mit der Beklagten zu 1) im Sinne eines "Gemeinschaftsunternehmens" beherrsche. Die hierfür erforderliche Interessenkoordination ergebe sich aus den sog. Platzhalterverträgen. Danach habe die Beklagte zu 2) vor Ausübung ihres Stimmrechts aus den ihr übertragenen Aktien die Beklagte zu 1) mit dem Ziel einer einvernehmlichen Stimmrechtsausübung zu konsultieren. 42

Die Klägerin beantragt, 43

das Grundurteil des Landgerichts Bonn vom 1.6.2007 dahingehend abzuändern, dass der Anspruch der Klägerin auf Ersatz der aufgrund des Vergleichs in den US-Prospekthaftungsverfahren geleisteten Zahlungen sowie der im Hinblick auf diese Rechtsstreitigkeiten angefallenen Rechtsverteidigungskosten dem Grunde nach gerechtfertigt ist, und in diesem Zusammenhang klarzustellen, dass der Anspruch der Klägerin nicht auf Zahlung eines Betrages beschränkt ist, der dem Verkehrswert der Haftungsübernahme durch einen Dritten entspricht. 44

Die Beklagten beantragen, 45

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen. 46

Sie halten die Berufung der Klägerin schon deshalb für unbegründet, weil kein Anspruch bestehe. Im Übrigen sei der Anspruch aus §§ 57, 62 AktG auf die Rückgewähr des Erlangten gerichtet. Sie - die Beklagten - hätten den Vergleichsbetrag und die Rechtsverteidigungskosten aber nicht erlangt. Die Klägerin verwechsle Rückgewähr mit Schadensersatz. Sie seien durch die Klägerin auch - anders als bei Stellung einer Sicherheit - nicht von einer Schuld befreit worden, denn ihnen gegenüber hätten die Anleger keine Ansprüche gehabt. Außerdem sei die Klägerin für die von ihr beigesteuerten Teile des Prospektes ohnehin selbst verantwortlich, was sich auch aus Art. 9 des zwischen den Parteien und den Konsortialbanken geschlossenen Globalen Übernahmevertrages vom 17.6.2000 (Anl. K 3) ergebe. Maßgebend für den Wert der übernommenen Prospekthaftung sei daher der Betrag, den ein Dritter für die Übernahme der Prospekthaftung verlangen würde, wenn er für den Fall einer von der Klägerin zu vertretenden Fehlerhaftigkeit oder Angreifbarkeit des Prospektes verlangen könnte, von der Klägerin freigestellt zu werden. Ansprüche aus Auftragsrecht oder §§ 311, 317 AktG bestünden - wie in der eigenen Berufungsbegründung dargelegt - ebenfalls nicht. 47

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien und die von ihnen vorgelegten Unterlagen Bezug genommen.	48
II.	49
Die Berufung der Klägerin ist unbegründet, die Berufung der Beklagten dagegen begründet. Der Klägerin stehen keine Ansprüche auf Ersatz ihrer im Zusammenhang mit der Sammelklage in den USA entstandenen Aufwendungen bzw. des abstrakten Wertes des eingegangenen Prospekthaftungsrisikos zu.	50
1. Ein vertraglicher Anspruch der Klägerin auf Ersatz der geltend gemachten Aufwendungen besteht nicht. Die Parteien haben keine vertragliche Regelung über eine Freistellung der Klägerin im Falle ihrer Inanspruchnahme aus Prospekthaftung getroffen. Ein Aufwendungsersatzanspruch lässt sich auch weder aus Auftrag (§ 670 BGB) noch den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683 S. 1, 670 BGB) herleiten.	51
Auf das Schuldverhältnis zwischen den Parteien finden die bis zum 31.12.2001 geltenden Vorschriften Anwendung, Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB.	52
1.1. Eine ausdrückliche Vereinbarung über die Freistellung der Klägerin oder den Ausschluss der Freistellung der Klägerin haben die Parteien nach ihrem übereinstimmenden Vorbringen nicht getroffen, wie sie im Termin vom 2.4.2009 klargestellt haben. Über die von der Klägerin angestrebte Freistellungsvereinbarung im Innenverhältnis haben die Parteien keine Einigung erzielt. Dass durch die getroffenen Vereinbarungen nach dem damaligen übereinstimmenden Verständnis der Parteien ein Freistellungs- oder Ersatzanspruch im Innenverhältnis ausgeschlossen sein sollte, tragen die Beklagten nicht vor.	53
Ob sich - wie von den Beklagten geltend gemacht - dem Agreement vom 16.6.1999 oder dem Globalen Übernahmevertrag vom 17.6.2000 durch Auslegung ein Ausschluss der Freistellung der Klägerin von ihrer im Außenverhältnis bestehenden Prospekthaftung entnehmen lässt, ist zweifelhaft. Dem Agreement lässt sich eine Regelung der Haftung im Innenverhältnis nicht hinreichend deutlich entnehmen. Der Globale Übernahmevertrag enthält zwar in Art. 9 (1) die Regelung, dass jede Partei im Innenverhältnis die Haftung für die sie betreffenden Prospektangaben zu tragen hat. Der Vertrag regelt aber die Haftungsfrage nur im Verhältnis zu den Konsortialbanken. Zudem enthält Art. 9 (4) die ausdrückliche Klarstellung, dass die Regelungen in Art. 9 Haftungsansprüche aus anderen Rechtsgründen nicht berühren. Die Frage kann aber offen bleiben, da ein vertraglicher Freistellungsanspruch unabhängig von einer eventuellen Ausschlussvereinbarung nicht besteht.	54
1.2. Ein Freistellungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagten ergibt sich nicht aus § 670 BGB.	55
Es kann dahinstehen, ob das Verhältnis zwischen den Parteien sich nach Auftragsrecht richtet und die Mitwirkung der Klägerin am Verkaufsprospekt und die damit einhergehende Eingehung des Prospekthaftungsrisikos als Geschäftsbesorgung für die Beklagten im Sinne von § 675 BGB anzusehen ist. Die im Rahmen der Sammelklage in den USA der Klägerin entstandenen Kosten (Vergleichsbetrag und Rechtsverteidigungskosten) gehören jedenfalls nicht zu den nach § 670 BGB zu erstattenden Aufwendungen.	56
Nach § 670 BGB kann der Beauftragte vom Auftraggeber Ersatz der ihm zum Zwecke der Ausführung des Auftrags entstandenen Aufwendungen verlangen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Die Vorschrift ist auch auf die entgeltliche	57

Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) und im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 BGB) entsprechend anwendbar.

1.2.1. Unter den Begriff der Aufwendungen fallen freiwillige oder auf Weisung des Auftraggebers erfolgte Vermögensopfer (Palandt/*Sprau*, BGB, 68. Aufl., § 670 Rn 3; Ehrmann/*Ehmann*, BGB, 12. Aufl., § 670 Rn 5 und 3; Czub, in: Beck'scher OK-BGB, § 670 Rn 5; PWW/*Fehrenbacher*, BGB, 4. Aufl., § 670 Rn 3) sowie notwendige Folgen der Ausführung des Auftrags (Palandt/*Sprau*, a.a.O., § 670 Rn 3). Die der Klägerin im Zusammenhang mit der Sammelklage in den USA entstandenen Kosten sind keine Aufwendungen in diesem Sinne. 58

Der Vergleichsbetrag und die Rechtsverteidigungskosten sind keine freiwillig eingegangenen Verpflichtungen, sondern Folge der Inanspruchnahme der Klägerin aus ihrer gesetzlichen Haftung für eventuelle Unrichtigkeiten des Prospekts. 59

Die Freiwilligkeit lässt sich nicht daraus herleiten, dass die Zahlung an die Sammelkläger im Rahmen eines Vergleichs erfolgt ist. Grund der Zahlung ist die Inanspruchnahme durch die Sammelkläger und das damit verbundene Risiko einer Verurteilung der Klägerin, nicht der Vergleichsabschluss. Die rechtliche Qualifikation der Zahlungen als Aufwendung hängt nicht davon ab, ob die Klägerin zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt wird oder die Zahlung im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs leistet. 60

Zudem erfolgte der Abschluss des Vergleichs auch nicht zum Zwecke der Ausführung des Auftrages. Sofern überhaupt ein Auftrag vorlag, war dieser nicht auf die Befriedigung der Ansprüche der klagenden Aktionäre gerichtet, sondern auf die Mitwirkung an der Platzierung der Aktien. 61

Die Eingehung des Prospekthaftungsrisikos durch die Mitwirkung der Klägerin am Prospekt und die Abgabe der Registrierungserklärung ist ebenfalls keine Aufwendung im Sinne von § 670 BGB. Zwar kann eine Aufwendung auch in der Übernahme einer Verbindlichkeit gesehen werden. Die Klägerin ist durch ihre Mitwirkung am Prospekt aber keine Verbindlichkeit eingegangen. Sie hat nicht durch Rechtsgeschäft die im Innen- oder Außenverhältnis an sich die Beklagten zu 2) als Verkäuferin der Aktien betreffende Haftung übernommen, sondern unterlag als das die Aktien herausgebende Unternehmen der gesetzlichen Prospekthaftung nach den amerikanischen Rechtsvorschriften. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass nach amerikanischem Recht Aktien in den USA nur an Privatanleger verkauft werden dürfen, wenn ein Prospekt erstellt wird, für dessen Richtigkeit das die Aktien ausgebende Unternehmen - welches nicht notwendig Verkäufer ist - zwingend gesetzlich haftet, Section 12 (a) Abs. 2 des Securities Act; ferner ist die Gesellschaft verpflichtet, eine Registrierungserklärung (Registration Statement) zu unterzeichnen, aus der sich nach Section 11 (a) Securities Act ebenfalls die Haftung für falsche Angaben über die Gesellschaft ergibt. Gem. Section 10 (b) des Securities Exchange Act haftet der Emittent darüber hinaus, wenn er bösgläubig unzutreffende Erklärungen über eine wesentliche Tatsache abgibt oder wesentliche Tatsachen nicht mitteilt, und der Anleger im Vertrauen hierauf Wertpapiere kauft (so der übereinstimmende Vortrag der Parteien, GA 9, 873 und 889. Zur Rechtslage in den USA vgl. auch *Harrer*, in: Beck'sches Handbuch der AG, § 23 Rn 278 ff). Die Klägerin hätte ein Haftungsrisiko gegenüber den Anlegern in den USA für die Richtigkeit der Prospektangaben nur dadurch ausschließen können, dass sie die Registrierungserklärung nicht unterzeichnet und die Informationsbeiträge über die Verhältnisse der Gesellschaft für den Prospekt nicht zur Verfügung gestellt hätte. 62

Schließlich können die im Zusammenhang mit der Sammelklage entstandenen Kosten auch nicht als notwendige Folgen der Ausführung des Auftrags angesehen werden. Die Herausgabe des Prospekts und Unterzeichnung der Registrierungserklärung als solche begründen noch nicht die Inanspruchnahme der Klägerin, diese ist vielmehr Folge des - von den Sammelklägern als unzutreffend angesehenen - Inhalts des Prospekts. Dieser war ihr nicht vorgegeben, sondern lag in ihrer eigenen Verantwortung. Es kann nicht davon ausgegangen werden und wird auch von der Klägerin nicht konkret vorgetragen, dass eine Sammelklage mit einem anderen Prospektinhalt nicht hätte vermieden werden können. Das gilt unabhängig davon, ob der Prospekt falsch, unvollständig oder irreführend war.

1.2.2. Die Beklagten haben die der Klägerin entstandenen Kosten auch nicht nach den Grundsätzen über sog. Zufallsschäden oder risikotypische Begleitschäden zu ersetzen.

64

Inwieweit der Auftraggeber analog § 670 BGB auch Schäden zu ersetzen hat, die dem Auftragnehmer bei oder aufgrund der Ausführung des Auftrages entstanden sind, ist Frage des Einzelfalls (Palandt/*Sprau*, BGB, 68. Aufl., § 670 Rn 9/10; näher Staudinger/*Martinek*, BGB, § 670 Rn. 17 ff.). Danach kommt eine Ersatzpflicht für Zufallsschäden bzw. risikotypische Begleitschäden in Betracht, die vom Auftraggeber nicht verschuldet sind und bei denen sich das dem Auftrag immanente Risiko verwirklicht (Staudinger/*Martinek*, a.a.O., § 670 Rn 24). Die analoge Anwendung des § 670 BGB in diesen Fällen beruht auf dem Grundgedanken dieser Vorschrift, dass der Beauftragte, der ohne entsprechende Gegenleistung für den Auftraggeber ein für die Parteien erkennbar mit Gefahren verbundenes Geschäft besorgt, nicht nur von den freiwillig erbrachten Vermögensopfern, sondern grundsätzlich auch von Schäden entlastet werden soll, die er ohne sein Verschulden infolge der Gefährlichkeit des Auftrags erleidet (BGH NJW 1985, 269). Der Beauftragte soll bei seinem fremdnützigen Einsatz keine eigene Vermögenseinbuße erleiden (Staudinger/*Martinek*, BGB - Neubearbeitung 2006, § 670 Rn 3). Dabei kann dahinstehen, ob die Grundlage dieses Anspruchs in § 670 BGB oder einer außergesetzlichen Risikohaftung gefunden wird (BGH NJW 2005, 981; zum Streitstand Staudinger/*Martinek*, a.a.O., § 670 Rn 17 ff.; *Seiler* in Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., § 670 Rn 14; Erman/*Ehmann*, BGB, 12. Aufl., § 670 Rn 17 f.).

65

Ob und in welchem Umfang solche Schäden zu ersetzen sind, hängt von den gesamten Umständen des Einzelfalles ab. Dabei sind in erster Linie die vertraglichen Absprachen maßgeblich (*Seiler* in Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O., § 670 Rn 16). Bei entgeltlicher Geschäftsbesorgung ist das auftragsspezifische Risiko in der Regel durch das vereinbarte Entgelt abgegolten (BGH NJW 1985, 269; *Seiler* in Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O., § 670 Rn 17). Ein Ersatzanspruch kommt insbesondere in den sog. Rettungsfällen (BGHZ 33, 251, 257; 38, 270, 277; 52, 115) und den Fällen, die eine gewisse Nähe zur Fallgruppe der gefahrgeneigten Arbeit aufweisen (z.B. Freistellungsanspruch innerhalb eines Vereins BGHZ 89, 153, 156; NJW 2005, 981), in Betracht.

66

Nach diesen Grundsätzen haben die Beklagten der Klägerin ihre Kosten im Zusammenhang mit der Sammelklage in den USA nicht zu ersetzen. Dies gilt selbst dann, wenn der Prospekt - wie von der Klägerin geltend gemacht - in keiner Weise zu beanstanden ist und die Klägerin den Vergleich nur im Hinblick auf die unkalkulierbaren Risiken einer Sammelklage in den USA und die auch im Falle eines Obsiegens ausgeschlossene Kostenerstattung des unterliegenden Gegners nach amerikanischem Prozessrecht abgeschlossen hat.

67

Die vertraglichen Vereinbarungen enthalten zwar keinen ausdrücklichen Ausschluss eines Freistellungs- oder Ersatzanspruchs. Ihnen ist aber die Wertung zu entnehmen, dass jeder Beteiligte das Risiko der Inanspruchnahme für die ihn betreffenden und von ihm zu

68

verantwortenden Prospektangaben tragen soll. Das Agreement vom 16.6.1999 belässt die Verantwortung für diese Prospektangaben bei der Klägerin. Denn danach hatte sie hinsichtlich der die Gesellschaft betreffenden Informationsbeiträge "die Verantwortung für die inhaltliche Richtigkeit, Vollständigkeit und Klarheit" zu übernehmen (Ziffer 2 des Agreements, Anl. K 1).

In Art. 9 (1) des Globalen Übernahmevertrages ist - im Verhältnis zu den Konsortialbanken - klargestellt, dass jeder Beteiligte die Prospektverantwortung auch im Innenverhältnis für die ihn betreffenden Prospektangaben zu tragen hat. Die von der Klägerin begehrte Freistellung haben die Beklagten im Vorfeld des Börsenganges abgelehnt. 69

Diese Risikoverteilung ist auch angemessen. Die Gefahr einer Inanspruchnahme durch die Anleger, die sich vorliegend realisiert hat, ist nicht der Herausgabe eines Prospekts als solcher immanent, sondern hängt vom Inhalt des Prospekts ab. Auf den Inhalt des Prospekts - soweit er die Verhältnisse der Gesellschaft betrifft - hatten die Beklagten keinen Einfluss und sie haben hierzu auch keinerlei Weisungen erteilt oder in sonstiger Weise auf einen inhaltlich unrichtigen, unvollständigen oder unklaren Prospekt hingewirkt. Vielmehr lag der Inhalt der Informationen über die Gesellschaft allein in der Verantwortung der Klägerin. Umgekehrt war allein die Klägerin in der Lage, die betreffenden Informationen für den Prospekt zur Verfügung zu stellen. Als großes börsennotiertes Unternehmen ist sie ohne weiteres dazu qualifiziert, einen den rechtlichen Anforderungen entsprechenden Prospekt zu erstellen, und hat auch im Zuge der ersten beiden Börsengänge aus Kapitalerhöhungen entsprechende Prospekte erstellt. 70

Auch die der Anwendung des § 670 BGB auf sog. Zufallsschäden zugrundeliegende Erwägung, dass dem Beauftragten aus seinem fremdnützigen Handeln kein Vermögensnachteil erwachsen soll, gebietet die Erstattung der Kosten im Zusammenhang mit der Sammelklage nicht. Allerdings ist der Erlös aus der Veräußerung der Aktien alleine den Beklagten zugute gekommen. Dennoch stellt sich die Mitwirkung der Klägerin an der Umplatzierung der Aktien keineswegs als allein fremdnützig dar. Vielmehr hatte die Klägerin erhebliche eigene wirtschaftliche und strategische Interessen an dem Börsengang und seinem Erfolg und auch an der Platzierung der Aktien auf dem amerikanischen Kapitalmarkt. 71

- Der Verkauf der von der Beklagten zu 2) gehaltenen Aktien war Teil der Privatisierung der Klägerin und damit die Fortsetzung der ersten beiden Börsengänge der Klägerin, bei welcher Aktien aus Kapitalerhöhungen an private und institutionelle Anleger verkauft worden waren und deren Erlös allein der Klägerin zugeflossen ist. Die Privatisierung der Klägerin liegt im gemeinsamen Interesse der Klägerin und der Beklagten. Für die Klägerin führt sie zur Unabhängigkeit von den Beklagten und einer Verbreiterung ihrer Aktionärsbasis. Damit stellt sich die Mitwirkung der Klägerin am 3. Börsengang nicht als allein fremdnützige Geschäftsbesorgung zu Gunsten der Beklagten dar, sondern als Beitrag der Klägerin zum gemeinsamen Ziel der Überführung der Klägerin aus einem Staatsunternehmen in eine privatwirtschaftlich geführte Aktiengesellschaft. 72
- Im Rahmen des 3. Börsenganges wurde das bereits im Zuge der ersten beiden Börsengänge verfolgte, ebenfalls im beiderseitigen Interesse liegende Konzept der Parteien, die Aktien der Klägerin breit zu streuen und besonders für Privatanleger attraktiv zu machen (Stichwort Volksaktie), durch Ausgabe von Treueaktien (Bonusaktien) und Preisnachlässe für früh zeichnende Anleger von den Beklagten fortgesetzt. Das ergibt sich auch ganz deutlich aus dem Agreement vom 16.6.1999, in dem darauf abgestellt wird, dass die Mitwirkung der Klägerin an DT 3 den Interessen der Klägerin entspricht: 73

"Bund und KfW haben die Deutsche U AG bei Durchführung ihrer Kapitalerhöhungsemission vom Juni 1998 unterstützt. Insbesondere gaben Bund und KfW dem Konzept einer breiten und internationalen Platzierung ihre Unterstützung durch ihren jeweiligen uneingeschränkten und unwiderruflichen Verzicht auf die Ausübung ihrer Bezugsrechte sowie auf die Veräußerung und damit Gegenwertsrealisierung der Bezugsrechte im Bezugsrechtshandel.

Bund und KfW haben damit wesentliche Beiträge zur Schaffung einer möglichst optimalen strukturellen Vorbereitung des Kapitalmarkts in U-Aktien im Hinblick auf künftige Maßnahmen der Kapitalbeschaffung des Unternehmens geleistet.

Es entspricht dem Interesse des Unternehmens, diese vorbereitete günstige Struktur durch Leistungsbeiträge im anstehenden Vorhaben des Bundes und der KfW des Abverkaufs der in ihrem Besitz befindlichen U-Aktien zu erbringen, um die breite Struktur zu erhalten und möglichst noch zu verbessern."

Im gleichen Sinne äußerte sich auch der damalige Vorstandsvorsitzender der Klägerin am 3.5.2000 in einer Pressekonferenz (Anl. B 1, S. 4):

"Mit DT 3 wird etwas Premiere haben, was es in dieser Form auf den weltweiten Finanzmärkten noch nie gegeben hat: Mit DT 3 wird die Y-Aktie nun zur wirklichen internationalen Aktie. 77

Nachdem wird mit der Kapitalerhöhung 1999 die Y-Aktie zur ersten Euro-Aktie gemacht haben, sprechen wir mit dieser Emission erstmals auch Privatanleger außerhalb Europas an. Dazu werden wird eine globale Retail-Tranche auflegen, in die auch Privatanleger in den Vereinigten Staaten, Kanada und Japan einbezogen werden." 78

Ferner verweist der Senat auf die Rede des damaligen Vorstandsvorsitzenden der Klägerin 79 anlässlich der Pressekonferenz zum Börsengang DT 3 am 19.6.2000 (Anl. B 2), in der es u.a. heißt:

"Erstmals wurde eine Aktie rund um den Globus vermarktet und Privatinvestoren zu weitgehend identischen Konditionen angeboten. ... 80

Diese wenigen Beispiele verdeutlichen bereits: das von uns angestrebte Ziel, nämlich unsere Aktionärsbasis mit diesem weltweit strukturierten Angebot auch auf eine globale Basis zu stellen, haben wir erreicht. Dies entspricht auch unserem Anspruch als global operierendes Unternehmen, das in der weltumspannenden Kommunikationsbranche seine Position in der Weltspitze weiter ausbauen will. Kein anderes Unternehmen auf der Welt kann auch nur annähernd eine derart internationale und gleichwohl ausgewogene Aktionärsstruktur vorweisen wie die Deutsche U." 81

Die Klägerin hat sich bereits bei ihren ersten beiden Börsengängen aus Kapitalerhöhungen besonderem Maße an Privatanleger gewandt. Einen Wert des Privatanlegerrabatts unter Marketinggesichtspunkten erkennt auch die Klägerin an (GA 139 für den 2. Börsengang). 82

- Durch den 3. Börsengang wurde die Präsenz der Klägerin auf den internationalen Kapitalmärkten weiter erhöht. Die Erweiterung ihrer Präsenz an den internationalen Kapitalmärkten liegt grundsätzlich im sachlichen Interesse einer größeren Aktiengesellschaft (BGHZ 125, 239, 242). Dies gilt im besonderen Maße für die Klägerin im Rahmen ihrer Strategie, sich als ein weltweit führender Anbieter von Kommunikationsleistungen zu etablieren und dabei ihre Aktivitäten auf dem amerikanischen Mobilfunkmarkt auszuweiten. Die 83

publikumswirksame Aktienplatzierung in den Ländern, in denen die Klägerin geschäftliche und strategische Pläne verfolgte, war in diesem Zusammenhang für sie von besonderem Interesse, was die Klägerin ausdrücklich anerkennt (GA 144). Unerheblich sind dagegen die weiteren Erwägungen der Klägerin, wonach die breite Streuung der Aktien auch Nachteile mit sich bringen könne, indem Hedgefonds ein unauffälliger Aktienerwerb erleichtert wird und etwaigen negativen Schlagzeilen eine höhere Wirkung zukommt (GA 145). Denn die Strategie der Klägerin liegt gerade darin, unter Inkaufnahme dieser Risiken ihre Aktien einem breiten Publikum anzubieten. Dabei kann dahinstehen, um welchen Anteil am Gesamtkapital sich die Präsenz der Klägerin durch DT 3 auf dem amerikanischen Kapitalmarkt erhöht hat und inwieweit diese Vorteile bezifferbar sind. Offen bleiben kann auch, ob das Angebot der Aktien der Beklagten auf dem amerikanischen Kapitalmarkt für die Klägerin auch unter dem Gesichtspunkt der Positionierung der Aktien als Akquisitionswährung für die beabsichtigte Übernahme amerikanischer Mobilfunkunternehmen erforderlich und vorteilhaft war, oder sie über genügend Aktien aus genehmigten Kapital verfügte.

- Der dritte Börsengang war für die Klägerin weiterhin auch deshalb von eigenem Vorteil, weil sie ihn in die seinerzeit anstehenden Börsengänge von V-N und X-P einbinden und damit auch diese eigenen Börsengänge fördern konnte. Die Klägerin hat DT 3 unter dem Stichwort T3 erfolgreich in das Marketing ihrer eigenen Strategie und die beiden anderen Börsengänge eingebunden. An den Kosten der einheitlichen Marketingkampagne hat sich die Beklagte zu 2) in nennenswertem Umfang beteiligt. Dem von den Beklagten genannten Betrag von 71,5 Mio. Euro (GA 63) ist die Klägerin nicht konkret entgegengetreten.
- Schließlich war das Angebot der Aktien auf dem amerikanischen Kapitalmarkt für beide Parteien unverzichtbar. Es war die logische Konsequenz der mit den ersten beiden Börsengängen verfolgten Konzepte. Eine Beschränkung des Angebots durch Ausnahme des amerikanischen Kapitalmarktes wäre von den Märkten nicht verstanden worden und hätte daher auch die Interessen der Klägerin erheblich beeinträchtigt.

Diese eigenen Interessen der Klägerin an der Umplatzierung der Aktien der Beklagten lassen es als nicht unbillig erscheinen, das Prospekthaftungsrisiko für die Prospektangaben, die von der Klägerin stammen und diese betreffen, bei ihr zu belassen. 84

Schließlich ist es in der vorliegenden Konstellation auch nicht gerechtfertigt, entsprechend den arbeitsrechtlichen Grundsätzen über gefahrgeneigte Arbeit einen Ersatzanspruch schon dann anzunehmen, wenn der Klägerin weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Weder ist die Klägerin in einer einem Arbeitsverhältnis ähnlichen Weise in die Organisation der Beklagten eingebunden oder von diesen abhängig, noch gebieten sonstige Fürsorgegesichtspunkte die Haftungsfreistellung. 85

2. Auch ein Schadensersatzanspruch im faktischen Konzern nach §§ 317, 311 AktG ist nicht gegeben. 86

Nach §§ 317, 311 AktG ist ein herrschendes Unternehmen, welches eine von ihm abhängige Gesellschaft, mit der kein Beherrschungsvertrag besteht, zur Vornahme eines für sie nachteiligen Geschäfts oder einer sonstigen Maßnahme veranlasst, zum Ersatz des der Gesellschaft hieraus entstehenden Schadens verpflichtet, sofern der Nachteil nicht bis zum Ende des Geschäftsjahres ausgeglichen wurde. Die Ersatzpflicht besteht nach § 317 Abs. 2 AktG nicht, wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme veranlasst hätte, § 317 Abs. 2 AktG. 87

2.1. Konzernrechtliche Ansprüche kommen lediglich gegenüber der Beklagten zu 1) in Betracht. Die Beklagte zu 2) ist dagegen nicht als herrschendes Unternehmen anzusehen. 88

Nach § 17 Abs. 2 AktG wird vermutet, dass ein Unternehmen, welches die Mehrheit der Aktien an einer Gesellschaft besitzt, auf die Gesellschaft einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Vor der Umplatzierung verfügten weder die Beklagte zu 1) mit 43,18 € noch die Beklagte zu 2) mit 21,60 % über die Mehrheit der Aktien an der Klägerin. 89

Dennoch ist die Beklagte zu 1) - unstreitig - Mehrheitsunternehmen, weil ihr die Anteile an der Beklagten zu 2) aufgrund ihrer Mehrheitsbeteiligung an ihr nach § 16 Abs. 4 AktG zuzurechnen sind. 90

Dagegen ist die Beklagte zu 2) nicht als herrschendes Unternehmen anzusehen. Ihr können die Anteile der Beklagten zu 1) nicht zugerechnet werden. Die Klägerin kann nicht als ein von den Beklagten zu 1) und 2) gemeinsam beherrschtes "Gemeinschaftsunternehmen" angesehen werden. Eine solche mehrfache Abhängigkeit (sog. "Mehrmütterschaft") setzt voraus, dass eine gemeinsame Beherrschung der Klägerin durch die Beklagten auf Dauer gesichert wäre (*Emmerich/Habersack*, KonzernR, 5. Aufl., § 17 Rn 30, *Vetter* in *K.Schmidt/Lutter*, AktG, § 17 Rn 45 ff., 26; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 17 Rn 13 ff.; *Bayer* in *Münchener Kommentar zum AktG*, 3. Aufl., § 17 Rn 76 ff.) Für die hierfür erforderliche Interessenkoordination genügen die Platzhalterverträge, auf die die Klägerin sich beruft, nicht. Diese beinhalten nur eine einseitige Pflicht der Beklagten zu 2), bei der Stimmrechtsausübung möglichst Einvernehmen mit der Beklagten zu 1) herzustellen (ebenso das von der Klägerin vorgelegte Rechtsgutachten *Hüffer*, Ergänzungsgutachten Rn 41). Die Einflussmöglichkeit der Beklagten zu 2) liegt nach den Platzhalterverträgen nur darin, dass sie sich dem Stimmverhalten der Beklagten zu 1) anschließen kann, und in der Hoffnung, die Beklagte zu 1) dazu zu bewegen, entsprechend ihren Vorschlägen abzustimmen (vgl. das Rechtsgutachten *Hüffer*, Rn 126). Das genügt für eine gemeinsame Beherrschung der Klägerin auch durch die Beklagte zu 2) nicht (vgl. *Vetter* in *Schmidt/Lutter*, AktG, § 17 Rn 29, wonach derjenige, der sich einem anderen in der Stimmabgabe nur anhängt, keine beherrschende Einflussmöglichkeit hat; ähnlich *Vetter*, a.a.O, Rn 46). Der Beklagten zu 2) als von der Beklagten zu 1) abhängigem Unternehmen können die Stimmenanteile der Beklagten zu 1) nicht deshalb zugerechnet werden, weil sie verpflichtet ist, ihr Stimmverhalten mit der Beklagten zu 1) abzustimmen. Die in der Literatur angenommenen Fälle einer sog. "Mehrmütterschaft" oder mehrfachen Abhängigkeit betreffen daher nur die gemeinsame Beherrschung durch voneinander unabhängige Unternehmen. 91

2.2. Es kann offen bleiben, ob die Beklagte zu 1) die Klägerin zur Mitwirkung an der Prospekterstellung und der damit einhergehenden Übernahme des Prospekthaftungsrisikos im Sinne von §§ 311, 317 AktG veranlasst hat. Denn eine Schadensersatzpflicht der Beklagten zu 1) nach § 317 AktG besteht schon deshalb nicht, weil auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft zu denselben Konditionen vorgenommen hätte (§ 317 Abs. 2 AktG), so dass ein etwaiger Nachteil nicht Folge der Abhängigkeit wäre. 92

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs umfasst der Nachteilsbegriff in §§ 311, 317 AktG "jede Minderung oder konkrete Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft ohne Rücksicht auf Quantifizierbarkeit, soweit die genannte Beeinträchtigung als Abhängigkeitsfolge eintritt" (BGH Urt. v. 1.12.2008 - II ZR 102/07 - "MPS" Rn 8, ZIP 2009, 70). Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen sind nicht nachteilig im Sinne von §§ 311, 317 AktG, wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft sich ebenso verhalten hätte (*Münch. Hdb. AG/Krieger*, 3. Aufl., § 69 Rn 78) bzw. ein etwaiger Nachteil wäre nicht Folge der Abhängigkeit (BGHZ 175, 365 "UMTS-Lizenzen", Rn 9). Die Ermittlung des nachteiligen Charakters einer Maßnahme erfolgt durch Vergleich 93

des Verhaltens des Vorstands der abhängigen Gesellschaft mit dem fiktiven Verhalten des Vorstands einer unabhängigen, im Übrigen aber in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht vergleichbaren Gesellschaft. Dabei ist immer auch das dem Vorstand zukommende unternehmerische Ermessen zu berücksichtigen (BGH Urt. v. 1.12.2008 - II ZR 102/07 - "MPS" Rn 9, ZIP 2009, 70; BGHZ 175, 365 "UMTS-Lizenzen" Rn 11; Münch. Hdb. AG/ *Krieger*, 3. Aufl., § 69 Rn 78; zum Ganzen *Emmerich/Habersack*, KonzernR, 5. Aufl., § 311 Rn 53 ff.). Die Beurteilung der Maßnahme ist aus der ex-ante-Sicht vorzunehmen (BGH Urt. v. 1.12.2008 - II ZR 102/07 - "MPS" Rn 13, ZIP 2009, 70; *Emmerich/Habersack*, KonzernR, 5. Aufl., § 311 Rn 57).

Bei der Abwägung zwischen den Risiken durch die Erstellung des Prospektes und den Vorteilen für die Klägerin aus der Umplatzierung der Aktien der Beklagten zu 2) im Rahmen des 3. Börsenganges erweist sich deren Mitwirkung hieran nicht als nachteilig. Bei der gebotenen ex-ante-Betrachtung war von der Inanspruchnahme der Klägerin durch Anleger nicht auszugehen. Zwar bestand das abstrakte Risiko einer Inanspruchnahme aus Prospekthaftung, das Risiko war der Klägerin als großem börsennotiertem Unternehmen aber nicht fremd und sie konnte ihm durch einen entsprechenden Inhalt des Prospektes entgegenwirken. Dem verbleibenden Risiko standen die oben dargestellten erheblichen eigenen Interessen der Klägerin an der Platzierung der Aktien auch auf dem amerikanischen Kapitalmarkt gegenüber. Als weiterer Schritt zur Privatisierung der Klägerin lag der sog. dritte Börsengang auch in ihrem eigenen Interesse. Durch die mit dem dritten Börsengang verbundene Publizität ergab sich für die Klägerin ein erheblicher Werbeeffect, den diese effektiv in ihre eigene Strategie und die geplanten Börsengänge von V-N und X-P eingebunden hat. Dem kam gerade im Hinblick auf den geplanten Einstieg in den amerikanischen Mobilfunkmarkt besondere Bedeutung zu. Durch DT 3 wurden der Bekanntheitsgrad der Klägerin in den USA und die Attraktivität ihrer Aktien gesteigert. Das war für die Klägerin sowohl im Hinblick auf den - schon längere Zeit angestrebten - Erwerb amerikanischer Mobilfunkunternehmen durch "Zahlung" mit eigenen Aktien als auch für die Deckung ihres Kapitalbedarfs durch etwaige künftige Kapitalerhöhungen von Vorteil. Ob die Klägerin - wie sie vorträgt - über genügend genehmigtes Kapital verfügte und damit auf die im Rahmen von DT 3 auf den Markt gebrachten Aktien als "Akquisitionswährung" nicht angewiesen war, kann in diesem Zusammenhang dahinstehen, da sie auch in diesem Fall von der höheren Attraktivität ihrer Aktien profitierte. Für beide Parteien war das Angebot der Aktien der Beklagten auf dem amerikanischen Kapitalmarkt nach dem eigenen Vortrag der Klägerin (GA 153, 157, 458, 462, 1525) schließlich auch deshalb unverzichtbar, da der Markt den Ausschluss des amerikanischen Kapitalmarkts gegenüber den ersten beiden Börsengängen nicht verstanden hätte. Diese Weichenstellung war bereits in den beiden ersten Börsengängen aus Kapitalerhöhungen erfolgt. Damit war aber ein Verzicht der Klägerin auf ihre Mitwirkung keine gangbare Option mehr. Eine Ablehnung der Mitwirkung der Klägerin an der Umplatzierung der Aktien auch in den USA im Hinblick auf das Prospekthaftungsrisiko wäre bei den Kapitalmärkten auf völliges Unverständnis gestoßen und hätte dementsprechende negative Auswirkungen auf den Kurs der Aktien gehabt. Dies musste die Klägerin sowohl im Hinblick auf den beabsichtigen Tausch eigener Aktien gegen Aktien eines zu erwerbenden amerikanischen Mobilfunkunternehmens als auch im Hinblick auf künftige Kapitalbeschaffungsmaßnahmen im eigenen Interesse vermeiden.

94

Umgekehrt hatten die Beklagten - unabhängig von ihre Stellung als herrschendes Unternehmen - sich in den Verhandlungen nicht bereit gezeigt, die Klägerin von der Prospekthaftung für die sie betreffenden und von ihr zu verantwortenden Teile des Prospektes gegenüber den Emissionsbanken oder im Innenverhältnis freizustellen.

95

96

Aus diesen Erwägungen heraus konnte der Vorstand der Klägerin im Rahmen einer Risikoabwägung das Risiko angesichts des Eigeninteresses der Klägerin an DT 3 im Rahmen von § 317 Abs. 2 AktG übernehmen (ebenso bei entsprechenden eigenen Interessen der Gesellschaft an der Aktienemission auch *Meyer* in *Marsch-Barner*, Handbuch der börsennotierten AG, 2. Aufl., § 7 Rn 21), zumal der Inhalt des Prospekts in der eigenen Verantwortung der Klägerin lag und sie dieses Risiko damit auch beherrschen konnte.

3. Der Klägerin steht schließlich auch kein Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen oder des objektiven Wertes der Eingehung des Prospekthaftungsrisikos aus §§ 62, 57 AktG zu. In der Mitwirkung der Klägerin an der Platzierung der Aktien in den USA liegt keine nach § 57 AktG unzulässige Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen an die Beklagten. 97

Nach § 57 AktG darf die Gesellschaft ihren Aktionären die Einlage nicht rückerstatten. Leistungen, die ein Gesellschafter entgegen § 57 AktG erhalten hat, muss er nach § 62 Abs. 1 AktG dieser zurückgewähren. Der Anwendungsbereich des § 57 AktG ist nicht auf eine Einlagenrückgewähr im eigentlichen Sinne beschränkt. Über seinen Wortlaut hinaus erfasst § 57 AktG vielmehr jede von der Gesellschaft dem Aktionär erbrachte, auf seiner Gesellschafterstellung beruhende vermögenswerte Leistung außerhalb der Verteilung des Bilanzgewinns und der gesetzlichen Ausnahmen (statt aller BGH NZG 2008, 106; *Fleischer* in: K.Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rn 9; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 57 Rn 2; *Westermann* in: *Bürgers/Körper*, AktG, § 57 Rn 5). Die Vorschrift dient dem Schutz der Gläubiger an der Erhaltung des Haftungsfonds (*Fleischer* in K.Schmidt/Lutter, AktG, §§ 57 Rn 3). 98

3.1. Seit dem 1. Börsengang der U in 1996 werden in der Literatur verstärkt die Modalitäten einer Aktienemission auf dem Kapitalmarkt erörtert und in diesem Zusammenhang auch die Frage, ob und ggfs. unter welchen Voraussetzungen die Mitwirkung der Gesellschaft und die Übernahme der Prospekthaftung gegen § 57 AktG verstoßen (hierzu *Hoffmann-Becking*, Festschrift Lieberknecht, 1997, S. 25 ff; *Technau*, AG 1998, 445 ff und speziell auch zum angefochtenen Urteil des LG Bonn im vorliegenden Fall *Fleischer*, ZIP 2007, 1969). 99

Dabei sieht die überwiegende Auffassung in der Freistellung der Emissionsbanken von der Prospekthaftung jedenfalls hinsichtlich der Prospektangaben, welche die Gesellschaft betreffen und von ihr stammen, im Rahmen eines Aktienverkaufs nach Kapitalerhöhung keine nach § 57 AktG unzulässige Leistung an die Emissionsbanken. Im Außenverhältnis haftet die Gesellschaft ohnehin neben den Emissionsbanken den Anlegern gegenüber für falsche Prospektangaben, da im Verhältnis zu den Anlegern wegen des Vorrangs der Kapitalmarkthaftung keine unzulässige Einlagenrückgewähr an die Anleger vorliegt (so die heute überwiegende Auffassung, *Groß*, Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., §§ 44, 45 BörsG Rn 10 ff., 14 - 16; *Cahn/Segers* in *Spindler/Stilz*, AktG, § 57 Rn 46; BGH NJW 2005, 2450, 2452 "EM.TV" für Ansprüche aus § 826 BGB). Die Freistellung der Emissionsbanken im Innenverhältnis bedeutet daher ebenfalls keine unzulässige Leistung an diese, weil sie der ohnehin nach § 426 BGB im Innenverhältnis sich ergebenden Haftungsverteilung entspricht (*Fleischer* in K.Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rn 28; *ders.*, ZIP 2007, 1969, 1972; *Bayer* in *Münchener Kommentar zum AktG*, 3. Aufl., § 57 Rn 89; *Groß*, Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., §§ 44, 45 BörsG Rn 21; *Cahn/Senger* in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 57 Rn 38; im Ergebnis ebenso *Technau* AG 1998, 455 ff). Danach haftet im Innenverhältnis jeder Beteiligte für die aus seiner Sphäre stammenden Prospektangaben. 100

Im Falle eines Verkaufs von Aktien eines Aktionärs, bei dem der Erlös allein dem die Aktien veräußernden Aktionär zugute komme, sieht die überwiegende Ansicht dagegen in der Übernahme der Prospektverantwortung eine grundsätzlich an § 57 AktG zu messende Vermögenszuwendung an den abgebenden Aktionär. Diese verstößt nach einer Auffassung 101

nur dann nicht gegen § 57 AktG, wenn das Prospekthaftungsrisiko durch eine angemessene Vergütung (*Technau*, AG 1998, 445, 457; *Bayer* in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., § 57 Rn 91 wonach das Interesse der AG an der Veräußerung der Aktien als Kompensation nicht in Betracht kommt) oder zumindest konkret erfassbare und bezifferbare Vorteile (*Hüffer* in dem von der Klägerin vorgelegten Rechtsgutachten, dort Rn 58 ff., 61; Ergänzungsgutachten Rn 5 ff., *Fleischer* ZIP 2007, 1969, 1974 ff sowie *ders.* in K.Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rn 29 f.; *Henze* in: Großkommentar AktG, 4. Aufl. § 57 Rn 56, der auf eine Abwägung im Einzelfall abstellt und auf die Schwierigkeit der vermögenswerten Quantifizierbarkeit hinweist) aufgewogen wird, während nach einer anderen Auffassung ein Verstoß gegen § 57 AktG schon dann ausscheidet, wenn die Gesellschaft ein eigenes, konkretes Interesse an der Umplatzierung der Aktien hat (*Meyer* in Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch der börsennotierten AG, 2. Aufl., § 7 Rn 21, der darauf verweist, dass auch das Prospekthaftungsrisiko ex ante nicht quantifizierbar ist; *Hoffmann-Becking*, FS Lieberknecht, S. 25, 37; wohl auch *Drinhausen* in Heidel, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn 12 Fn. 19; *Cahn/Senger* in Spindler/Stilz, AktG, § 57 Rn 38, wonach das eigene Interesse an der Platzierung der Aktien im Publikum das Prospekthaftungsrisiko aufwiegen kann; *Groß* in: Bankrecht und Bankpraxis, Rn 10/293b f., wonach auch mittelbare Vorteile ausreichen um einen Verstoß gegen § 57 AktG zu verneinen).

3.2. Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an. Danach verstößt die Mitwirkung der Gesellschaft an der Umplatzierung von Aktien eines Gesellschafters hinsichtlich der Haftung der die Gesellschaft betreffenden Prospektteile dann nicht gegen § 57 AktG, wenn die Gesellschaft - wie im vorliegenden Fall - an der Platzierung der Aktien ein eigenes Interesse hat. 102

3.2.1. Es ist schon zweifelhaft, ob die Beklagten eine Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen im Sinne des § 57 AktG erhalten haben. 103

Das Verbot des § 57 AktG erfasst nach seinem Wortlaut Zuwendungen aus dem Vermögen der Gesellschaft an einen Gesellschafter. Soweit § 57 AktG eine Rückgewähr der Einlage verbietet, zielt die Vorschrift auf eine Leistung an den Gesellschafter, durch die der Gesellschafter etwas aus dem Vermögen der Gesellschaft erhält. Bestätigt wird dies durch § 62 Abs. 1 AktG, wonach der Gesellschafter dasjenige, was er von der Gesellschaft empfangen hat, an diese zurückzugewähren hat. Unter § 57 AktG fallen daher unmittelbare Leistungen aus dem Vermögen der Gesellschaft an einen Gesellschafter, aber auch verdeckte Leistungen, die durch ein anderes Rechtsgeschäft bemäntelt werden. Hierzu gehören insbesondere Leistungen in einem Austauschvertrag ohne angemessene Gegenleistung. Voraussetzung ist aber stets, dass der Gesellschafter oder ein ihm gleichzusetzender Dritter (BGH NZG 2008, 106) aus dem Vermögen der Gesellschaft etwas erhalten hat (vgl. die bei *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 57 Rn 12 und *Fleischer* in K.Schmidt/Lutter, AktG, § 57 Rn 21 genannten Einzelfälle). Die von § 57 AktG erfassten Fälle setzen voraus, dass das Vermögen des Aktionärs gerade um das vermehrt wird, worum sich das Vermögen der Aktiengesellschaft vermindert. Auch bei der - vom Landgericht und der Klägerin dem vorliegenden Fall als vergleichbar angesehenen - Stellung von Sicherheiten durch die Gesellschaft für eine Verbindlichkeit des Gesellschafters erhält dieser unmittelbar aus dem Vermögen der Gesellschaft einen Vorteil. Ohne die Mitwirkung der Gesellschaft hätte er die Sicherheiten selbst stellen und die Kosten hierfür aufbringen müssen. 104

Ohne eine solche unmittelbare Leistung macht es keinen Sinn, die Kompensation durch eine Gegenleistung zu erwägen. 105

An einer solchen unmittelbaren Zuwendung fehlt es im vorliegenden Fall. Die Mitwirkung der Klägerin an dem Angebot der Aktien auf dem amerikanischen Kapitalmarkt war für die Beklagten von Vorteil, sie haben hierdurch aber nicht im eigentlichen Sinne etwas aus dem Vermögen der Klägerin erlangt oder eigene Aufwendungen erspart.

Die Zahlung des Vergleichsbetrages an die Sammelkläger stellt keine vermögenswerte Leistung an die Beklagten dar. Hierin läge nur dann eine Zuwendung an die Beklagten, wenn hierdurch die Beklagten von der an sich sie treffenden Haftung frei geworden wären. Das war indes nicht der Fall, da die Klage gegen die Beklagte zu 2) in den USA schon vor Abschluss des Vergleichs rechtskräftig abgewiesen worden war, wie sich aus den von der Klägerin vorgelegten Prozessunterlagen (Anl. K 4 "Stipulation and Settlement Agreement", dort S. 2) ergibt. 107

Auch eine Vermögenszuwendung durch Haftungsfreistellung der Beklagten liegt nicht vor. 108

Die Klägerin hat nicht die an sich den Beklagten obliegende Haftung übernommen oder die Beklagten von deren Haftung im Innenverhältnis freigestellt, sie ist vielmehr aus der sie nach amerikanischem Recht originär treffenden Haftung in Anspruch genommen worden. Die gegen die Beklagte zu 2) erhobene Sammelklage wurde unabhängig von der Haftung der Klägerin bereits im Vorfeld des Verfahrens rechtskräftig abgewiesen. 109

Ob die in Art. 9 (1) des Globalen Übernahmevertrages erklärte Freistellung der Konsortialbanken von der Prospekthaftung für die Prospektangaben, welche die Gesellschaft betrafen, deshalb als Leistung an die Beklagten angesehen werden kann, weil ansonsten die Beklagten die Banken hätten freistellen müssen, kann ebenfalls dahinstehen, weil die Klägerin den Vergleichsbetrag nicht aufgrund der von ihr erklärten Freistellung der Konsortialbanken gezahlt hat, sondern aufgrund ihrer Inanspruchnahme aus der sie originär und unabhängig von den mit den Konsortialbanken getroffenen Freistellungsvereinbarungen treffenden gesetzlichen Prospekthaftung. Die "Rückgewähr" der Freistellung der Konsortialbanken im Sinne von § 62 AktG läge nicht in der Erstattung der Aufwendungen der Klägerin im Zusammenhang mit der Sammelklage in den USA, sondern in der Freistellung der Klägerin von etwaigen Aufwendungen im Zusammenhang mit ihrer den Konsortialbanken gegenüber übernommenen Haftung. 110

Ob die kostenfreie Erstellung des Prospektes und die damit zusammenhängenden Aufwendungen nach § 57 AktG verbotene Leistungen darstellen oder diese Leistungen durch die Beiträge der Beklagten zu 2) an der Werbekampagne oder sonstige Gegenleistungen - etwa den im Agreement vom 16.6.1999 als Gegenleistung genannten Verzicht der Beklagten auf die Ausübung des Bezugsrechts beim 2. Börsengang - ausgeglichen sind, kann ebenfalls dahinstehen. Denn ein solcher Verstoß ist nicht Gegenstand der Klage. Die Klägerin verlangt nicht Ersatz der ihr zur Erstellung des Prospekts entstandenen Aufwendungen (Druckkosten etc.), sondern allein den Ersatz ihrer Aufwendungen in Bezug auf die Sammelklage in den USA bzw. des von ihr eingegangenen Prospekthaftungsrisikos in den USA. Dies hat sie im Termin vom 2.4.2009 ausdrücklich klargestellt (GA 1512). 111

Die Mitwirkung der Klägerin an der Umplatzierung der Aktien und die dadurch eingegangene Prospekthaftung der Klägerin nach amerikanischem Recht war zwar für die Beklagten vorteilhaft, weil sie Voraussetzung dafür war, dass die Aktien der Beklagten zu 2) auch auf dem amerikanischen Kapitalmarkt angeboten werden konnten. Hierin liegt aber nur ein mittelbarer, reflexhafter Vorteil aus der Eingehung des Prospekthaftungsrisikos durch die Klägerin, der nicht bezifferbar ist. Die Beklagte zu 2) hätte die Aktien auch ohne Einbeziehung des amerikanischen Kapitalmarkts und ggfs. sogar ohne Mitwirkung der 112

- Klägerin veräußern können. Die Auswirkungen der Mitwirkung der Klägerin auf den Erlös aus dem Verkauf der Aktien lassen sich nicht feststellen.
- Durch die Mitwirkung der Klägerin haben die Beklagten daher unmittelbar nichts aus dem gebundenen Vermögen der Klägerin erhalten. 113
- 3.2.2. Jedenfalls stellt die Mitwirkung der Klägerin an dem dritten Börsengang durch Abgabe der Registrierungserklärung und Erstellung der Prospekte für den amerikanischen und deutschen Markt keine unzulässige Begünstigung der Beklagten als ihrer Aktionäre dar. 114
- Im Rahmen einer unmittelbaren Vermögenszuwendung scheidet ein Verstoß gegen § 57 AktG nicht nur dann aus, wenn der Leistung der Gesellschaft an den Gesellschafter eine gleichwertige Gegenleistung gegenüber steht. Vielmehr richtet sich die Beurteilung, ob im Einzelfall ein normales Austauschgeschäft oder eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt, danach, ob ein gewissenhaft nach kaufmännischen Grundsätzen handelnder Vorstand das Geschäft unter sonst gleichen Umständen zu den gleichen Bedingungen auch mit einem Nichtgesellschafter abgeschlossen hätte, ob die Leistung also durch betriebliche Gründe gerechtfertigt war (BGH NJW 1996, 589, 590; Urt. v. 1.12.2008 - II ZR 102/07 - MPS, Rn 9, ZIP 2009, 70). Bei diesem Bewertungsmaßstab ist ein gewisser unternehmerischer Handlungsspielraum anzuerkennen (BGH NJW 1996, 589, 590). Entscheidend ist daher nicht, ob Leistung und Gegenleistung gleichwertig sind, sondern ob der Leistung der Gesellschaft unter Berücksichtigung der Belange der Gesellschaft eine angemessene Gegenleistung gegenüber steht. 115
- Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 57 Abs. 1 S. 3 AktG in der durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts (MoMiG) geänderten Fassung. Danach gilt das in § 57 Abs. 1 S. 1 AktG niedergelegte Verbot der Einlagenrückgewähr nicht bei Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt sind. Dieser Klarstellung des Gesetzgebers kann aber nicht im Umkehrschluss entnommen werden, dass jede einen Aktionär begünstigende Maßnahme, der keine bilanziell gleichwertigen Vorteile gegenüberstehen, schon einen Verstoß gegen § 57 AktG darstellt. Durch die Neufassung von § 57 AktG sollte die bisherige Rechtsprechung zum sog. Drittvergleich nicht verschärft werden. 116
- Der Maßstab eines verantwortlich handelnden Geschäftsleiters gilt entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht lediglich bei Umsatzgeschäften zur Feststellung der Angemessenheit zwischen Leistung und Gegenleistung, sondern auch in der vorliegenden Konstellation, in welcher noch nicht einmal eine unmittelbare Vermögenszuwendung an die Beklagten vorliegt. Es ist kein sachlicher Grund erkennbar, eine unmittelbare Zuwendung an den Gesellschafter aus dem Vermögen der Gesellschaft gegenüber nur mittelbaren Vorteilen des Gesellschafters zu privilegieren. 117
- Eine verdeckte Gewinnausschüttung im Sinne von § 57 AktG steht auch nicht bereits deshalb fest, weil die betreffende Leistung, hier also die Mitwirkung an der Prospekterstellung, ihrer Art nach nur einem Gesellschafter gegenüber erbracht werden kann (ebenso *Cahn/Senger* in *Spindler/Stilz*, AktG, § 57 Rn 19; vgl. auch *Rowedder/Pentz*, GmbHG, 4. Aufl., § 30 Rn 32). Das schließt zwar einen "Drittvergleich" aus, nicht aber die Prüfung, ob ein gewissenhaft handelnder Vorstand die entsprechende Handlung unabhängig von den Interessen des die Aktien veräußernden Aktionärs aufgrund der eigenen Interessen der Gesellschaft an der Umplatzierung der Aktien eingehen durfte und sie deshalb nicht auf der Aktionärsstellung beruht. 118

Schließlich sind in die Prüfung nicht nur konkret bezifferbare Vorteile einzustellen, sondern die eigenen Vermögensinteressen der Klägerin an der Umplatzierung sind umfassend zu würdigen. Der Nachteil der Gesellschaft durch Eingehung des Prospekthaftungsrisikos ist ex ante kaum bezifferbar (hierauf verweist auch Meyer in Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch der börsennotierten AG, 2. Aufl., § 7 Rn 21). Die Parteien haben vergeblich versucht, die hypothetischen Kosten einer Versicherung, die das Risiko übernommen hätte, zu ermitteln. Auch der Vorteil der Beklagten aus der Mitwirkung der Klägerin an der Prospekterstellung und der Registrierung der Aktien auf dem amerikanischen Kapitalmarkt lässt sich nicht konkret beziffern, die Auswirkungen auf den Erlös aus der Aktienemission lassen sich ebenfalls nicht feststellen. Da weder der Wert des Haftungsrisikos noch die Vorteile für die Beklagten bezifferbar sind, kann auch für den Ausgleich dieses Risikos durch Vorteile der Gesellschaft nicht verlangt werden, dass diese konkret bezifferbar sind. Vielmehr kommt es ähnlich der Prüfung des Nachteils bei §§ 311, 317 AktG darauf an, ob der Vorstand bei der Eingehung des Risikos sein unternehmerisches Ermessen fehlerhaft ausgeübt hat oder ob er auf Grundlage angemessener Informationen vernünftigerweise annehmen durfte, im Hinblick auf die eigenen Interessen der Gesellschaft an der Platzierung der Aktien zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Dabei ist der Verstoß gegen § 57 AktG allerdings nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass die Begünstigung des Aktionärs im Interesse der Gesellschaft liegt. Erforderlich ist vielmehr, dass nach Abwägung der Vor- und Nachteile aus der ex ante Sicht eines verantwortlichen Geschäftsleiters keine Zuwendung aus dem Vermögen der Gesellschaft vorliegt bzw. der Nachteil - hier in Form des übernommenen Risikos - durch die Vorteile für die Gesellschaft kompensiert ist. Bei einer solchermaßen ex ante pflichtgemäß getroffenen unternehmerischen Entscheidung scheidet daher bei nur mittelbaren, nicht konkret bezifferbaren Maßnahmen, die für den Gesellschafter von Vorteil sind, auch ein Verstoß gegen § 57 AktG aus (Meyer in Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch der börsennotierten AG, 2. Aufl., § 7 Rn 21).

119

Nach diesen Grundsätzen liegt im vorliegenden Fall ein Verstoß gegen § 57 AktG ebenso wenig vor, wie die Mitwirkung der Klägerin an dem Börsengang als nachteilige Maßnahme im Sinne von §§ 311, 317 AktG angesehen werden kann. Es entsprach aus den bei der Erörterung des Anspruchs aus §§ 311, 317 AktG dargestellten Gründen einer vernünftigen, im wirtschaftlichen Interesse der Klägerin liegenden unternehmerischen Entscheidung, durch ihre Mitwirkung das breite Angebot der Aktien der Beklagten auch auf dem amerikanischen Kapitalmarkt zu ermöglichen. Ein Missverhältnis zwischen den Vorteilen aus dem dritten Börsengang und den für die Klägerin mit ihrer Mitwirkung und der Prospekthaftung eingegangenen Risiken bestand nicht, vielmehr wiegen die Vorteile das eingegangene Risiko auf. Deshalb kann auch dahinstehen, ob die Auffassung der Beklagten zutrifft, dass die Klägerin auch durch vor dem 3. Börsengang erbrachte Vorleistungen eine angemessene Gegenleistung für ihre Mitwirkung an DT 3 einschließlich des damit verbundenen Haftungsrisikos erhalten hat. Dies betrifft namentlich den im Agreement vom 16.6.1999 genannten und am gleichen Tag erklärten Verzicht der Beklagten auf die Ausübung und Veräußerung ihrer Bezugsrechte für die aus der Kapitalerhöhung beim 2. Börsengang angebotenen Aktien, der es der Klägerin ermöglichte, die Aktien Privatanlegern zu einem niedrigeren Preis anzubieten und damit die gemeinsame Strategie der Parteien stützte, sich mit dem Angebot der Aktien besonders an diese zu wenden.

120

Es lag - wie ausgeführt - im eigenen Interesse der Klägerin, dass die Aktien der Beklagten im Rahmen eines weltweiten öffentlichen Angebots verkauft wurden. Damit konnte die bereits mit den ersten beiden Börsengängen verfolgte Strategie einer breiten Streuung der Aktien und Schaffung einer breiten, stabilen Aktionärsbasis erfolgreich fortgesetzt werden.

121

122

Das eingegangene Prospekthaftungsrisiko war aufgrund des Umfangs der Aktienemission und im Hinblick auf die geführten Übernahmeverhandlungen mit amerikanischen Mobilfunkunternehmen hoch, aber zumindest hinsichtlich der die Gesellschaft betreffenden Prospektangaben, um die es im vorliegenden Verfahren alleine geht, von der Klägerin durch entsprechende Gestaltung des Prospektes, die in ihrer eigenen Verantwortung lag, beherrschbar. Unzumutbare Anforderungen an die Richtigkeit und Vollständigkeit des Prospektes stellt auch das amerikanische Recht nicht. Nachdem die Klägerin ihre Aktien in den ersten beiden Börsengängen bereits international platziert hatte, kam ein Verzicht auf das Angebot der Aktien am amerikanischen Kapitalmarkt wegen der damit verbundenen negativen Reaktionen der Märkte auch für die Klägerin nicht in Betracht. Hierzu bedurfte es aber zwingend der Mitwirkung der Klägerin, sowohl durch Abgabe der Registrierungserklärung als auch durch Lieferung der für den Prospekt erforderlichen Informationen über die Verhältnisse der Gesellschaft. Diese Mitwirkung konnte ihr weder von den Beklagten noch einem Dritten abgenommen werden.

Der dritte Börsengang lag im beiderseitigen Interesse der Parteien, auch wenn der Erlös aus dem Verkauf der Aktien alleine den Beklagten zugute gekommen ist. Er stellt sich - ebenso wie die vorangegangenen beiden Börsengänge - als Teil der Überführung der Klägerin aus einem Staatsunternehmen in einen privatwirtschaftlich geführten Konzern dar. Er förderte die Präsenz und Bekanntheit der Klägerin und fügte sich in ihre Strategie ein, sich als einen führenden, weltweit präsenten Anbieter von Umunikationsleistungen zu etablieren. Der Erfolg des 3. Börsenganges auf den internationalen Kapitalmärkten war auch im Hinblick auf etwaige künftige Kapitalerhöhungen sowie den geplanten Erwerb amerikanischer Mobilfunkunternehmen durch Aktientausch für die Klägerin von erheblichem Vorteil. 123

III. 124

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97, 91 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Festsetzung des Gegenstandswerts berücksichtigt § 39 Abs. 2 GKG. 125

Der Senat lässt die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung und zur Fortbildung des Rechts im Hinblick auf die unterschiedlichen Literaturauffassungen zu § 57 AktG und die Bedeutung der Frage für die Mitwirkung einer Gesellschaft am Verkauf von Aktien durch ihren Aktionär zu. 126