
Datum: 16.12.2020
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 13. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 166/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2020:1216.13U166.11.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 82 O 28/11
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, II ZR 353/12

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Köln vom 29. Juli 2011 (82 O 28/11) wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens.

Das Urteil und das genannte Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

- I. 1
- Die Klägerin war Aktionärin der A AG (im Folgenden: A). Sie nimmt die Beklagte auf Differenzzahlung gemäß § 31 WpÜG bzw. auf Schadensersatz wegen eines unterlassenen Pflichtangebots gemäß § 35 WpÜG in Anspruch. 2
- Die Beklagte veröffentlichte am 7. Oktober 2010 ein freiwilliges Übernahmeangebot in Bezug auf die Aktien der A AG zum Preis von 25 € je Aktie. Die Klägerin nahm das Angebot an. Sie ist der Auffassung, ihr stehe die Differenz zwischen dem aufgrund des Pflichtangebotes 3 4

gezahlten Preis und einem Preis von 57,25 € je Aktie als Schadensersatz zu, weil die Beklagte bereits im Jahr 2008 verpflichtet gewesen sei, ein Übernahmeangebot zu einem Preis von 57,25 € je Aktie zu veröffentlichen.

In dem von der damaligen Muttergesellschaft der A, der B AG (im Folgenden: B), am 12. September 2008 mit der Beklagten geschlossenen Vertrag (Ursprungsvereinbarung) war vorgesehen, dass die Beklagte im ersten Quartal 2009 von der B 29,75 % der Aktien der A zum Preis von je 57,25 € erwerben sollte. Ihr wurde ferner die Option eingeräumt, im Zeitraum zwischen 12 und 36 Monaten nach dem Abschluss des Erwerbs der Minderheitsbeteiligung weitere 18 % der A-Aktien für 55 € je Aktie zu erwerben. Die B AG wiederum erhielt die Option, im Zeitraum zwischen 21 und 36 Monaten nach dem Abschluss des Erwerbs der Minderheitsbeteiligung 20,25 % der A-Aktien plus einer Aktie für 42,80 € je Aktie an die Beklagte zu veräußern. In der Folgezeit, nämlich im vierten Quartal 2008, führte die A eine Kapitalerhöhung über 54,8 Mio. € durch. Die Anteile wurden überwiegend von der B gezeichnet. Deren Anteil an den A-Aktien erhöhte sich dadurch von 50 % auf 62,35 %.

5

Am 22.12.2008 vereinbarten die Beklagte und die B, den Vollzug (closing) der Ursprungsvereinbarung zu verschieben. Am 14. Januar 2009 schlossen die Beklagte und die B ein "Amendment Agreement regarding the Acquisition of Shares in A AG" (im Folgenden: Nachtragsvereinbarung). In Abänderung der vorherigen Vereinbarung sollte die Beklagte die Beteiligung an der A dergestalt erwerben, dass zunächst 50 Mio. A-Aktien (= 22,9 % des Grundkapitals) zu je 23,92 € erworben werden sollten. 60 Mio. A-Aktien (= 27,4 % des Grundkapitals) sollte die Beklagte für je 45,45 € über eine Pflichtwandelanleihe mit Fälligkeit zum 25. Februar 2012 erwerben. In einem dritten Schritt sollte die Beklagte weitere 26.417.432 A-Aktien (= 12,1 % des Grundkapitals) über Call- und Put-Optionen zum Preis von je 48,85 € für die Call-Option und je 49,42 € für die Put-Option erwerben. Die Optionen sollten nach der Vereinbarung im Zeitraum zwischen dem 28. Februar 2012 und dem 25. Februar 2013 ausgeübt werden können. In der Folgezeit erwarb die Beklagte - über eine Tochtergesellschaft - 22,9 % der A-Aktien und zeichnete die Wandelanleihe.

6

Die Klägerin verlangt die Zahlung der Differenz zwischen der Gegenleistung aus dem freiwilligen Übernahmeangebot und der ihrer Meinung nach geschuldeten Gegenleistung aus einem Pflichtangebot, das bereits aufgrund der Ursprungsvereinbarung aus September 2008 zu veröffentlichen gewesen sei. Hilfsweise macht sie geltend, dass die Beklagte jedenfalls zu späteren Anknüpfungszeitpunkten zur Veröffentlichung eines Pflichtangebots verpflichtet gewesen sei. Auch zu diesen Zeitpunkten würde sich ein höherer Preis als der des freiwilligen Übernahmeangebots ergeben

7

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; der Senat hat die dagegen gerichtete Berufung zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Auf die Entscheidungen nimmt der Senat ergänzend Bezug (§ 540 Abs. 1 ZPO). Der Bundesgerichtshof (Urteil vom 29.7.2014, II ZR 353/12), auf dessen Entscheidung ebenfalls ergänzend Bezug genommen wird, hat das Urteil des Senats auf die Revision der Klägerin aufgehoben und die Sache an den Senat zurückverwiesen. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt:

8

Der Senat habe zu Recht Ansprüche aus § 35 Abs. 2 WpÜG oder § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 35 Abs. 2 WpÜG verneint. Er habe auch zu Recht angenommen, dass die bei dem freiwilligen Übernahmeangebot der Beklagten vom 7. Oktober 2010 angebotene Gegenleistung bezogen auf die gesetzlichen Referenzzeiträume gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, Abs. 4 bis 7 WpÜG in Verbindung mit §§ 3, 4 und 5 WpÜG-AngVO angemessen gewesen sei. Ein Kontrollerwerb nach § 29 Abs. 2 WpÜG komme mit Rücksicht darauf, dass die Klägerin zu Recht nicht geltend mache, dass die Beklagte vor dem

9

Übernahmeangebot das Eigentum an mindestens 30 % der A-Aktien erworben habe, nur in Betracht, wenn ein (weiterer) Zurechnungstatbestand aus § 30 WpÜG erfüllt sei. Einen solchen Zurechnungstatbestand habe der Senat zu Recht nicht aus der Ursprungsvereinbarung vom 12. September 2008 bejaht. Insbesondere habe der Senat zu Recht angenommen, dass für die Zurechnung von Stimmrechten aus Aktien, die der Bieter durch eine Willenserklärung erwerben kann, gemäß § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 WpÜG ein schuldrechtlicher Anspruch auf Übereignung der Aktien nicht genüge und sich der Erwerb eines dinglichen Anwartschaftsrechts an den Aktien im Rahmen der Ursprungsvereinbarung mangels schlüssigen Vortrags der Klägerin nicht feststellen lasse. Zu Recht habe der Senat auch eine Zurechnung aus der Nachtragsvereinbarung vom 14. Januar 2009 verneint, soweit sich diese aus § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 5 WpÜG ergeben könnte, weil weder festgestellt werden könne, dass die B die Aktien für Rechnung der Beklagten als Bieter gehalten habe noch dass die Beklagte durch die Vereinbarung dingliche, an keine weiteren Voraussetzungen geknüpfte Erwerbsrechte hinsichtlich der Aktien aus der Pflichtwandelanleihe und den Optionsvereinbarungen erlangt habe. Erforderlich sei allerdings eine weitere Sachaufklärung im Zusammenhang mit der Behauptung einer Zurechnung nach § 30 Abs. 2 WpÜG wegen eines abgestimmten Verhaltens (acting in concert), zu dem die Klägerin mit der Behauptung vorgetragen habe, die B habe sich – abgesichert durch eine Interessenschutzklausel - willentlich und auf Basis der mit der Beklagten getroffenen Vereinbarungen bei der Stimmrechtsausübung in den Hauptversammlungen der A bis zum 25. Februar 2012 den Zielen der Beklagten untergeordnet.

Die Klägerin sieht bereits in den - inzwischen von der Beklagten vorgelegten -vertraglichen Regelungen kontrollbegründende Abreden, die den geltend gemachten Anspruch rechtfertigen. Namentlich bei § 9.1a) der Ursprungsvereinbarung und § 10.1a) der Änderungsvereinbarung, die nach ihrer Auffassung über die allgemeine Nebenpflicht der B zur Erreichung des Vertragszwecks hinausgingen, handele es sich um Interessenschutzklauseln im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Entsprechendes gelte für die in den Pfandverträgen jeweils unter § 5.1 getroffene Regelung, die über die gesetzlichen Verpflichtungen des Eigentümers zugunsten des Pfandgläubigers hinausgehe und ebenfalls die Zurechnung nach § 30 Abs. 2 WpÜG begründe. Nach Ansicht der Klägerin ergibt sich die frühere Übernahme der Kontrolle aber auch aus weiteren Regelungen in den von der Beklagten inzwischen vorgelegten Verträgen, zumindest in ihrer Gesamtschau. Die Klägerin ist zudem der Auffassung, dass die B und die Beklagte über den Inhalt der von der Beklagten vorgelegten Verträge hinaus kontrollbegründende Absprachen, etwa im Zusammenhang mit der Besetzung von Vorstands- und Aufsichtsratsposten sowie einer Kapitalerhöhung bei der A und hinsichtlich der Dividendenbezugsrechte, getroffen hätten. Sie hat in diesem Zusammenhang umfangreich zum wirtschaftlichen und politischen Hintergrund der Transaktion vorgetragen und diesen Vortrag durch die Benennung einer Reihe von Zeugen unter Beweis gestellt.

10

Aus den Abreden ergebe sich eine „Vollrechtstreuhand“, die aufgrund des Fehlens jedweder eigenen Interessen der B an der A-Beteiligung auch die Zurechnung nach § 30 Abs. 1 Nr. 2 WpÜG an die Beklagte begründe. Die B sei nach Abschluss der Ursprungsvereinbarung weder an einer Steigerung des Unternehmenswertes noch an der Ausschüttung von Unternehmensgewinnen beteiligt gewesen. Mit der Ursprungsvereinbarung habe die Beklagte sich ohne jede inhaltliche Beschränkung auf die ursprünglichen Verkaufsaktien verpflichtet, an die B einen Betrag in Höhe von 110 Mio. € als Dividendenausgleich zu zahlen. Dabei handele es sich - schon rein rechnerisch - nicht um den Dividendenausgleich allein für das Geschäftsjahr 2008. Die Klägerin stützt sich außerdem auf den Zurechnungstatbestand des § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 WpÜG. Die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

11

erforderliche gesicherte dingliche Erwerbsmöglichkeit der Beklagten ergebe sich zumindest aus § 8 der Pfandverträge.

Die Klägerin beantragt, 12

die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 29. Juli 2011 (82 O 28/11) zu verurteilen, an sie 4.837.500 € nebst 5 % Zinsen seit dem 15.11.2010 zu zahlen (Anknüpfungspunkt Ursprungsvereinbarung), 13

„vorsorglich“, die Beklagte zu verurteilen, an sie 3.663.000 € nebst 5 % Zinsen seit dem 15.11.2010 zu zahlen (Anknüpfungspunkt Put-Option), 14

„höchstvorsorglich“, die Beklagte zu verurteilen, an sie 3.557.500 € nebst 5 % Zinsen hieraus seit dem 15.11.2010 zu zahlen (Anknüpfungspunkt Call-Option), 15

„höchst-höchstvorsorglich“, die Beklagte zu verurteilen, an sie 3.067.500 € nebst 5 % Zinsen seit dem 15.11.2010 zu zahlen (Anknüpfungspunkt Zwangsumtauschanleihe). 16

Die Beklagte beantragt, 17

die Berufung zurückzuweisen. 18

Sie hält die Voraussetzungen für ein „acting in concert“ auch unter Berücksichtigung des neuen Sachvortrags der Klägerin nicht für gegeben. Bei richtiger Bewertung enthielten weder die Ursprungs- und die Nachtragsvereinbarung noch die Verpfändungsverträge eine Interessenschutzklausel im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, die zurechnungsbegründend sein könne. § 9.1.a der Ursprungsvereinbarung (wie auch die entsprechende Regelung in der Nachtragsvereinbarung) habe nach dem Willen der Vertragsparteien lediglich einen temporären Schutz der Beklagten für den Übergangszeitraum zwischen Verkauf und Übertragung der Minderheitsbeteiligung bezweckt, nicht aber die Verschaffung von unternehmerischem Einfluss für die Beklagte. Ebenso wie § 9.1.a der Ursprungsvereinbarung gehe die Regelung in § 5.1 der Verpfändungsverträge nicht über eine Regelung der allgemeinen vertraglichen Nebenpflichten und aktienrechtlichen Pflichten der B hinaus. Nichts Anderes gelte auch für die weiteren im Zuge des Verfahrens vorgelegten Verträge. Weder aus einzelnen Regelungen für sich genommen noch aus einer Gesamtschau der Verträge ergebe sich eine Übernahme der Kontrolle vor dem Zeitpunkt der Abgabe des Übernahmeangebots im Oktober 2010. Es seien auch über die vorgelegten Verträge hinaus keinerlei kontrollbegründende Abreden formeller oder informeller Art getroffen worden. Auch die Voraussetzungen für eine Stimmrechtszurechnung nach § 30 Abs. 1 Nr. 2 WpÜG lägen nicht vor. Die B habe schon im Hinblick auf eine intensive Kooperation zwischen ihr und der A auch nach dem Abschluss der Ursprungs- und auch nach Abschluss der Änderungsvereinbarung mit der Abeteiligung eigene Zwecke verfolgt. Vor allem aber sei die Dividendenchance bis zum Eigentumserwerb durch die Beklagte bei der B verblieben. Schließlich lägen auch die Voraussetzungen für eine Zurechnung nach § 30 Abs. 1 Nr. 5 WpÜG nicht vor, weil sie vor Abgabe ihres freiwilligen öffentlichen Übernahmeangebots am 7. Oktober 2010 nicht die Möglichkeit gehabt habe, die A-Aktien sofort und unbedingt dinglich zu erwerben. 19

Mit Schriftsatz vom 05.02.2015 (Bd. IV Bl. 727 ff) hat die Klägerin die 20
„Aktienverpfändungsvereinbarung in Bezug auf die Pflichtumtauschanleihen“ vom 25.02.2009 (K 15 Bl. 767 ff., K 16 Bl. 780 ff;) und die Aktienverpfändungsvereinbarung bezüglich der Rückzahlung der Barsicherheit gemäß der Nachtragsvereinbarung vom 25. Februar 2009 (K

17 Bl. 789 ff) vorgelegt.

Der Senat hat in dem aus dem Beschluss vom 12.4.2019 (GA Bl. 2386) ersichtlichen Umfang die Vorlage von die Transaktion betreffenden Urkunden durch die Beklagte angeordnet. Dieser Anordnung ist die Beklagte durch die Vorlage der Urkunden in Kopie (mit Schriftsatz vom 6.5.2019 (Bl. 2416 ff.) nachgekommen. Auf die Anordnung im Beschluss vom 17.9.2019 (Bl. 2680) hat sie in dem vor dem Senat geführten Parallelverfahren 13 U 231/17 die Urkunden im Original vorgelegt (Übergabeprotokoll vom 2.10.2019; GA 13 U 231/17 Bl. 8573).

Ferner hat der Senat auf der Grundlage der Beweisanordnungen vom 19.2.2019 (Bl. 2220 ff.), vom 9.10.2019 (GA 2807 f.) und vom 4.12.2019 (Bl. 3048) Beweis erhoben durch Vernehmung von Zeugen und die Vernehmung eines Mitgliedes des Vorstandes der Beklagten als Partei. Zum Ergebnis der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschriften vom 30.10., 6.11., 20.11., 27.11., 4.12., 18.12.2019, 15.1., 29.1., 5.2., 26.2. und 3.9.2020 verwiesen. Mit am 10.4.2019 (Bl. 2369 ff.), am 27.11.2019 (Bl. 3014 ff.) und am 08.01.2020 (Bl. 3145 ff.) verkündeten Zwischenurteilen, auf die wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, hat der Senat festgestellt, dass den Zeugen D, Dr. E, F, G und H jeweils ein umfassendes Zeugnisverweigerungsrecht zusteht.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens wird auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze und vorgelegten Unterlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Den Nachweis, dass die Beklagte schon vor ihrem Übernahmeangebot vom 7.10.2010 die Kontrolle über die A im Sinne des § 29 Abs. 2 WpÜG durch Zurechnung nach § 30 WpÜG erlangt hat, hat die Klägerin nicht geführt. Dass ein Zurechnungstatbestand gemäß § 30 WpÜG erfüllt ist, lässt sich auch nach durchgeführter Beweisaufnahme und unter Berücksichtigung des weiteren Parteivortrags nicht feststellen.

1.

Die Kontrollschwelle des § 29 WpÜG ist nicht schon ohne das Hinzutreten einer Zurechnung von Stimmrechten nach § 30 WpÜG unter Berücksichtigung eines Eigen- und/oder Handelsbestandes im Konzern der Beklagten erreicht. Kontrolle im Sinne von § 29 WpÜG ist das Halten von mindestens 30 % der Stimmrechte an der Zielgesellschaft. Abzustellen ist nicht auf den Abschluss des schuldrechtlichen Geschäfts, sondern auf das Eigentum (BGH II ZR 353/12 Rdn. 36; Angerer/Geibel/Süßmann/Süßmann, 3. Aufl. 2017, WpÜG § 29 Rdn. 24; Schwark/Zimmer/Noack/Zetzsche, 5. Aufl. 2020, WpÜG § 29 Rdn. 36). Aus diesem Grund hat der allein schuldrechtlich begründete Anspruch der Beklagten auf Übertragung der Minderheitsbeteiligung von 29,75 % in diesem Zusammenhang außer Betracht zu bleiben. Dass von der Beklagten im Handelsbestand gehaltene Aktien allein den Schwellenwert erreichen, macht die Klägerin selbst nicht geltend.

2.

Anders als das Landgericht Köln im - beim Senat in der Berufung unter dem Aktenzeichen 13 U 231/17 anhängigen - Verfahren 82 O 11/15 (im Folgenden Parallelverfahren) mit Urteil vom 20.10.2017 angenommen hat, ergibt sich eine Zurechnung nach § 30 Abs. 2 WpÜG nicht aus den ihm vorliegenden Teilen der Ursprungsvereinbarung vom 12.9.2008 sowie den jeweils vom 25.2.2009 datierenden Pfandverträgen Zwangsumtauschleihe und cash collateral (in

der hier maßgeblichen Bestimmung des § 5.1 inhaltlich identisch mit § 5.1 des Pfandvertrages vom 30.12.2008). Sie ergibt sich auch nicht aus der Änderungsvereinbarung vom 14.1.2009 und aus dem Aktienpfandvertrag vom 30.12.2008. Auch aus anderen Teilen dieser Dokumente und aus anderen von den Parteien vorgelegten Vertragsunterlagen ergibt sich – auch in ihrer Zusammenschau und im Rahmen einer Gesamtschau mit den Aussagen der vom Senat vernommenen Zeugen – kein Zurechnungstatbestand. Anhaltspunkte dafür, dass sich eine solche Zurechnung aus weiteren Urkunden ergeben könnte, sind weder ersichtlich noch ausreichend vorgetragen. Die Aussagen der vom Senat vernommenen Zeugen haben keinen Nachweis für die Behauptung der dafür darlegungs- und beweispflichtigen Klägerin erbracht, dass es zwischen der B und der Beklagten zurechnungsrelevante Vereinbarungen außerhalb der vorgelegten Vertragsurkunden gegeben hat.

Damit sind für die Bemessung der Gegenleistung weiter die gesetzlichen Referenzzeiträume maßgebend (BGH II ZR 353/12 Rdn. 28 bis 33) und der Klägerin steht ein Anspruch auf Zahlung eines Differenzbetrages nicht zu. 30

3. 31

Der Senat hatte im Anschluss an das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29. Juli 2014 (II ZR 353/12) zunächst zu klären, ob die Voraussetzungen einer Zurechnung von Stimmrechten nach § 30 Abs. 2 WpÜG wegen eines abgestimmten Verhaltens (acting in concert) vorliegen. Nach § 30 Abs. 2 WpÜG werden dem Bieter Aktien eines Dritten - hier der B - zugerechnet, mit dem der Bieter oder sein Tochterunternehmen sein Verhalten in Bezug auf die Zielgesellschaft auf Grund einer Vereinbarung oder in sonstiger Weise abstimmt; ausgenommen sind Vereinbarungen in Einzelfällen, wobei dieser Begriff formal zu bestimmen ist (BGH II ZR 190/17 Rdn. 34 – 39). Ein abgestimmtes Verhalten setzt voraus, dass der Bieter oder sein Tochterunternehmen und der Dritte sich über die Ausübung von Stimmrechten verständigen oder mit dem Ziel einer dauerhaften und erheblichen Änderung der unternehmerischen Ausrichtung der Zielgesellschaft in sonstiger Weise zusammenwirken. Ein Zusammenwirken in sonstiger Weise kann auch außerhalb der Hauptversammlung vorliegen und erfordert die koordinierte, auf einer gemeinsamen Absprache und Strategie beruhende Ausübung gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflusses auf den Emittenten. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Stimmrechte tatsächlich koordiniert ausgeübt werden, vielmehr genügt bereits eine darauf gerichtete Absicht. Unternehmerische Ausrichtung ist die vom Vorstand aufgrund seiner Leitungsmacht bestimmte Unternehmenspolitik der Gesellschaft. Die unternehmerische Ausrichtung umfasst die grundlegenden Weichenstellungen, die das Unternehmen als Ganzes betreffen, wie das verfolgte Geschäftsmodell, die Ausrichtung der Geschäftsbereiche oder die Finanzierungsstruktur. Sie ist mit dem in der Satzung festgelegten Gegenstand des Unternehmens nicht gleichzusetzen, weil sie auch die Unternehmenspolitik, die Formulierung und Durchsetzung von Zielen und Maßnahmen, die das Unternehmen als Ganzes betreffen und das Unternehmensgeschehen für die Zukunft festlegen, einschließt. Die Festlegung der Unternehmenspolitik ist aufgrund seiner Leitungsfunktion grundsätzlich Sache des Vorstands der Aktiengesellschaft (§ 76 Abs. 1 AktG). Änderung ist der Wechsel von einer bestehenden unternehmerischen Ausrichtung zu einer anderen. Abreden mit dem Ziel, eine bestehende unternehmerische Ausrichtung und damit die jeweils bestehende Unternehmenspolitik beizubehalten, sind deshalb keine Änderungen (BGH II ZR 190/17 Rdn. 15 – 18; zum Begriff des Zusammenwirkens in sonstiger Weise ferner Paschos/Fleischer, Übernahmerecht HdB, 2017, Rdn. 330; Assmann/Schneider/Mülbert, Wertpapierhandelsrecht, 7. Auflage 2019 zur Parallelvorschrift des § 34 Abs. 2 WpHG Rdn. 155; BGH II ZR 353/12 Rdn. 59: Ausübung 32

aktienrechtlicher Rechte).

4. 33

Diese Voraussetzungen liegen nach der Entscheidung des BGH vom 29.7.2014 im Streitfall vor, wenn sich die B im Zusammenhang mit der Transaktion den Zielen der Beklagten dadurch untergeordnet hat, dass sie sich im Rahmen einer Interessenschutzklausel verpflichtet hat, die ihr zustehenden aktienrechtlichen Rechte bis zum Vollzug der Zwangsumtauschleihe am 25. Februar 2012 nur unter Berücksichtigung der Interessen der Beklagten auszuüben. Die Prüfung war – nachdem die Beklagte der Anordnung des Senats folgend nicht nur die Ursprungs-, sondern auch die Nachtragsvereinbarung sowie weitere Vertragsdokumente vorgelegt hat - auf diese Verträge insgesamt zu erstrecken, Darüber hinaus war auf der Grundlage des weiteren zweitinstanzlichen Vortrags der Parteien zu untersuchen, ob es zurechnungsbegründende Vereinbarungen außerhalb der genannten und im Prozess vorgelegten Urkunden gegeben hat. 34

5. 35

Was unter dem Begriff der Interessenschutzklausel zu verstehen ist, ist im Anschluss an die Entscheidung des BGH vom 29.7.2014 in der Literatur unterschiedlich bewertet worden. Zu Recht besteht jedoch weitgehend Einigkeit darüber, dass eine die Zurechnung nach § 30 Abs. 2 WpÜG rechtfertigende Vereinbarung jedenfalls dann nicht vorliegt, wenn es lediglich um die Aufrechterhaltung des status quo für den Zeitraum bis zum tatsächlichen Übergang des Unternehmens an den Käufer (closing) gehen soll, also keine über die allgemeine Leistungstreuepflicht hinausgehenden Absprachen oder tatsächlichen Einflussnahmen festzustellen sind (so – neben dem Landgericht Köln in der Entscheidung im Parallelverfahren Rdn. 113 - Angerer/Geibel/Süßmann, WpÜG, 3. Auflage 2017 § 30 Rdn. 36; Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, 9. Auflage 2019, Rdn. 13.116; Scheibenpflug/Tönningsen, BKR 2015, 140 ff; Bericht des Finanzausschusses zum Risikobegrenzungs-gesetz, BT-Drucks. 16/9821, S. 11. rechte Spalte; enger Brellocks, AG 2019, 29 ff – unternehmerische Einflussnahme erforderlich, ebenso Steinmeyer, WpÜG, 4. Auflage 2019, § 30 Rdn. 54; für den Begriff der Interessenschutzklausel enger Paschos/Fleischer aaO Rdn. 347: Die Annahme einer Interessenschutzklausel erfordert eine konkrete Regelung zur Ausübung des Stimmrechts bei bestimmten Beschlussgegenständen oder ein Mitspracherecht). In diesem Sinne hat der Senat die Vorschrift des § 30 Abs. 2 WpÜG bereits in seiner Ausgangsentscheidung vom 31.10.2012 verstanden (Rdn. 48). Soweit in der Entscheidung des BGH (II ZR 353/12 Rdn. 60) im Zusammenhang mit der durchzuführenden Beweisaufnahme von einer *Konkretisierung* der allgemeinen vertraglichen - und sich aus §§ 241 Abs. 2, 242 BGB ergebenden - Nebenpflichten der B die Rede ist, die Erreichung des Vertragszwecks nicht zu gefährden, bedeutet das nicht, dass Abreden zur Aufrechterhaltung des status quo kontrollbegründend sind, weil es bei der Verpflichtung, von dem Stimmrecht nur unter Berücksichtigung der Interessen der Beklagten Gebrauch zu machen, um über das bloße Erreichen des Vertragszwecks hinausgehende Interessen geht (nämlich um die - zeitlich gestreckte - Unterordnung unter die Ziele der Beklagten; BGH II ZR 353/12 Rdn. 59). Regelungen, die sich darin erschöpfen, die sich bereits aus § 242 BGB ergebende Verpflichtung abzubilden, den Vertragszweck nicht zu gefährden, sind weder als Unterordnung unter die Ziele des Bieters noch als eine kontrollbegründende Interessenberücksichtigung zu qualifizieren und führen also nicht zu einer Zurechnung. 36

6. 37

38

Bei Zugrundelegung dieses rechtlichen Maßstabs ergibt sich entgegen der von der Klägerin und dem Landgericht im Parallelverfahren vertretenen Auffassung zunächst aus der Regelung in § 9.1 a der Ursprungsvereinbarung – die in allen vier Varianten zeitlich begrenzte Zustimmungsvorbehalte der Beklagten in Bezug auf Gesellschafterbeschlüsse bei der Zielgesellschaft statuiert - keine Zurechnung. Das Gleiche gilt im Hinblick auf die wortgleichen Bestimmungen in den für die Beurteilung in erster Linie maßgeblichen Vertragsteilen (§ 9.1 a der Ursprungsvereinbarung, § 10.1 a der Änderungsvereinbarung) für die Nachtrags- (oder Änderungs-) Vereinbarung vom 14.1.2009. Soweit Unterschiede – wie das hinsichtlich der Vereinbarung zur Gültigkeitsdauer bzw. zum closing date und hinsichtlich der anderen Transaktionsstruktur der Fall ist – bestehen, geht der Senat darauf im Folgenden gesondert ein.

a. 39

Unzweifelhaft gilt das genannte Ergebnis zunächst für den Zustimmungsvorbehalt zur Umwandlung der Gesellschaft im Rahmen des UmwG (wie offenbar auch das Landgericht im Parallelverfahren – Rdn. 134 – angenommen hat). Die von der B geschuldete Übertragung von Aktien der Zielgesellschaft wäre nach einer rechtsformändernden Umwandlung nicht mehr möglich, der Zustimmungsvorbehalt des § 9.1 a (ii) der Ursprungsvereinbarung stellte demzufolge lediglich sicher, dass eine Vereitelung der weiteren Vertragsdurchführung unterblieb. 40

b. 41

Für den Zustimmungsvorbehalt hinsichtlich einer Änderung der Satzung (§ 9.1 a (i) der Ursprungsvereinbarung) gilt nichts Anderes. Er erschöpft sich – ohne, anders als das Landgericht im Parallelverfahren angenommen hat (Rdn. 141), der Beklagten die Möglichkeit zu geben, Satzungsänderungen „durchzusetzen“ – in der Möglichkeit für die Beklagte, eine Satzungsänderung durch einen Gesellschafterbeschluss ohne ihre Zustimmung zu verhindern. Eine Verpflichtung der B, gegen bestimmte Beschlüsse der Hauptversammlung zu stimmen, kann ihm dagegen ebenso wenig entnommen werden wie eine aktive Einflussmöglichkeit der Beklagten auf die Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung. Er begründet damit (nur) ein passives Abwehrrecht der Beklagten, mit dem sie lediglich die Aufrechterhaltung des bis dahin geltenden Zustandes und damit des status quo erreichen konnte. Eine Absprache aber, die lediglich eine Änderung der für die Zielgesellschaft zentralen Rechtsgrundlage unter den Zustimmungsvorbehalt des Bieters stellt und damit auch insoweit den status quo sichert, kann - wie ausgeführt – nicht kontrollbegründend sein. Eine andere Sichtweise lässt außer Acht, dass es in der Natur eines nur passiven Abwehrrechtes wie des hier streitgegenständlichen, tatbestandlich eingeschränkten Zustimmungsvorbehalts liegt, dass mit ihm nicht aktiv eine Veränderung des bestehenden Zustandes, mithin keine Änderung des status quo erreicht werden kann. Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, dass es sich um eine „überschießende Rechtsgewährung“ handele, weil der Zustimmungsvorbehalt sich nicht lediglich auf das erworbene Anteilspaket, sondern auf alle von der B gehaltenen A-aktien beziehe. Eine solche Unterscheidung ist sinnvoll nicht möglich. Adressat der von der B in § 9.1 a (i) der Ursprungsvereinbarung eingegangenen Verpflichtung sind nicht die Rechte an den übertragenen Aktien, sondern die B als Vertragspartner der Beklagten. Den Vertragszweck gefährdende oder ihn vereitelnde Handlungen, die mit dem Zustimmungsvorbehalt verhindert werden sollen, können sich demzufolge nicht auf die erworbenen Aktien beschränken, sondern betreffen das Verhalten der B als Rechtsperson. Sie ist – ohne dass insoweit zwischen dem verkauften Aktienbestand und den restlichen Anteilen sinnvoll unterschieden werden könnte – insgesamt gehalten, 42

nicht auf dem Weg von Gesellschafterbeschlüssen (in diesem Zusammenhang: zu Satzungsänderungen) die Vertragserfüllung zu gefährden oder zu vereiteln. Ebenso wenig kann angenommen werden, dass jede Regelung, die über einen Zustimmungsvorbehalt zu Verfügungen über Geschäftsanteile hinausgeht, den Boden einer bloßen status-quo-Regelung verlassen würde. Vielmehr sind – wie gerade die Beispiele der Satzungsänderung und, besonders plastisch, einer Umwandlung der Zielgesellschaft zeigen - eine Reihe weiterer Möglichkeiten denkbar, wie sich außerhalb der bloßen Verfügung über den Kaufgegenstand hinaus Maßnahmen negativ auf das Erreichen des Vertragszweckes auswirken können. Soweit das Landgericht im Parallelverfahren (Rdn. 100) offenbar von einer inhaltlich nicht eingeschränkten Vereinbarung über die Ausübung von Stimmrechten ausgegangen ist, berücksichtigt es nicht ausreichend den Umstand, dass die Vereinbarung sich zum einen auf bestimmte Regelungsgegenstände – bzw. (in der vierten Alternative, wie noch auszuführen ist) lediglich auf solche Maßnahmen und Handlungen bezüglich der Gesellschaft bezieht, die die vorgesehenen Transaktionen „in Zweifel ziehen, verhindern oder wesentlich verzögern könnten“ - und sich zum anderen auf ein rein passives Abwehrrecht in Form eines Zustimmungsvorbehalts beschränkt. Davon, dass sämtliche Stimmrechte in das Ausübungsermessen des Bieters gestellt seien, kann daher keine Rede sein.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird zumindest für die Ursprungsvereinbarung unmittelbar durch die Systematik des Gesetzes bestätigt (aber auch für die Nachtragsvereinbarung trotz des geringeren Umfangs der danach im ersten Schritt zu erwerbenden Aktien nicht in Frage gestellt). Wie sich aus § 179 AktG ergibt, ist – vorbehaltlich abweichender Satzungsregelungen - ein Minderheitsaktionär, der über mehr als 25 % des Grundkapitals verfügt, außer in den Fällen einer abweichenden Regelung in der Satzung zum Quorum in der Lage, eine Satzungsänderung zu verhindern, weil für eine solche eine Mehrheit von mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals erforderlich ist, ohne dass dies – wie aus § 29 Abs. 2 S. 1, 1. Alt WpÜG folgt – zu einem Kontrollerwerb im Sinne des WpÜG führt. Die vertragliche Regelung des Zustimmungsvorbehalts in § 9.1 a (i) der Ursprungsvereinbarung geht aber über die Gesetzeslage in § 179 Abs. 2 AktG nicht hinaus und ist deshalb ebenso kein Anlass für die Annahme einer Kontrollerlangung, wie sich aus der höheren Schwelle in § 29 Abs. 2 WpÜG ergibt. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass nach der Satzung der A – der gesetzlichen Öffnungsklausel folgend - Änderungen der Satzung des Unternehmens auch mit einfacher Mehrheit möglich waren. Eine Zurechnung kann nicht bereits daraus hergeleitet werden, dass die Beklagte sich auf eine Verhinderungsmöglichkeit für Beschlussfassungen nach dem Closing berufen habe, denn damit würde der Regelungszusammenhang verkannt, auf den sich die Beklagte gestützt hat.

Für die Regelung unter § 10.1a der Nachtragsvereinbarung gilt in Bezug auf die rechtliche Stellung der Beklagten als Minderheitsaktionärin nichts Anderes. Zwar sollte die Beklagte danach im ersten Schritt nur 22,9 % der Aktien und damit einen unterhalb einer Sperrminorität liegenden Anteil an den Aktien der A erwerben. Indessen überschritt der zu erwerbende Aktienanteil zusammen mit den von einer Tochtergesellschaft der Beklagten, der I2 zwischen dem 22.1.2009 und 6.3.2009 im Anschluss an den Abschluss der Nachtragsvereinbarung zusätzlich zu bereits gehaltenen 0,16 % der A Aktien erworbenen weiteren 2,1 % der A Aktien bereits vor der Hauptversammlung der A am 22.4.2009 die Schwelle zur Sperrminorität (Schwelle von 25 % + 1 Aktie).

c.

Auch die Regelung in § 9.1 a (iii) der Ursprungsvereinbarung geht über die Statuierung eines nicht kontrollbegründenden passiven Abwehrrechts nicht hinaus. Die Regelung sieht keine Vereinbarung über die Verwendung der Dividende und auch keine Absprache vor, dass die B gegen die Ausschüttung von Dividenden stimmen müsse, sondern erschöpft sich in dem auch für die anderen Alternativen geltenden Zustimmungsvorbehalt. Den wirtschaftlichen Grund dafür hat die Beklagte plausibel erläutert; er liegt in dem Umstand begründet, dass die B nach dem erwarteten Verlauf noch für das gesamte Geschäftsjahr 2008 Inhaberin der schuldrechtlich verkauften Aktien war, infolge des bereits vor der nächsten ordentlichen Hauptversammlung erwarteten Closings (dazu sogleich) aber nicht mehr im Zeitpunkt des nächsten Dividendenbeschlusses. Weil die Parteien unter anderem (dazu unten Ziffer 8 c) dafür gemäß § 3.1.1 der Ursprungsvereinbarung „als weiteres Element des Kaufpreises“ ein zusätzliches Entgelt vereinbart hatten, war eine Regelung zur Verhinderung eines früheren Dividendenbeschlusses folgerichtig.

Dazu passt, dass die Geltungsdauer der Bestimmung (wie auch der anderen Alternativen von § 9.1 a der Ursprungsvereinbarung) auf den Zeitraum zwischen Unterzeichnungs- und dem in § 4 der Vereinbarung näher definierten Vollzugsdatum beschränkt war, wie sich aus der inzwischen vorliegenden Fassung des Vertrages ergibt. Danach sollte der Vollzug durch Zahlung des Kaufpreises und Unterzeichnung einer Aktienübertragungsvereinbarung erfolgen (§ 4.6. der Ursprungsvereinbarung). Die Vollzugsereignisse waren damit für das erste Quartal 2009 (mithin vor dem Zeitpunkt der erst für das zweite Quartal 2009 zu erwartenden Hauptversammlung der A) vorgesehen. Das entsprach auch den Erwartungen der Parteien für den tatsächlichen Ablauf, wie die Zeugen I (S. 9 des Protokolls vom 30.10.2019 - Bd. XIII Bl. 2889) und J (S. 29 des Protokolls vom 30.10.2019 „wegen der erwarteten Übernahme der Aktien vor der nächsten Hauptversammlung“ – Bd. XIII Bl. 2899) glaubhaft bestätigt haben. Auch das Closing für die Nachtragsvereinbarung vom 14.1.2009 sollte vertragsgemäß im ersten Quartal stattfinden, wie sich aus § 5 des Vertrages und den Definitionen der dort verwendeten Begriffe, im Übrigen aber auch aus der Präambel C der am 25.2.2009 abgeschlossenen Zeichnungsvereinbarung in Bezug auf Pflichtumtauschschuldverschreibungen (Anl. B 69) ergibt. Das findet seine Bestätigung in der Ad-hoc-Mitteilung der Beklagten vom 14.1.2009 (Anl. B 4). Dass das Closing auch tatsächlich Ende Februar 2009 stattfand, ergibt sich aus dem Geschäftsbericht der B für das Jahr 2008 (Anl. B 55 Bd. IX Bl. 2087 f.) und der glaubhaften Bestätigung des Zeugen Dr. C (Prot. vom 6.11.2019 Bd. XIII Bl. 2906).

Der Annahme des Landgerichts im Parallelverfahren, die Klausel umfasse auch den Zeitpunkt der Ausübung der wechselseitigen Optionen, kann damit in Anbetracht des jetzt zugänglichen Vertragstextes nicht beigetreten werden. Die in diesem Sinne begrenzte Gültigkeitsdauer der Klausel reicht nicht für die Annahme einer über die Aufrechterhaltung des Status quo hinausgehenden Regelung aus. Unerheblich ist auch die nur theoretische Möglichkeit einer erst späteren kartellrechtlichen Freigabe (oder dem späteren Eintritt weiterer aufsichtsrechtlicher Anzeige- und Genehmigungserfordernisse). Die Zustimmung der deutschen Kartellbehörden galt gemäß § 40 Abs. 2 S. 2 GWB - vorbehaltlich der Einschränkungen des § 40 Abs. 2 S. 4 GWB - auch bei Eintritt in das Hauptprüfungsverfahren als erteilt, wenn den anmeldenden Unternehmen eine Untersagungs- oder Freigabeverfügung des Bundeskartellamtes nicht binnen vier Monaten ab Eingang der vollständigen Anmeldung zugestellt wurde. Auch unter Berücksichtigung des kartellrechtlichen Genehmigungsverfahrens war damit das Closing im ersten Quartal 2009 zu erwarten.

47

48

49

Die Regelung in § 9.1 a (iii) der Ursprungsvereinbarung (und die entsprechende Vereinbarung in der Nachtragsvereinbarung) stellt nach allem also ebenfalls ein nur passives Abwehrrecht dar, aus dem sich – auch unter Berücksichtigung der folgenden Überlegungen – eine kontrollbegründende Stimmrechtsvereinbarung nicht ergibt.

d. 50

Unzweifelhaft geht schließlich auch § 9.1 a (iv) der Ursprungsvereinbarung (und die entsprechende Vereinbarung in der Änderungsvereinbarung) nicht über Regelungen zur Aufrechterhaltung des status quo hinaus. Das ergibt sich schon daraus, dass der Zustimmungsvorbehalt lediglich für solche Maßnahmen und Handlungen bezüglich der Gesellschaft gilt, die die vorgesehenen Transaktionen „in Zweifel ziehen, verhindern oder wesentlich verzögern könnten“. Das ist sprachlich und inhaltlich nichts anderes als eine Umschreibung der die B ohnehin treffenden (und keine Kontrolle begründenden) Leistungstreuepflicht (die Pflicht, den Vertragszweck nicht zu beeinträchtigen oder zu gefährden, Palandt, Kommentar zum BGB, 79. Auflage 2020, § 280 BGB Rdn. 25). Dass die Bestimmungen der Verträge – bzw. die Verhandlungsvorgaben – von den Vertragsparteien in diesem Sinne verstanden worden sind, ergibt sich aus den übereinstimmenden und glaubhaften Bekundungen der Zeugen Dr. C und I. 51

e. 52

Die Regelungen in § 9.1a der Ursprungsvereinbarung und § 10.1a der Änderungsvereinbarung sind damit insgesamt kontrollrechtlich unbedenklich. Es kommt daher nicht darauf an, ob – wie die Beklagte meint – auch eine Stimmrechtszurechnung nach § 30 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 WpÜG (wie die 2. Alt.) eine auf eine nachhaltige Beeinflussung der Unternehmenspolitik der Zielgesellschaft gerichtete Abrede erfordert. Ebenso wenig kommt es auf die Frage an, ob die Einzelfallausnahmeregelung einer Stimmzurechnung entgegenstehen würde (zu deren Reichweite Wackerbarth in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage 2017, § 30 WpÜG Rdn. 39, Steinmeyer, WpÜG, 4. Auflage 2019, § 30 WpÜG Rdn. 60). 53

7. 54

Auch aus anderen Regelungen der von den Parteien vorgelegten Verträge ergeben sich – weder bezogen auf einzelne Bestimmungen noch aus einer Gesamtschau – kontrollrechtlich relevante Bestimmungen. Das gilt für die Regelungen insgesamt, die der Senat umfassend geprüft hat. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach den glaubhaften und einhelligen Aussagen der Zeugen Dr. C (Prot. vom 6.11.2019 S. 18 Bd. XIII Bl. 2911 R), K (Prot. vom 4.12.2019, S. 14 Bd. XIV Bl. 3058 R), I (Prot. vom 30.10.2019 S. 10, Bd. XIII Bl. 2889 R) und Dr. L (Prot. vom 20.11.2019 S. 9 Bd. XIV Bl. 2988) der übereinstimmende und für das Verständnis des Vertragswerkes maßgebliche Wille der Parteien dahinging, dass eine (frühere) Kontrollübernahme nicht erfolgen sollte. Den wirtschaftlichen Hintergrund dafür haben die Zeugen M (Prot. vom 18.12.2019 S. 3 ff Bd. XIV Bl. 3101 ff) und J (Prot. vom 30.10.2019 S. 24 ff Bd. XIII Bl. 2896 ff) nachvollziehbar dargestellt. Danach wollte die Beklagte den sofortigen Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung deshalb nicht, weil er einen nach ihrer damaligen Beurteilung zu hohen Kapitalbedarf ausgelöst hätte. In Übereinstimmung damit hat auch der Zeuge L glaubhaft angegeben, dass nach seiner Kenntnis regulatorisch bedingte Probleme der ausreichenden Kapitalausstattung (der Beklagten) maßgeblicher Grund für den Erwerb einer bloßen Minderheitsbeteiligung gewesen seien. Das alles ist – wie vor diesem Hintergrund auch die Regelung in Ziffer 15 der Ursprungsvereinbarung - kontrollrechtlich unbedenklich. 55

Mit Rücksicht auf das Vorbringen der Klägerin ist zu einzelnen Aspekten des Vertragswerkes das Folgende auszuführen: 56

a. 57

Kontrollrechtlich unbedenklich sind die nur vorsorglich getroffenen Regelungen in § 12 der Ursprungsvereinbarung und § 13 der Änderungsvereinbarung zu einer Erhöhung des Grundkapitals der Gesellschaft, die beide von der Vorstellung der Vertragsparteien getragen waren, die Kontrollschwelle damit nicht zu überschreiten, wie ausdrücklich und glaubhaft der Zeuge Dr. L (S. 8 des Protokolls vom 20.11.2019 Bd. XIV Bl. 2987 R) und der Zeuge Dr. C (S. 26 des Protokolls vom 6.11.2019 Bd. XIII Bl. 2915 R: „Hinsichtlich der Kapitalerhöhung sollte es so sein, dass diese dann von der Transaktionsstruktur abgebildet wurden bzw. von ihr aufgenommen wurden.“) bekundet haben und die dieser Vorstellung bei richtigem Verständnis auch entsprechen. Der Umstand, dass der Fall eines Erwerbs von neuen Aktien durch die B über ihre Beteiligungsquote hinaus vor der Übertragung der Beteiligung an die Beklagte nicht geregelt war (Ziffer 12.3.2.), spricht nicht gegen, sondern für diese Wertung. § 12 der Ursprungsvereinbarung behandelt eine Kapitalerhöhung der A lediglich in dem Sinne, dass die Folgen einer Erhöhung des Grundkapitals auf die wechselseitigen Verpflichtungen aus der Ursprungsvereinbarung und Nachtragsvereinbarung geregelt wurden. Die Regelungen betreffen also nicht die Abstimmung einer Stimmrechtsausübung bezüglich einer oder mehrerer Kapitalerhöhungen(en), sondern die nachgelagerte Zeichnung und den Erwerb von Aktien aus einer bei Abschluss der Vereinbarungen mitbedachten Möglichkeit von Kapitalerhöhungen. Daher können aus der schon vor dem Hintergrund des genehmigten Kapitals II und im Übrigen im Hinblick auf die Optionsrechte erforderlichen Regelung keinerlei Rückschlüsse auf eine Absprache über die dann durchgeführte Kapitalerhöhung der A gezogen werden. Eine – allerdings schon tatbestandlich nicht vorliegende - Vereinbarung über den Erwerb von Aktien wäre allerdings kontrollrechtlich ohnehin nicht relevant. Der „abgestimmte Parallelerwerb“ wird nicht von § 30 Abs. 2 WpÜG erfasst, wie sich zwingend aus der Gesetzgebungshistorie zum Risikobegrenzungs-gesetz ergibt (Schwark/Zimmer/Noack/Zetzsche, 5. Aufl. 2020, WpÜG § 30 Rdn. 37; Steinmeyer, WpÜG, 4. Auflage 2019, § 30 Rdn. 56; v. Bülow in Kölner Kommentar zum WpÜG 2. Aufl. 2010, § 30 Rdn. 277) und würde sich – weil es nach der Unterzeichnung der Ursprungsvereinbarung für die Inanspruchnahme des genehmigten Kapitals keiner Beschlussfassung der Hauptversammlung mehr bedurfte – im Übrigen als reine Geschäftsführungsmaßnahme darstellen, die als nachgelagerte Umsetzung der bedingten Kapitalerhöhung von § 9.1.a. der Ursprungsvereinbarung nicht erfasst wurde. 58

b. 59

Auch die Regelungen in den Pfandverträgen (§ 5.1 des Aktienpfandvertrages vom 30.12.2008 sowie § 5.1. der Pfandverträge Pflichtumtauschleihe und Cash Collateral – Anlagen B 72, B 26 und B 27) gehen über Regelungen zum Erhalt des status quo nicht hinaus, wie sich bereits aus einem zutreffenden Verständnis des Wortlauts ergibt. Die Verpflichtung zur Sicherstellung der Gültigkeit und Durchsetzbarkeit der Pfandrechte entspricht ebenso wie die Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass der Wert der verpfändeten Aktien nicht wesentlich beeinträchtigt wird, in vollem Umfang den Verhaltenspflichten, die sich für den Pfandgeber – der nach der jeweiligen ausdrücklichen Regelung in § 5.1 Satz 1 Inhaber der mit den verpfändeten Aktien verbundenen Gesellschafterrechte bleibt - ohnehin nach Treu und Glauben aus dem Gesetz ergeben. Das gilt auch für die Beschränkung der Erhaltungspflicht auf wesentliche Wertminderungen, was zeigt, dass die Annahme des Landgerichts zu einer „optimalen Bewirtschaftung“ im Text der Regelungen keine Grundlage 60

findet. Deshalb treffen auch die im Parallelverfahren vom Landgericht in diesem Zusammenhang gezogenen rechtlichen Schlussfolgerungen nach Auffassung des Senats nicht zu.

Gegen die Bewertung der Bestimmungen als bloße status-quo-Erhaltungsregeln kann nicht eingewendet werden, dass in den Regelungen zu den Pfandverträgen – anders als in Ursprungs- und Nachtragsvereinbarung - keine Beschränkung auf einzelne Beschlussgegenstände enthalten und nicht lediglich ein Zustimmungsvorbehalt formuliert worden sei. Beides trifft zu, ändert aber nichts daran, dass der allein maßgebliche Inhalt der Vereinbarung keine Grundlage für die Annahme einer Absprache zur Ausübung der Stimmrechte im Interesse der Beklagten bzw. für die Unterordnung der B unter die Interessen der Beklagten oder gar die Vorstellung bietet, dass die Beklagte durch die Regelungen wirtschaftlich die Stellung einer Gesellschafterin erhalten habe. Die Regelung zum Verbleib der Gesellschafterrechte verbietet auch die Annahme, dass der B nur das Recht zum Empfang von Dividendenzahlungen (§ 4.2 der Verträge), nicht aber das Recht, hinsichtlich dieser Zahlungen ihre Stimmrechte auszuüben, zustehen sollte. 61

Auch aus § 5.2.1.d der Ursprungsvereinbarung ergibt sich nicht, dass die Kapitalerhöhung mit der Beklagten abgestimmt gewesen sein müsse, da anderenfalls die B der Beklagten nicht habe garantieren können, dass sowohl zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Vertrages als auch zum Zeitpunkt des Vollzuges keine verabschiedeten (eintragungspflichtigen aber noch nicht eingetragenen) Hauptversammlungs-, Vorstands- und/oder Aufsichtsratsbeschlüsse vorlagen. Dem steht schon entgegen, dass der vom Vorstand am 27. Oktober 2008 mit Zustimmung des Aufsichtsrats vom selben Tag gefasste Beschluss zur Kapitalerhöhung nicht eintragungspflichtig war, weil es sich um eine Entscheidung zur Ausübung bereits seit dem Jahr 2006 – nämlich aufgrund der in der ordentlichen Hauptversammlung vom 11. Mai 2006 erteilten Ermächtigung – genehmigten Kapitals und damit um eine Maßnahme der Geschäftsführung gemäß § 77 AktG gehandelt hat. Um eine rein technische Umsetzungsmaßnahme handelt es sich bei dem gemäß § 4 Abs. 7 der Satzung der A zur Ausgestaltung des Inhalts der Aktienrechte und der Bedingungen der Aktienaussgabe erforderlichen Aufsichtsratsbeschluss. Soweit nach § 201 AktG a.F. durch den Vorstand anzumelden war, in welchem Umfang im abgelaufenen Geschäftsjahr Bezugsaktien ausgegeben worden sind, hat die Anmeldung rein deklaratorische Wirkung (BeckOGK/Rieckers, 1.7.2020, AktG § 201 Rdn. 1). 62

c. 63

Ebenso wenig liegt im bloßen Abschluss einer Stand-still-Vereinbarung oder einer Nichteinlieferungsvereinbarung ein acting in concert, da solche Vereinbarungen nicht auf eine Einflussnahme auf die Zielgesellschaft abzielen (BGH, Urteil vom 18. September 2006, II ZR 137/05, Rdn. 26; Steinmeyer in: Steinmeyer, WpÜG, 4. Aufl. 2019, § 30 WpÜG Rdn. 57; v. Bülow in Kölner Kommentar zum WpÜG 2. Aufl. 2010, § 30 Rdn. 282). Eine Zurechnung nach § 30 Abs. 2 S. 2 2. Alt. WpÜG aufgrund § 13.2.5 der Ursprungsvereinbarung - Verbot unter bestimmten Bedingungen eine Veräußerungsoption wahrzunehmen oder ein freiwilliges Übernahmeangebot oder Pflichtübernahmeangebot (nicht) anzunehmen - und der Veräußerungsverbote der § 14 der Ursprungsvereinbarung (und § 15 der Nachtragsvereinbarung) kommt damit von vornherein nicht in Betracht. Entsprechendes gilt, soweit die Beklagte und die B – wie etwa in § 4.3, 4.5.1 der Verschiebungsvereinbarung - in den Verträgen Informations- und Beratungspflichten vereinbart haben. Diese stellen für sich betrachtet keine Abstimmung von Verhaltensweisen dar, sondern dienen allenfalls der Vorbereitung zu einer späteren, noch nicht erfolgten Verhaltensabstimmung (von Bülow in 64

- d. 65
- Die Auffassung der Klägerin, bei der Regelung in § 9.3 der Ursprungsvereinbarung handele es sich um ein verdecktes Halte- und Stimmrechtsverbot an die B, ist in Anbetracht von Inhalt und erkennbarer Zielrichtung der Bestimmung, die über ein Wettbewerbsverbot nicht hinausgeht, nicht verständlich. Weil nicht auf eine Änderung der Ausrichtung des Unternehmens gerichtet, sind auch die Regelungen in Ziffer 9.6. der Ursprungsvereinbarung nicht geeignet, eine Kontrolle zu begründen. Im Übrigen erschöpft sich die Vereinbarung insoweit im Verzicht der B darauf, von Kontrollwechselklauseln und der Möglichkeit zu einer außerordentlichen Kündigung Gebrauch zu machen. 66
- e. 67
- Dass sich die B unter §§ 4.2 und 4.6 der Verschiebungsvereinbarung dazu verpflichtet hat, die A zu einer Prüfung zu veranlassen, ob es „im besten Interesse der A“ notwendig und angemessen ist, Stabilisierungsmaßnahmen zu beantragen und den Investmentbankingbereich der Beklagten zu ihrem Finanzberater in Bezug auf die Vorbereitung und Einreichung eines Antrags und in Bezug auf Stabilisierungsmaßnahmen zu ernennen, ist gleichfalls unerheblich. Auch insoweit fehlt es an der erforderlichen Zielrichtung einer dauerhaften und erheblichen Änderung der unternehmerischen Ausrichtung der A. Dem steht nicht entgegen, dass eine (ggf.) spätere tatsächliche Inanspruchnahme von Stabilisierungsmaßnahmen gemäß Art. 1 § 10 Abs. 2 FMStG unter Umständen zu einer Veränderung der Ausrichtung der A hätte führen können, denn es fehlt jedenfalls an der erforderlichen Konkretisierung der Zielrichtung einer Beratung durch die Beklagte zur Inanspruchnahme von Stabilisierungsmaßnahmen. Dass § 4.3 der Vereinbarung keine Kontrolle begründet, ergibt sich daraus, dass es dort nur um die Regelung einer Information geht. 68
- f. 69
- Kontrollrechtlich irrelevant ist auch die – ohnehin nur vorsorgliche - Regelung zum Recht einer Partei auf den Eintritt in Verhandlungen zum Abschluss einer Entherrschungsvereinbarung (§ 14.7. iVm § 10.10. der Änderungsvereinbarung), die definitionsgemäß nicht den Erwerb, sondern die Vermeidung einer Kontrolle zum Inhalt hat und die eine zuvor tatsächlich bestehende Kontrolle nicht voraussetzt. 70
- g. 71
- In der Vereinbarung einer gestaffelten Übertragung der A-aktien kann schließlich keine Umgehung gesetzlicher Regelungen mit der Folge einer zeitlich früheren Zurechnung gesehen werden. Die Vereinbarung in der vorliegenden Form ist vielmehr Ausdruck der Vertragsfreiheit, von der die Vertragsparteien im Rahmen der ihnen durch das WpÜG eröffneten Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch gemacht haben. Das ist nicht zu beanstanden, woran sich auch nichts durch die Tatsache ändert, dass die Beklagte letztlich, nämlich am Ende des gestaffelt bestimmten Erwerbszeitraums, eine die Kontrollschwelle erreichende oder übersteigende Stellung und letztlich die Übernahme der gesamten Beteiligung anstrebte. Das gilt schon deshalb auch in Ansehung der Regelungen in § 13.2.4 der Ursprungsvereinbarung (bzw. § 14.2.4 der Nachtragsvereinbarung), weil es dort lediglich um die vorsorgliche Regelung eines Schadensausgleichs für den Fall eines Aufschubwunsches hinsichtlich der Put-Option geht. Die Ausführungen in der Entscheidung des 72

Bundesgerichtshofs vom 29.7.2014 (II ZR 353/12) zur erweiternden Auslegung der Preisregeln im Zusammenhang mit § 31 Abs. 6 WpÜG können auch nicht auf § 30 WpÜG übertragen werden. Die Anwendung der Preisregeln setzt einen Kontrollerwerb voraus. Hier geht es indessen um die Frage, wann ein Kontrollerwerb anzunehmen ist. Diese Frage hat der Gesetzgeber in §§ 29, 30 WpÜG abschließend geregelt und dabei mit § 30 Abs. 2 WpÜG eine weitreichende Generalklausel aufgenommen. Für die Annahme eines Kontrollerwerbs über die im Gesetz geregelten Fälle hinaus besteht damit kein Raum.

i. 73

Damit lassen sich Zurechnungstatbestände insgesamt nicht auf den Inhalt der von den Parteien vorgelegten Verträge stützen, weder auf einzelne Vertragsbestimmungen noch auf die Regelungen in ihrem Gesamtzusammenhang. 74

8. 75

Die vom Senat auf der Basis der Beweisanordnungen durchgeführte Beweisaufnahme hat keinerlei belastbare Anhaltspunkte dafür erbracht, dass die Beklagte und die B über den Inhalt der angesprochenen Verträge hinaus kontrollrechtlich relevante Vereinbarungen – wie sie von der Klägerin mit Schriftsatz vom 30.7.2018 (Bd. VIII Bl. 1741 ff) vorgetragen, im Folgenden näher konkretisiert (S. 15 - 17 des Schriftsatzes vom 30.07.2018) und in das Wissen der „Transaktionsbeteiligten“ gestellt worden sind - getroffen haben. Das geht zu Lasten der darlegungs- und beweispflichtigen Klägerin. Die Voraussetzungen für die Annahme eines „acting in concert“ liegen nicht vor. 76

a. 77

Das Ergebnis der umfangreichen Befragung der von der Klägerin benannten Zeugen – maßgeblich dokumentiert allein im gerichtlichen Protokoll, nicht aber in den von Parteivertretern vorgelegten „stenografischen Mitschriften“ - ist eindeutig: keiner der Zeugen hat die Behauptung bestätigt, dass es über den Inhalt der dem Senat vorgelegten Verträge hinaus Absprachen - seien sie formeller oder informeller Art - zwischen der B und der Beklagten über Stimmrechte oder sonstige Einflussnahmen der Beklagten auf die A gegeben hat. Die Zeugen haben vielmehr übereinstimmend – und glaubhaft – das Gegenteil bekundet. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Aussage des Zeugen Dr. C, der zu dieser Frage (unter Einbeziehung der wesentlichen Teile seiner Aussage vom 24.2.2016) umfassend vernommen worden ist und bekundet hat, dass von Seiten der B über die Ausübung von Stimmrechten zu keinem Zeitpunkt gesprochen und – über den Inhalt der vorgelegten Verträge hinaus – dazu und zu einer sonstigen Einflussnahme nach seiner Kenntnis keine Vereinbarungen mit der Beklagten getroffen worden seien. Der Zeuge hat hinzugefügt, dass er über den jeweiligen Stand der Verhandlungen auf der „Arbeitsebene“ fortlaufend unterrichtet worden sei; weder im Rahmen dieser Unterrichtungen noch bei Gesprächen auf der „Vorstandsebene“ (im Wesentlichen mit dem Vorstandsvorsitzenden der Beklagten) sei über eine Interessenschutzklausel (im Sinne einer Ausübung der Stimmrechte der B im Interesse der Beklagten und einer sonstigen Einflussnahme) gesprochen worden. Der Zeuge hat weiter erläutert, dass er sich während des gesamten Verhandlungsprozesses nicht als Sachwalter der Interessen der Beklagten, sondern – als Vorstandsvorsitzender – der B und – als Vorsitzender des Aufsichtsrats – der A gesehen habe. Vor diesem Hintergrund habe es mit der Beklagten keine Absprachen über das Abstimmungsverhalten der B in Hauptversammlungen, nach seiner Kenntnis keine Vereinbarungen über eine Neuausrichtung der Geschäftsbereiche bei der A und keine Vereinbarung über einen Dividendenverzicht, keine Absprachen zu Kapitalerhöhungen bei der A und nach seiner Erinnerung keine 78

Einflussnahme auf Kooperationsvereinbarungen zwischen der Beklagten und der A gegeben. Der Grund für das Ausscheiden des Vorstandsvorsitzenden der A seien unterschiedliche Auffassungen zwischen ihm und dem Aufsichtsrat gewesen.

79

Die Aussage des Zeugen Dr. C ist in vollem Umfang glaubhaft. Sie ist konsistent zu seiner früheren Aussage, passt in den wirtschaftlichen Kontext, in dem der Erwerb der Beteiligung aus der Sicht der Vertragsparteien stand und stimmt – was die unbewiesen gebliebene Behauptung weiterer, geheimer und für einen früheren Kontrollerwerb relevanter Absprachen angeht - mit den Aussagen sämtlicher anderer vom Senat vernommener Zeugen überein. So haben auch die weiteren, auf der Seite der B maßgeblich an den Vertragsverhandlungen beteiligten Personen die Aussage des Zeugen Dr. C in vollem Umfang bestätigt, dass es – nach ihrer Kenntnis - keine der von der Klägerin behaupteten Absprachen gegeben habe. Das gilt zunächst für den damaligen Finanzvorstand der B, den Zeugen N (Prot. vom 03.9.2020 Bd. XV Bl. 3347 ff.), der angegeben hat, über solche weiteren Absprachen nicht nur keine Kenntnis zu haben, sondern auch anzunehmen, dass alle Vereinbarungen vollständig Niederschlag in den schriftlichen Verträgen vom 12.9.2008 und vom 14.1.2009 gefunden haben. Auf konkrete Fragen zu den von den Prozessbevollmächtigten der Klägerin aufgestellten Behauptungen zu Vereinbarungen über einzelne Punkte (Dividendenverzicht, Stimmrechte in der Hauptversammlung) hat der Zeuge – in Anbetracht des Zeitablaufs und der von ihm dargestellten Breite der zu treffenden Entscheidungen und der Delegation der Einzelheiten der Verhandlungen auf die „Arbeitsebene“ nachvollziehbar – bekundet, keine Erinnerung mehr zu haben. Trotz der Erinnerungslücken begegnet die Aussage des Zeugen daher keinen Bedenken hinsichtlich ihrer Glaubhaftigkeit, weil sie im Kern nicht nur mit der Bekundung des Zeugen Dr. C, sondern auch mit den Aussagen der beiden weiteren maßgeblichen Verhandlungsführer auf Seiten der B, nämlich des Zeugen Dr. L - des seinerzeitigen Zentralbereichsleiters der B für Konzernfinanzen - und der Zeugin K – im Jahre 2008 Leiterin der Abteilung Konzern Büro/Konzern Organisation - übereinstimmt. So hat die Zeugin K – für den Zeitraum bis zu ihrem Ausscheiden nach der Unterzeichnung der Ursprungsvereinbarung – ausdrücklich angegeben, dass es zu dieser Ursprungsvereinbarung keinerlei Nebenabreden gegeben habe und sich das gesamte Ergebnis der Vertragsverhandlungen in der Ursprungsvereinbarung wiederfinde. Sie hat hinzugefügt, dass sie über weitergehende Vereinbarungen über eventuelle Stimmrechtsbindungen, eine Kapitalerhöhung bei der A, Depotabreden und die Besetzung von Aufsichtsrat und Vorstand der A nichts wisse, über Letzteres während der Verhandlungen auch nicht gesprochen worden sei, wie überhaupt die Beklagte bei den Verhandlungen, soweit sie selbst daran teilgenommen habe, zu keinem Zeitpunkt versucht habe, Einfluss auf das operative Geschäft der A zu nehmen. Der Zeuge L hat – in weitgehender Übereinstimmung damit - bekundet, dass er „mit Sicherheit sagen“ könne, dass es über den Inhalt der schriftlich abgefassten Verträge hinaus „keine weiteren formellen oder informellen Absprachen zwischen der B und der Beklagten gegeben“ habe. Der Zeuge hat – zu einzelnen von Klägerseite angeführten Gesichtspunkten weiter befragt – erklärt, dass es nach seiner Kenntnis und seiner Erinnerung an die Vertragsverhandlungen Vereinbarungen über eine Änderung der Geschäftsausrichtung der A – schon deshalb, weil die Beklagte eine solche gar nicht angestrebt habe – ebenso wenig gegeben habe wie solche über eine Kapitalerhöhung, die zumindest bis zum Zeitpunkt des Abschlusses der Ursprungsvereinbarung auch nicht konkret vorzusehen gewesen sei. Die Aussage des Zeugen L widerspricht, was die Thematik der Kapitalerhöhung in der Folgezeit angeht, auch nicht den Aussagen der übrigen dazu befragten Zeugen. Im Gegenteil: der Zeuge hat – auch insoweit vollständig glaubhaft – ausdrücklich bekundet, dass es mit der Beklagten bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die A an die B wegen einer Kapitalerhöhung herangetreten sei, keinerlei Gespräche dazu gegeben habe. Der Zeuge hat schließlich auch ausdrücklich bekundet, dass die B an – etwaigen –

Gesprächen über eine Kooperationsvereinbarung zwischen der A und der Beklagten nicht beteiligt gewesen sei.

b.

80

Die Bekundung des Zeugen L zur Thematik der Kapitalerhöhung findet ihre Bestätigung in den Aussagen weiterer Zeugen: Sämtliche Zeugen, die dazu Angaben machen konnten, haben einhellig und glaubhaft bekundet, dass eine Kapitalerhöhung bei der A zwar schon vor dem 12.9.2008 im Raum gestanden habe (aus diesem Grunde bedarf es keiner Vernehmung der von der Klägerin im Schriftsatz vom 30.7.2018 – S. 33 Bd. VIII Bl. 1773 - benannten Zeugen), aber nicht Gegenstand einer Vereinbarung zwischen B und Beklagter gewesen sei. Der Zeuge Dr. C hat bekundet, dass die Initiative zu der Kapitalerhöhung – und zwar erst nach der O-Pleite und damit nach dem Abschluss der Ursprungsvereinbarung – von der A ausgegangen sei und die Entscheidung darüber „allein Sache der B und der A“ gewesen sei. Eine Verpflichtung gegenüber der Beklagten, so hat er ausdrücklich hinzugefügt – habe es in diesem Zusammenhang weder von der B noch von ihm persönlich gegeben. Auch die übrigen Zeugen haben die Behauptung der Klägerin nicht bestätigt; nach den übereinstimmenden Erklärungen der Zeugen I und Rolle stand die Durchführung einer Kapitalerhöhung zum Zeitpunkt der Ursprungsvereinbarung nicht fest und wurde erst vor dem Hintergrund der Finanzkrise beschlossen. Anderes folgt - wie ausgeführt - auch nicht aus den Regelungen in Ziffer 12 der Ursprungsvereinbarung. Schließlich folgt auch aus dem Zeitpunkt der Veröffentlichung des Prospektes über die Kapitalerhöhung nichts für die Annahme einer Abstimmung zu diesem Punkt, ebenso wenig aus dem „Letter of intent“ (Anl. B 78), der ebenfalls nur eine vorsorgliche Regelung für den Fall einer Kapitalerhöhung enthielt.

81

c.

82

Wie ausgeführt, ergibt sich aus den vertraglichen Regelungen, insbesondere aus § 9.1a (iii) der Ursprungsvereinbarung (und der entsprechenden Bestimmung in der Änderungsvereinbarung) keine über die Beachtung der allgemeinen Leistungstreuepflicht hinausgehende Einschränkung der Befugnis der B zur Beschlussfassung über die Auszahlung einer Dividende vor dem Closing. Auch die Vernehmung der Zeugen hat dazu keine weitergehenden Erkenntnisse erbracht, was zu Lasten der darlegungs- und beweispflichtigen Klägerin geht. Der Zeuge Dr. C hat glaubhaft ausgesagt, keine Erinnerung an eine Absprache über einen Dividendenverzicht der B zu haben und – nach Lage der Dinge nachvollziehbar und plausibel – seine Vermutung hinzugefügt, dass die - spätere - Entscheidung über die Auszahlung der Dividende für das Jahr 2008 vor dem Hintergrund der angespannten wirtschaftlichen Situation der A zu sehen war. Der Zeuge P (Prot. vom 20.11.2019 Bd. XIV Bl. 2995 ff.) hat in Übereinstimmung damit die Maßgeblichkeit der – angespannten - konkreten wirtschaftlichen Situation bei der A für diese von den zuständigen Gremien zu treffende Entscheidung hervorgehoben und erklärt, dass über die Frage der Ausschüttung von Dividenden daher nur kurzfristig habe entschieden werden können. Eine Vereinbarung über die Auszahlung der Dividenden zwischen der B und der Beklagten hat auch keiner der anderen Zeugen bestätigt, die entsprechende Behauptung der Klägerin ist damit nicht bewiesen. Durchgreifende Zweifel an der Richtigkeit der Darstellung der Beklagten zu dieser Frage sind nicht zutage getreten. Soweit die Klägerin behauptet hat, mit der Regelung in Ziffer 3.1.1 der Ursprungsvereinbarung sei eine Dividendenabgeltung nicht nur für das Jahr 2008, sondern auch für die Folgejahre 2009 und 2010 vereinbart worden, spricht dagegen nicht nur der Wortlaut, der Bestimmung und die der Regelung zugrundeliegende wirtschaftliche Ausgangssituation, sondern auch die Bekundungen der Zeugen. So hat der Zeuge I den Vortrag der Beklagten zur Ausgangssituation (nämlich der

83

bereits dargestellten Erwartung der B, dass ihr für die zum Erwerb durch die Beklagte anstehende Minderheitsbeteiligung von 29,75% die Dividende für 2008 entgehen werde, weil der Dividendenbeschluss erwartungsgemäß erst nach dem für das erste Quartal 2009 vorgesehenen Closing erfolgen werde) bestätigt. Seine Aussage ist folgerichtig und glaubhaft; sie stimmt auch mit dem im Beschluss des Vorstands vom 11. September 2008 (B 75) und dem Schreiben des Aufsichtsratsvorsitzenden der Beklagten vom 11. September 2008 (B 76) beschriebenen Sachverhalt überein. Der Umstand, dass für die Erhöhung des in Ziffer 3.1.1 der Ursprungsvereinbarung genannten Kaufpreisanteils (von 50 Mio. € um 60 Mio. € auf 110 Mio. €) auch ein zum damaligen Zeitpunkt von dritter Seite geäußertes Interesse an den A-aktien von Bedeutung gewesen sein mag (das ergibt sich aus dem erwähnten, als Anlage B 76 vorgelegten und in Übereinstimmung mit der Aussage des Zeugen J – S. 30 des Protokolls vom 30.10.2019 - stehenden Schreiben) ändert an der kontrollrechtlichen Bewertung nichts. Dass auch nach dem Abschluss der Ursprungsvereinbarung zwischen der Beklagten und der B nicht über das Thema Dividendenausschüttungen bei der A gesprochen worden ist, hat der Zeuge L bekundet (Prot. vom 20.11.2019 S.12 Bd. XIV Bl. 2298 R). Auch die tatsächliche Handhabung (nämlich der Umstand, dass, anders als in den Vorjahren, für die Jahre 2008 – 2010 keine Dividende ausgeschüttet wurde) spricht nicht für eine entsprechende Vereinbarung, sondern erklärt sich zwanglos vor dem Hintergrund der sich nach Abschluss der Ursprungsvereinbarung mit dem Eintritt der Insolvenz der amerikanischen Investmentbank On-Brothers verschärfenden Finanzkrise und der Erhöhung des Grundkapitals der A. Auch aus dem Geschäftsbericht der A für 2008 (Anl. B 30) ergibt sich, dass die Entscheidung des Vorstands der A, der Hauptversammlung die Nichtausschüttung einer Dividende für 2008 vorschlagen, im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung und den Maßnahmen zur Reduzierung der Volatilität und Stärkung der Kernkapitalquote der A getroffen wurde.

d.

84

Die Klägerin ist auch für ihre Behauptung einer Abstimmung zwischen der Beklagten und der B mit dem Ziel einer Einwirkung auf die A zur Einstellung von Geschäftsbereichen (wie dem Kapitalmarkt- und Kreditsatzgeschäft sowie der Immobilienfinanzierung) sowie einer Konzentration auf das Privatkundengeschäft und das standardisierte Geschäft mit U und mittleren Unternehmen beweisfällig geblieben. Die Zeugen K und L haben explizit verneint, dass die Beklagte in den Verhandlungen versucht habe, Einfluss auf das operative Geschäft der A zu nehmen (Prot. v. 4.12.2019 Bd. XIV Bl. 3052 R ff; Prot. v. 20.11.2019 Bd. XIV Bl. 2984 R ff). Korrespondierend hierzu hat der Zeuge J ausgeführt, eine Aufgabe von Geschäftsbereichen durch die A sei weder bei den Verhandlungen der Ursprungsvereinbarung noch der Nachtragsvereinbarung Thema gewesen. Das sei erst nach dem Abschluss eines Beherrschungsabkommens zwischen der Beklagten und der A – „frühestens im Jahr 2012“ – zur Sprache gekommen (Prot. v. 30.10.2019 Bd. XIII Bl. 2894 ff). Auch die übrigen Zeugen haben die Behauptung der Klägerin in diesem Zusammenhang nicht bestätigt. Dies gilt für die Zeugen Dr. C (Prot. vom 6.11.2019 Bd. XIII Bl. 2904 ff), I (Prot. vom 30.10.2019 Bd. XIII, Bl. 2886 R ff), Dr. Q (Prot. vom 27.11.2019 Bd. XIV Bl. 3033 ff), R (Prot. vom 15.1.2020 Bd. XV Bl. 3180 ff), Dr. S (Prot. vom 26.2.2020 Bd. XV Bl. 3249 R ff); T (Prot. vom 27.11.2019 Bd. XIV, Bl. 3024 R ff.) und M (Prot. v. 18.12.2019 Bd. XIV Bl. 3100 R ff). Auch dem Zeugen P sind als Vorstandsvorsitzendem der A AG nach seiner Bekundung Gespräche oder Verhandlungen zwischen der Beklagten und der B über eine Neuausrichtung oder Veränderung der Geschäftsausrichtung der A AG nicht bekannt geworden, die A sei seines Wissens nach von der Beklagten auch nicht dazu aufgefordert worden, Veränderungen an ihrem Geschäftsmodell vorzunehmen (Prot. vom 20.11.2019 Bd. XIV Bl. 2955 ff). Der Senat hat auch in diesem Zusammenhang keine Veranlassung, an der

85

Glaubwürdigkeit der Zeugen oder der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen zu zweifeln; sie fügen sich vielmehr aus seiner Sicht plausibel in das Gesamtbild ein.

e.

86

Auch aus dem Umstand, dass die Beklagte und die A sich im September 2008 auf eine Kooperation verständigt haben (Heads of Terms for Cooperation) ergibt sich nichts für eine kontrollrechtlich relevante Vereinbarung der Beklagten und der B. Eine solche ergibt sich ersichtlich auch nicht aus dem eine bloße einseitige Absichtserklärung der Beklagten enthaltenden § 10 des Letter of intent. Auch der Inhalt der „Heads of Terms for Cooperation“ widerlegt die klägerseitige Behauptung, er habe der Beklagten dazu gedient, die Kontrolle über die A AG zu erlangen, sondern war ausweislich der Präambel F im Gegenteil explizit nicht darauf angelegt, eine solche Kontrolle auszuüben. Die „Heads of Terms for Cooperation“ dienten vielmehr lediglich dazu, auf definierten Gebieten die Möglichkeiten einer weitergehenden Kooperation auszuloten und für beide Parteien interessante Maßnahmen zu identifizieren. Dies, aber auch die Regelungen für die Besetzung des Steuerungsausschusses und zur Beschlussfassung, sind kontrollrechtlich nicht relevant.

87

Die Bewertung des Dokumentes als „klandestin formulierter Teil-Beherrschungsvertrag“ (Schriftsatz der Klägerin vom 11.11.2020) ist vor diesem Hintergrund erkennbar unrichtig, für die anstehende Frage aber auch irrelevant, weil es insoweit lediglich darauf ankommt, ob es – neben anderen Voraussetzungen für die Annahme eines acting in concert – dazu eine Vereinbarung zwischen der Beklagten und der B gegeben hat. Das aber haben die dazu vernommenen Zeugen einhellig nicht bestätigt. Im Gegenteil: Der Zeuge L hat ausgeführt, an Vereinbarungen zwischen der Beklagten und der A sei die B nicht beteiligt gewesen (Prot. vom 20.11.2019, S. 14 Bd. XIV Bl. 2990 R). Der an allen Verhandlungen bezüglich des Beteiligungserwerbs beteiligte Zeuge I hat in Übereinstimmung hiermit bekundet, ihm seien die „Heads of Terms for Cooperation“ nicht bekannt gewesen, die Kooperation sei auch nicht Gegenstand der Verhandlungen über die Beteiligungsübernahme gewesen (Protokoll seiner weiteren Vernehmung vom 15.1.2020, S. 3 f Bd. XV Bl. 3176 f.). Auch der Zeuge Dr. C hat im Rahmen seiner Vernehmung eine Einflussnahme der Beklagten auf die B im Zusammenhang mit dem Abschluss von Vereinbarungen zur Kooperation zwischen der Beklagten und der A nicht bestätigt, ebenso der seinerzeitige Vorstandsvorsitzende der A, der Zeuge U (dieser hat im Gegenteil bekundet, dass die Entscheidungskompetenz „immer bei der A verblieben“ sei) und ausgeführt, dass auch der Anstoß zu den Kooperationsgesprächen nicht vom Zeugen Dr. C ausgegangen ist. Auch die weiteren Zeugen haben weder eine Absprache über eine Einflussnahme der B auf die A noch eine tatsächliche Einflussnahme bestätigt. Der bloße Umstand, dass die Beklagte ein wirtschaftliches Interesse an der Kooperation und daraus erwarteten Synergien hatte und die B dieses Interesse als Kaufpreisargument eingesetzt haben mag – wie die Zeugin K (Prot. vom 4.12.2019 S. 8 Bd. XIV Bl. 3055 R) bekundet hat – passt in dieses Bild und ist im Übrigen ebenso wie das Interesse der Beklagten an der Fortsetzung der Kooperation der A mit der B (Zeugin K, S. 6 ihrer Vernehmung aaO Bl. 3054) kontrollrechtlich irrelevant. Soweit die Klägerin (Schriftsatz vom 11.11.2020) auch im Zusammenhang mit den „Heads of Terms for Cooperation“ von einer aus ihrer Sicht dafür bedeutsamen Vereinbarung bzgl. einer Kapitalerhöhung und der Dividenden ausgeht, ist dies wie gezeigt nicht bewiesen. Die behauptete „widerspruchslose Duldung“ von Seiten der B wiederum ist kontrollrechtlich irrelevant.

88

f.

89

Unbewiesen geblieben ist die Behauptung der Klägerin (Schriftsatz vom 30.7.2018, S. 16), dass die Beklagte und die B den Transfer der dort näher bezeichneten Aktien in Depots bei

90

der Beklagten und den Abschluss eines Depotvertrages vereinbart hätten, mit dem der Beklagten „Eigentum oder jedenfalls Eigenbesitz mit entsprechenden Depotstimmrechten“ verschafft worden sei. Die Zeugen I und Dr. L, auf die sich die Klägerin in diesem Zusammenhang im Anschluss an die Beweisaufnahme beruft, haben eine solche Vereinbarung nicht bestätigt. Soweit sie die Vermutung geäußert haben, dass es eine Depotvereinbarung gebe, ist dieser Umstand als solcher kontrollrechtlich unbedenklich. Dass die B Aktien der A in Depots bei der Beklagten führte, sagt nichts darüber aus, dass es die von der Klägerin behaupteten Abreden gab. Sie ergeben sich auch nicht aus dem Inhalt der vorgelegten Depotbestätigung vom 25.2.2009. Der Vernehmung der von der Klägerin dazu (und zur Zuständigkeit der Abteilung, die bei der Beklagten die Aktien der A „verwaltete“) benannten Zeugen bedurfte es daher nicht.

g.

91

Die Klägerin behauptet – aus ihrer Sicht kontrollbegründende – Absprachen zwischen der Beklagten und der B über die Besetzung des Vorstands der A. Auch diese hat sie jedoch – ebenso wie ihre sonstigen Behauptungen – nicht bewiesen. Der Zeuge Dr. C hat unzweideutig und glaubhaft bekundet, dass es Vereinbarungen zur Besetzung des Vorstands der A zwischen der B und der Beklagten nicht gegeben habe. Damit stimmen die Aussage des Zeugen Dr. L auf die Frage nach einem Einfluss der Beklagten auf die Ablösung des Vorstandsvorsitzenden der B („Nach meiner Kenntnis ... ist über eine Ablösung des Vorstandsvorsitzenden der A, Herrn Dr. U, im Zusammenhang mit der A-übernahme nicht gesprochen worden.“) und die Bekundung des Zeugen Dr. U überein („Ich kann aber sagen, dass das mit der V nichts zu tun hatte.“). Nach der Aussage des Zeugen I waren auch Änderungen im Aufgabenkreis von A-Vorstandsmitgliedern nicht Gegenstand der Besprechungen auf Arbeitsebene (Prot. vom 30.10.2019, S. 16 f Bd. XIII Bl. 2892 R f.). Auch der – ohnehin weitgehend substanzlose - Vortrag der Klägerin zur Zahlung einer „Millionenprämie“ (bzw. zum hier allein relevanten Zusammenhang mit dem Abschluss der „Heads of Terms for Cooperation“ bzw. der Preisgestaltung für die Transaktion) an Mitglieder des Vorstands der A ist unbewiesen geblieben, ebenso wenig ein Einfluss der Beklagten darauf. Dass ein solcher Zusammenhang zwischen einem – nach der Aussage des Zeugen Dr. U tatsächlich gezahlten - Sonderbonus und den „Heads of Terms for Cooperation“ nicht bestand, hat der Zeuge glaubhaft bestätigt (Prot. vom 5.2.2020, S. 8 Bd. XV Bl. 3214 R). Dass die Beklagte im Rahmen der Ursprungsvereinbarung Einfluss auf den Status von Mitgliedern des Vorstands der A (Vergütungsprogramme, Ruhenlassen von Mandaten) genommen hat, ergibt sich weder aus dem Vertrag selbst noch aus dem Prospekt über die Kapitalerhöhung. Bereits der Zeitpunkt der Auflage des Programms (bereits im ersten Halbjahr 2008) spricht dagegen, dass die Abreden im Zusammenhang mit der Ursprungsvereinbarung erfolgten, denn in diesem Zeitraum stand zwar der Verkauf ihrer A-Beteiligung auf der Agenda der B, nicht aber die Beklagte als Käuferin einer (Minderheits-)Beteiligung fest. Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass ausweislich des Kapitalerhöhungsprospekts der A ein Teil der variablen Vergütung des Vorstandsvorsitzenden der A an den Erfolg des B Konzerns geknüpft war sowie in geringem Maße ein Teil der variablen Vergütung von Führungskräften an den Erfolg des B-Konzerns geknüpft sein konnte und beabsichtigt war, diese Anknüpfung der Vergütung mit dem Vollzug des Vertrags zwischen der B und der Beklagten über den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung an der A zu beenden.

92

h.

93

94

Die Beweisaufnahme hat auch keine belastbaren Anhaltspunkte dafür ergeben, dass sich die Vertragsparteien über den Inhalt der zwischen der B und der A bestehenden – und deren Zusammenarbeit betreffenden – sog. „Filius-Verträge“ - in kontrollbegründender Weise verständigt haben. Keiner der Zeugen hat eine Einflussnahme der Beklagten auf die B im Hinblick auf die Ausgestaltung dieser Verträge bestätigt. Vielmehr hat der Zeuge Dr. C das Gegenteil bekundet (S. 22 des Protokolls vom 6.11.2019 Bd. XIII Bl. 2913 R: „Die Verträge sind immer mal geändert worden und im Ergebnis ... zugunsten der B. Selbst wenn das anders gewesen wäre, handelt es sich dabei um Verhandlungen und Vereinbarungen zwischen der B und der A.“). Nichts Weitergehendes ergibt sich aus Ziffer 9 des „Letter of intent“ (Anlage B 78) und der Regelung in § 11.2 der Ursprungsvereinbarung. Die dort angesprochene Verpflichtung der B, auf eine Verlängerung der Verträge um mindestens fünf Jahre über das Jahresende 2012 hinaus hinzuwirken, ist mangels Ausrichtung auf eine Änderung der unternehmerischen Ausrichtung nicht geeignet, eine Stimmrechtszurechnung zu begründen. Dem steht nicht entgegen, dass die Verträge bereits vor Unterzeichnung der Ursprungsvereinbarung mit Vereinbarungen der Vertragspartner (B und A) vom 6. August 2008 und 1. September 2008 geändert worden waren. Dass das Interesse der V nicht auf eine – für die Kontrollbegründung allerdings erforderliche) Änderung der Kooperation zwischen B und A gerichtet war, ergibt sich im Übrigen aus der glaubhaften Aussage der Zeugin K (S. 6 des Protokolls vom 4.12.2019 Bd. XIV Bl. 3054 R: „Das Interesse der V war, ...dass diese Kooperation möglichst unverändert fortgesetzt werden sollte.“).

i.

95

Allein zur Besetzung des Aufsichtsrats der A mit zwei auf Seiten der Beklagten stehenden Personen hat (nur) der Zeuge L eingangs seiner Vernehmung (S. 4 des Protokolls vom 20.11.2019 Bd. XIV Bl. 2985 R) erklärt, dass ein solches Procedere mit der Beklagten „besprochen und vereinbart“ gewesen sei, dies aber im weiteren Verlauf seiner Vernehmung wieder relativiert (S. 21 des Protokolls: „im Prinzip so abgesprochen.“). In Anbetracht der Tatsache, dass sich eine entsprechende Vereinbarung – entgegen der Annahme des Zeugen – nicht in der Ursprungsvereinbarung findet und der insoweit erkennbaren, aber im Hinblick auf den Zeitablauf ohne weiteres erklärbaren Unsicherheit seiner Erinnerung kann der Senat die Existenz einer darauf gerichteten Vereinbarung der Parteien nicht als erwiesen ansehen. Aus der Sicht des Senats spricht alles dafür, Inhalt und Ergebnis von Erörterungen der Vertragsparteien über die Besetzung des Aufsichtsrats der A so einzuordnen, wie sich das aus der Aussage des Zeugen Dr. C ergibt. Dieser hat – ohne weiteres glaubhaft und nachvollziehbar mit üblichen Gepflogenheiten begründet – in diesem Zusammenhang erklärt, dass es nach seiner Kenntnis keine Vereinbarungen zu personellen Veränderungen im Aufsichtsrat gegeben habe, eine der Beteiligung der Beklagten entsprechende Vertretung im Aufsichtsrat der A aus seiner Sicht als dessen Vorsitzender aber im eigenen Interesse der A gewesen sei (S. 11, 21 des Protokolls vom 6.11.2019 Bd. XIII Bl. 2908, 2913) und vor diesem Hintergrund die Gespräche über eine Besetzung des Aufsichtsrates mit zwei Vertretern der Beklagten – erst nach dem Closing (S. 20 des Protokolls vom 6.11.2019 Bd. XIII Bl. 2912 R) - geführt worden seien. Aus der Aussage ergibt sich auch, dass der Zeuge diese Gespräche nicht in seiner Eigenschaft als Vorstandsvorsitzender der B, sondern als Aufsichtsratsvorsitzender der A geführt hat.

96

Für die Frage einer möglichen Stimmrechtszurechnung und damit eines Kontrollerwerbs ist eine Abstimmung über die Besetzung des Aufsichtsrats im Übrigen aus rechtlichen Gründen nicht relevant. Sie unterliefe jedenfalls der Einzelfallausnahme (§ 30 Abs. 2 S. 1 2. Hs. WpÜG), da sie sich nicht als Teil einer Zielvereinbarung über die Änderung der Geschäftsausrichtung der A darstellt. Dem kann nicht entgegengehalten werden, es habe

97

sich um die jeweilige Einzelwahl mehrerer Aufsichtsratsmitglieder gehandelt. Die Einheitlichkeit des Lebensvorgangs wird nicht durch die rein technisch bedingte Aufspaltung in mehrere Wahlvorgänge in Frage gestellt, denn durch die Einzelfallausnahme sollen solche Vereinbarungen von einer Stimmrechtszurechnung ausgenommen werden, denen es – wie hier – an einer Kontinuität und der Ausrichtung auf eine gewisse Beständigkeit fehlt (BGH II ZR 190/17 Rdn. 36). Eine angemessene Repräsentanz auch von Minderheitsaktionären (wie es die Beklagte nach Durchführung des ersten Transaktionsschritts war) im Aufsichtsrat entspricht im Übrigen lediglich guter Corporate Governance (v. Bülow, Kölner Kommentar zum WpÜG 2. Aufl. § 30 Rdn. 272; Schüppen/Walz in Frankfurter Kommentar zum WpÜG, 3. Aufl. 2008, Rdn. 80). Abgesehen hiervon mangelt es bei einer Besetzung von 2 Aufsichtsratsposten in einem aus 20 Personen (jeweils 10 Anteilsinhabervertretern und Arbeitnehmervertretern) bestehenden Aufsichtsrat an der erforderlichen Eignung zur Beeinflussung der unternehmerischen Ausrichtung (vgl. dazu Spindler, WM 2007, 2357, 2362 zu § 22 WpHG; Schüppen/Walz in Frankfurter Kommentar zum WpÜG, 3. Aufl. 2008, § 30 Rdn. 80;). Dem steht auch die von der Klägerin vorgetragene Besetzung der Ausschüsse nicht entgegen.

j. 98

In vollständiger Übereinstimmung mit den Aussagen der auf Seiten der B agierenden Personen auf Vorstands- und Arbeitsebene haben auch die auf Seiten der Beklagten Handelnden, soweit sie als Zeugen benannt und befragt worden sind, bekundet, dass es keine über die schriftlichen Verträge hinausgehenden, auch informellen Absprachen gegeben habe. Ausdrücklich bestätigt hat dies der Zeuge I, der auf Seiten der Beklagten maßgebliche Vertreter aus deren Rechtsabteilung (S. 5 des Protokolls vom 30.10.2019 Bd. XIII Bl. 2887), und hinzugefügt, dass er nach seiner Kenntnis auch an allen maßgeblichen Verhandlungen teilgenommen habe. Die Aussagen der Zeugen haben – was die für die Beklagte handelnden Personen betrifft - die Zeugen Dr. Q (Prot. vom 27.11.2019 Bd. XIV Bl. 3033 R), J (S. 19 f des Protokolls vom 30.10.2019 Bd. XIII Bl. 2894 f.) und Dr. M (S. 4 des Protokolls vom 18.12.2019 Bd. XIV Bl. 3089) in dem Sinne glaubhaft bestätigt, dass sie keine Kenntnis von über die schriftlichen Verträge hinausgehenden vertraglichen Vereinbarungen hatten.

99

k. 100

Wie im Einzelnen ausgeführt und begründet, ist die Aussage der Zeugen Dr. C in vollem Umfang glaubhaft. Nach dem persönlichen Eindruck, den der Senat im Rahmen seiner Vernehmung am 6.11.2019 gewonnen hat, bestehen auch keinerlei Bedenken gegen seine Glaubwürdigkeit. Schon vor diesem Hintergrund können die gegen den Zeugen gerichteten Behauptungen, die die Klägerin zu dessen Rolle im Rahmen der A-übernahme mit Schriftsatz vom 30.07.2018 (dort S. 11 ff Bd. VIII Bl. 1751 ff. und unter teilweise wörtlicher Wiederholung des Vorbringens im Rahmen der Strafanzeige vom 1.2.2018, Bd. X Bl. 2145 ff) aufgestellt hat und die dem Zeugen aus eigennützigen, aber nicht plausibel gemachten Motiven die Rolle des Initiators eines breit angelegten, abgestimmten Planes zur Sicherung seines „beruflichen Fortkommens“ zu Lasten der A-Anleger zuweisen, nur als abwegig bezeichnet werden.

101

Nach Lage der Dinge ebenso abwegig, zudem aber auch ohne jede nachvollziehbare Begründung und ohne jeden Anhaltspunkt vorzutragen hat die Klägerin zudem behauptet, dass es sich bei dem im Prozess vorgelegten Vertragswerk um nachträglich zu Prozesszwecken angefertigte Urkunden handele. Keiner der dafür benannten Zeugen hat diese Behauptung bestätigt, die Zeugen sind dazu von den Prozessbevollmächtigten auch nicht einmal befragt worden. Die „formellen und inhaltlichen Verdachtsmomente“ bestehen nicht. Die Beklagte hat die Umstände der Paraphierung, der Unterschriften und des Layouts

102

der Verträge überzeugend erläutert (Schriftsatz vom 1.10.2019, Bd. XIII Bl. 2737 ff). Die an die Zeugen dazu gerichteten Fragen haben keine Anhaltspunkte dafür erbracht, dass die Behauptungen der Klägerin – auf die sie nach der Beweisaufnahme auch nicht mehr zurückgekommen ist - zutreffend sein könnten.

Der Senat hat sich davon überzeugt, dass die Unkenntlichmachungen, die die Beklagte an den vorgelegten Urkunden vorgenommen hat, nach ihrem inhaltlichen und formalen Kontext nicht so beschaffen sind, dass sie in einem Zusammenhang mit den für den Rechtsstreit bedeutsamen Fragen stehen. Vor diesem Hintergrund hat der Senat mit Blick auf die berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Beklagten davon abgesehen, der Beklagten eine weitergehende Offenlegung aufzugeben. Ebenso wenig besteht nach Lage der Dinge und vor dem Hintergrund des Beweisergebnisses die Veranlassung, der Beklagten die Vorlage weiterer Urkundenteile aufzugeben. 103

Ebenso fernliegend – und ohne jede Substanz vorgetragen - ist schließlich die im Zusammenhang mit dem bereits erwähnten, dem Zeugen Dr. C zugeschriebenen Plan zur Sicherung seines „beruflichen Fortkommens“ die von der Klägerin aufgestellte These, die Beklagte habe mit der A-übernahme nicht allein oder primär eigene Interessen verfolgt, sondern „im Außenverhältnis zur B eine Sanierungsdienstleistung“ erbracht (S. 42 des Schriftsatzes vom 30.07.2018 Bd. VIII Bl. 1782)). Soweit dafür ein nicht näher definierter „politischer Druck“ behauptet wird (S. 29, 38 des Schriftsatzes der Klägerin vom 15.8.2019) (Bd. XII Bl. 2511 ff) , passt das im Übrigen insofern nicht, als an anderer Stelle „die Politik“ als eine Art „Befehlsempfänger“ der Beklagten erscheint (S. 44 des Schriftsatzes vom 30.07.2018: Die Beklagte ... ließ den damaligen Finanzminister W ... beim US Finanzminister X intervenieren...). Vor diesem Hintergrund bedurfte es im Übrigen auch nicht mehr der Vernehmung weiterer, von der Klägerin in diesem Zusammenhang über die Transaktionsbeteiligten hinaus benannter Zeugen, bei denen es sich ohnehin nur um Zeugen zu Indiztatsachen handelt, die mit Rücksicht auf das Vorstehende nicht vernommen werden mussten. Nach Lage der Dinge kann der Senat ausschließen, dass die Erhebung eines solchen Indizienbeweises ihn von der Wahrheit der behaupteten Haupttatsache überzeugen könnte. Ebenso wenig bedarf es einer Vernehmung der Zeugen Y und Z (von der Klägerin benannt im Schriftsatz vom 30.7.2018, S. 80). Was den Inhalt der Ursprungsvereinbarung angeht, bedarf es der Befragung von Zeugen nicht mehr, nachdem die Beklagte den Vertrag vorgelegt hat. Soweit es im Weiteren um den Zeitpunkt der Beauftragung von A2 durch die B geht, kann ohne weiteres unterstellt werden, dass diese (was sich im Übrigen auch aus der Aussage des Zeugen B2 ergibt) bereits „im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Abschluss der Ursprungsvereinbarung“ (und bereits früher) beauftragt worden ist. An der rechtlichen Beurteilung ändert das nichts 104

I. 105

Nach allem ist das Ergebnis der umfangreichen Einvernahme der Zeugen eindeutig: der Nachweis kontrollrelevanter Abreden über die schriftlichen, dem Senat vorgelegten Verträge hinaus ist nicht geführt worden. Im Gegenteil spricht alles dafür (ohne dass es darauf im Hinblick auf die die Klägerin treffende Darlegungs- und Beweislast ankommt), dass die Darstellung der Beklagten dazu zutreffend ist. Soweit (lediglich) der Zeuge Dr. E2 (S. 7 f. des Protokolls vom 26.2.2020 Bd. XV Bl. 3252) davon berichtet hat, er habe im Zuge der Vertragsunterzeichnung „Nebendokumente oder Ausführungsverträge“ unterzeichnet, ändert das nichts. Dafür, dass es sich nicht um rein technische Ausführungsvereinbarungen, sondern um Verträge mit kontrollbegründendem Inhalt gehandelt hat, spricht in Anbetracht des Gesamtbildes der Beweisaufnahme nichts. Das Ergebnis wird auch nicht dadurch in 106

Frage gestellt, dass sich einige der von der Klägerin benannten Zeugen – nach Auffassung des Senats zu Recht – auf ein Recht zur Zeugnisverweigerung berufen haben. Zwar ist die Berücksichtigung einer solchen Aussageverweigerung im Rahmen der Beweiswürdigung nicht ausgeschlossen (Zöller, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 33. Auflage 2020, § 384 ZPO Rdn. 3), sie kann aber im vorliegenden Fall nicht zu Lasten der Beklagten gehen. Das Recht nach § 384 Nr. 2 Alt. 2 ZPO besteht unabhängig vom tatsächlichen Vorliegen des Verweigerungsgrundes (Zöller, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 32. Auflage 2018, § 384 ZPO Rdn. 2). Anhaltspunkte für eine Beweisvereitelung (dazu allgemein Laumen in: Handbuch der Beweislast, 4. Auflage 2018, Band 1 Kapitel 16, Zöller § 286 ZPO Rdn. 14 a) in diesem Zusammenhang durch die Beklagte sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Nach den Feststellungen des Senats im Rahmen der Beweisaufnahme lag den Verhandlungen der B mit der Beklagten tatsächlich – was die Interessenlage der B betrifft - das Ziel zugrunde, sich aus strategischen Gründen (nämlich einer Konzentration auf das Kerngeschäft der Logistik) von den Anteilen an der A zu trennen; das haben die dazu befragten Zeugen – außer dem Zeugen Dr. C auch die Zeugen Dr. L, K und Dr. E2 sowie der auf Seiten der Beklagten an den Verhandlungen beteiligte Zeuge I - übereinstimmend und glaubhaft bekundet. Dass die Beklagte mit der Übernahme der A und ihres Filialnetzes eigene strategische Ziele verfolgte, nämlich die einer größeren Präsenz im „Retailbereich“, haben die Zeugen J, I und – aus seiner Kenntnis der Verhandlungen – der Zeuge N glaubhaft bestätigt. Kontrollrechtlich ist diese Ausgangssituation – ebenso wie etwa das auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht verwunderliche Bemühen der B um ein möglichst hohes Maß an „Transaktionssicherheit“ – irrelevant. Das gilt auch für die Aussage des Zeugen N, der B sei es darum gegangen, dass der „gesamte Kaufpreis sofort fließen sollte“, die nur das Verständnis des Zeugen von den verfolgten Vertragszielen dokumentiert, nicht aber eine Bekundung zum - tatsächlich eine solche Regelung auch nicht enthaltenden – Vertragsinhalt darstellt (den der Zeuge nach seiner auch insoweit nachvollziehbaren Aussage nicht mehr erinnerte). Es kommt allein auf die konkrete Ausgestaltung der Parteivereinbarungen an, die aber – wie bereits gezeigt – so beschaffen ist, dass von einer Übernahme der Kontrolle im Sinne von § 30 Abs. 2 WpÜG durch die Beklagte vor dem Tag des freiwilligen Übernahmeangebots am 7.10.2010 nicht ausgegangen werden kann.

9. 108

Die Voraussetzungen einer Stimmrechtszurechnung nach § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpÜG (die ebenso wie das Vorliegen der Voraussetzungen von § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 WpÜG vor dem Hintergrund des inzwischen vorliegenden Vertragswerks und der durchgeführten Beweisaufnahme umfassend zu prüfen war) liegen nicht vor. 109

Nach dieser Norm sind dem Bieter Stimmrechte aus Aktien zuzurechnen, die einem Dritten gehören und von ihm für Rechnung des Bieters gehalten werden. Aus dem Merkmal „für Rechnung“ ergibt sich, dass der Bieter die wesentlichen Risiken und Chancen aus den betreffenden Aktien tragen muss. Dazu gehören etwa die Risiken und Chancen aus einer Veränderung des Börsenkurses, die Chancen einer Dividendenzahlung und das Insolvenzrisiko der Zielgesellschaft. Dabei kann nicht primär auf die Risiken oder gar nur auf das Insolvenzrisiko abgestellt werden. Da ein bloß wirtschaftliches Verständnis des Begriffs „für Rechnung“ dem Zweck des § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpÜG, die Stimmrechtsmacht zu erfassen, nicht gerecht wird, muss die Möglichkeit hinzukommen, auf die Stimmrechtsausübung des Eigentümers der Aktien Einfluss zu nehmen (BGH II ZR 353/12 Rdn. 49 ff, BGH II ZR 302/06). Auch ein „gemeinsames Verständnis“ der Vertragsparteien von bestimmten Umständen ist nur dann kontrollrelevant, wenn ihm eine rechtliche 110

Bindungswirkung zukommen soll (BGH a.a.O. Rdn. 52). Entgegen der Auffassung der Klägerin - die insoweit auf der Grundlage eines allerdings gesetzlich nicht definierten und auch von ihnen nicht erläuterten Begriffs der „Vollrechtstreuhand“ argumentiert - genügt eine „sich aus der Interessenlage ergebende Verpflichtung“ (Schriftsatz vom 11.11.2020, S. 17 f) nicht.

Nach den vom Senat getroffenen Feststellungen liegen die Voraussetzungen für eine 111
Stimmrechtszurechnung gemäß § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpÜG nach den nach der
Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes maßgeblichen Kriterien nicht vor. Dabei kann (wie
schon in der Entscheidung des Senats vom 31.10.2012, 13 U 166/11 Rdn. 39) offenbleiben,
ob die Beklagte – worauf sich die Klägerin beruft und wie das Landgericht im
Parallelverfahren angenommen hat - im Hinblick auf die vereinbarten Preise für die
übernommenen Aktien bereits vor dem Vollzug der Ursprungsvereinbarung das
Börsenkursrisiko und das Insolvenzrisiko der Zielgesellschaft zu tragen hatte oder ob dies –
wie die Beklagte meint – mit Rücksicht auf die Schadensersatzhaftung der B aus §§ 5.2.1. b
und 6.1 der Ursprungsvereinbarung nicht der Fall ist. Unabdingbare Voraussetzung für eine
Zurechnung ist eine Zuordnung der Aktien zum Bieter, aufgrund der er tatsächlich als
(wirtschaftlicher) Inhaber der Aktien anzusehen ist. Zu einer solchen Zuordnung gehören aber
auch die Chancen bzw. Vorteile, die aus einer Aktie resultieren.

Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 31.10.2012 angenommen, es fehle schon einem 112
Halten der Aktien für Rechnung des Bieters, weil die Chance auf mögliche
Dividendenzahlungen bis zum Jahr 2012 bei der B verblieben sei. Er hat – vom
Bundesgerichtshof (a.a.O. Rdn. 52) gebilligt - den entgegenstehenden Vortrag, das
Dividendenrecht habe nur noch formal bestanden, tatsächlich habe die A bis zur
vollständigen Übertragung der Aktien im Jahr 2012 keine Gewinne ausschütten wollen und es
sei bereits bei Abschluss der Nachtragsvereinbarung gemeinsames Verständnis der
Vertragsparteien gewesen und so praktiziert worden, dass bis zum „Exit“ der B keine
Dividenden der A gezahlt würden, als nicht ausreichend angesehen, weil daraus nicht
hervorgehe, dass dem „gemeinsamen Verständnis“, keine Gewinne auszuschütten, eine
rechtliche Bindungswirkung zugekommen sei.

Eine davon abweichende Beurteilung ist auch nicht unter Berücksichtigung des inzwischen 113
vorgelegten Vertragswerks und der im Zuge der durchgeführten Beweisaufnahme
gewonnenen Erkenntnisse geboten. Die Feststellung, dass die Chance auf mögliche
Dividendenzahlungen bis zum Jahr 2012 bei der B verblieben ist, gilt nach wie vor.

Der Senat hat Feststellungen, die es rechtfertigen, ein gemeinsames Verständnis im Sinne 114
einer rechtlich bindenden Vereinbarung (BGH a.a.O. Rdn. 52) anzunehmen, nicht treffen
können. Entsprechendes ergibt sich weder aus den vorgelegten Urkunden noch aus den
Bekundungen der auch dazu befragten Zeugen. Damit steht nicht fest, dass dem
behaupteten gemeinsamen Verständnis eine rechtliche Bindungswirkung zukommen sollte.
Das geht zu Lasten der auch insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Klägerin.

Die Dividendenchance war der Beklagten ausdrücklich weder nach der Ursprungs- noch nach 115
der Nachtragsvereinbarung zugewiesen. Die Ursprungsvereinbarung regelt insbesondere
nicht (auch in § 2.1) dass Dividenden von der B an die Beklagte abzuführen wären oder der
Optionspreis nach einer Dividendenausschüttung anzupassen wäre. Die der Beklagten
eingeräumte Möglichkeit, von der Erwerbsoption Gebrauch zu machen, genügt für den
Übergang der Dividendenchance bereits im Zeitpunkt des Abschlusses der Option nicht.
Entsprechendes gilt auch für die in § 14 der Nachtragsvereinbarung geregelten Erwerbs- und
Veräußerungsoptionen und die Aktien, die Gegenstand der Wandelanleihe waren. Die

Dividendenchance aus den der Optionen unterfallenden Aktien war der Beklagten auch nicht über § 9.1.a der Ursprungsvereinbarung bzw. § 10.1.a der Nachtragsvereinbarung zugewiesen. Die Beklagte hätte allenfalls innerhalb des kurzen Geltungszeitraums dieser Regelungen einen treuwidrigen, vertragsgefährdenden Dividendenbeschluss auf einer (außerordentlichen) Hauptversammlung der A verhindern können. Sie konnte dagegen keinen aktiven gestalterischen Einfluss auf die Ausübung der Stimmrechte durch die B ausüben. Auf der nächsten regulären Hauptversammlung hätte die B zusammen mit anderen Aktionären mit einfacher Stimmenmehrheit (§ 133 Abs. 1 AktG) bei Vorliegen eines ausschüttungsfähigen Gewinns einen Dividendenbeschluss für das Geschäftsjahr 2008 fassen und die Dividende für die in ihrem Eigentum stehenden Aktien selbst vereinnahmen können. In dieser Situation liegen die für eine Zuweisung der Dividendenchance an die Beklagte erforderlichen Voraussetzungen – entgegen der Auffassung des Landgerichts im Parallelverfahren - nicht vor. Aus den der Beklagten eingeräumten Kaufoptionen folgt nichts Anderes, denn zwischen dem Außerkrafttreten von § 9.1.a Ursprungsvereinbarung bzw. § 10.1.a der Nachtragsvereinbarung und dem Übergang der den Optionen unterfallenden Aktien lag mindestens eine ordentliche Hauptversammlung. Nichts Anderes folgt schließlich auch – entgegen der Auffassung der Klägerin (Schriftsatz vom 30.11.2020) - aus § 2.1 der Ursprungsvereinbarung, weil es dort nur um eine schuldrechtliche Verpflichtung der B geht, nicht um die Übertragung der Aktien.

Eine Zuweisung der Dividendenchance an die Beklagte folgt auch nicht aus den Pfandverträgen. Gemäß § 5.1 der Pfandverträge verblieben die Gesellschafterrechte aus den verpfändeten Aktien bei der B. Die B konnte damit die Stimmrechte auch bezüglich der Dividenden ausüben. Dem steht nicht entgegen, dass die Gesellschafterrechte - einschließlich der Stimmrechte - bis zur vollständigen Erfüllung der besicherten Verpflichtungen bzw. Forderungen zur Sicherstellung der in der Bestimmung näher definierten Ziele nach Treu und Glauben auszuüben waren. Die Regelung enthält auch keine an den Interessen der Beklagten ausgerichtete Konkretisierung der allgemeinen, sich aus § 242 BGB ergebenden vertraglichen Nebenpflichten. Sie erschöpft sich vielmehr in der Formulierung eben dieser Nebenpflicht. Über eine sich schon aus § 242 BGB ergebende Verpflichtung geht die Regelung demzufolge nicht hinaus. 116

Soweit die Klägerin im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpÜG Regelungen in den „Heads of Terms for Cooperation“ für sich in Anspruch nimmt, verkennt sie erneut, dass es sich dabei nicht um eine Vereinbarung zwischen der B und der Beklagten handelt. Sie ist im vorliegenden Zusammenhang deshalb nicht relevant. 117

Soweit die Klägerin behauptet hat, der im Kaufpreis enthaltene Anteil zum Ausgleich der Dividendenchance betreffe nicht nur das Geschäftsjahr 2008, sondern auch die Folgejahre 2009 und 2010, hat die Beweisaufnahme – wie bereits näher ausgeführt worden ist - die Richtigkeit dieser Behauptung nicht ergeben. Nach der übereinstimmenden Bekundung der dazu vernommenen Zeugen lag – wie ausgeführt - der im Kaufpreis enthaltenen Abgeltung für Dividenden vielmehr grundsätzlich die nach den Umständen naheliegende Situation zugrunde, dass die B zum zu erwartenden Zeitpunkt des Dividendenbeschlusses für das Geschäftsjahr 2008 nicht mehr Inhaberin der Aktien war. Daneben hat – was die Höhe des vereinbarten Betrages angeht - ein zu diesem Zeitpunkt im Raum stehendes Angebot von dritter Seite eine Rolle gespielt. Das alles ist kontrollrechtlich unbedenklich und steht entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht in Widerspruch zum Inhalt der von ihr im Rahmen ihres Schriftsatzes vom 11.11.2020 in diesem Zusammenhang zitierten Dokumente. Auch aus Ziffer 2.1 der Ursprungsvereinbarung folgt nichts anderes, weil sie nur klarstellt, dass der Dividendenanspruch nicht – was grundsätzlich möglich gewesen wäre – durch eine 118

Abtretung abgespalten wurde, sondern bei der Aktie verblieb.

Wie ebenfalls bereits näher ausgeführt worden ist, hat auch die weitere Beweisaufnahme keinerlei belastbare Anhaltspunkte für die Behauptung der Klägerin zu einer Vereinbarung der Vertragsparteien über die Zuweisung von Dividendenchancen auf die Beklagte für die Folgejahre und damit für die Annahme ergeben, es habe ein darauf gerichtetes rechtlich bindendes gemeinsames Verständnis – mit der Folge, dass das Dividendenbezugsrecht der B nur noch formal bestanden habe - gegeben. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme spricht aus der Sicht des Senats vielmehr alles dafür, dass es sich so verhalten hat, dass die Entscheidung über die Auszahlung von Dividenden in den Jahren 2009 und 2010 durch die dafür zuständige Hauptversammlung der A nicht durch Vereinbarungen der Vertragsparteien determiniert war, sondern maßgeblich auf der Grundlage der wirtschaftlichen Situation vor dem Hintergrund der Finanzkrise getroffen werden sollte. 119

Auch die behaupteten Äußerungen des Vorstandsvorsitzenden der A in der Hauptversammlung vom 29.4.2010 sind – wie der Senat schon in seiner Entscheidung vom 31.10.2012 ausgeführt hat - nicht geeignet, den Vortrag der Klägerin zu einem rechtlich bindenden gemeinsamen Verständnis und dazu, dass das Dividendenrecht lediglich formal bei der B verblieben sei, zu belegen. Die von der Klägerin zitierten Äußerungen (Schriftsatz vom 14.10.2011 S. 27 (GA Bd. II Bl. 350)) gehen für sich genommen über die ersichtlich unverbindliche Mitteilung einer „derzeitigen Planung des Vorstands“ nicht hinaus; vielmehr musste die Hauptversammlung jährlich neu über die Ausschüttung von Dividenden und deren Höhe entscheiden. Zudem handelte es sich bei dieser Entscheidung um eine eigene wirtschaftliche Entscheidung der A, die - wie in der zitierten Äußerung des Vorstandsvorsitzenden der A - „mit Blick auf die aktuellen Diskussionen der neuen regulatorischen Rahmenbedingungen im Bankensektor“ auch im eigenen Interesse der A plausibel war. 120

Weil die Verpflichtung der B zur Übertragung von 29,75 % der Aktien der A nicht nach § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 WpHG zurechnungsbegründend wirkt, kommt es in der Konsequenz auf die Frage einer Zurechnung der von der Beklagten im Handelsbestand gehaltenen Aktien nicht an, wie auch die Klägerin nicht verkennt, deren Argumentation in diesem Zusammenhang auf der Addition beider Positionen beruht. 121

10. 122

Auch die Voraussetzungen einer Zurechnung von Stimmrechten nach § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 WpÜG hinsichtlich der Aktien aus der Pflichtwandelanleihe und den Optionsvereinbarungen liegen - wovon auch das Landgericht im Parallelverfahren ausgegangen ist (Rdn. 213) - nicht vor. Eine hierauf gestützte Zurechnung setzt die Möglichkeit voraus, durch einseitige Willenserklärung ohne Mitwirkung des Vertragspartners oder eines Dritten das Eigentum an den fraglichen Aktien zu erwerben. Ein schuldrechtlicher Anspruch auf Übereignung der Aktien reicht dagegen für eine Zurechnung nach § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 WpÜG nicht aus. Die scharfe Rechtsfolge eines Pflichtangebots soll nur denjenigen treffen, der eine dem Eigentum gleichkommende gesicherte Erwerbsmöglichkeit hat. Eine solche gesicherte Erwerbsmöglichkeit verschafft ihm nur eine dingliche Anwartschaft (BGH, Urteil vom 29. Juli 2014 II ZR 353/12 Rdn. 40). Diese Voraussetzungen liegen – nach wie vor und unter Berücksichtigung der neuen, durch die Vorlage des Vertragswerks und die weitere Beweisaufnahme gewonnenen Erkenntnisse nicht der Fall. 123

Ein dingliches Anwartschaftsrecht ergibt sich weder aus der Ursprungs- noch aus der Nachtragsvereinbarung. Hinsichtlich der Ursprungsvereinbarung folgt dies ohne weiteres aus 124

deren § 13.1.1 und § 132.1, für die Nachtragsvereinbarung aus deren § 14.1.1 und § 14.2.1, in denen jeweils ausdrücklich festgelegt ist, dass es sich bei den dort in Rede stehenden Rechten um schuldrechtliche Erwerbs- bzw. Veräußerungsoptionen handelt. Der schuldrechtliche Charakter ergibt sich im Übrigen hinsichtlich der Ursprungsvereinbarung auch aus deren § 13.3.8 und bezüglich der Nachtragsvereinbarung aus deren § 14.3.6, mit denen sich die Verkäuferin jeweils dazu verpflichtete, die Optionsaktien und zusätzlichen Optionsaktien am vorgesehenen Vollzugsdatum an die Beklagte zu übereignen und sich die Beklagte ihrerseits dazu verpflichtete, diese Übereignung anzunehmen. Der Vortrag der Klägerin, es handele sich mit Blick auf das Ziel der Transaktionen um vorgeschobene Regelungen, ist substanzlos und entbehrt – wie in anderem Zusammenhang bereits ausgeführt worden ist – jeder Grundlage.

Aus der Pflichtwandelanleihe, die nach ihrem Rechtscharakter nur das zukünftige Recht zur „Wandlung“ verbrieft, diese Wandlung aber noch nicht vorwegnimmt, ergibt sich ebenfalls kein dingliches Erwerbsrecht (BGH a.a.O. Rdn. 55). 125

Ein dingliches Anwartschaftsrecht ergibt sich auch nicht aus den Pfandverträgen. Nach dem herkömmlichen Verständnis des gemäß § 13 des Pfandvertrages vom 30.12.2008 anwendbaren deutschen (Pfand-)Rechts kommt die Annahme eines dinglichen Anwartschaftsrechts der Beklagten von vornherein nicht in Betracht, weil durch das Pfandrecht nicht der Eigentumserwerb selbst gesichert wird, sondern nur die mit dem Eigentumserwerb verbundenen Vermögensinteressen. Damit kann das Pfandrecht nicht Grundlage für ein Anwartschaftsrecht sein. 126

Zu keiner anderen Beurteilung führt im vorliegenden Fall § 8 der Pfandverträge in Verbindung mit der Vorschrift des § 1259 BGB, nach der Eigentümer und Pfandgläubiger schon bei der Verpfändung vereinbaren können, dass dem Pfandgläubiger das Eigentum an der Sache bei Fälligkeit der Forderung zufallen soll. Hinsichtlich des Pfandvertrages Cash Collateral folgt dies schon daraus, dass das Cash Collateral gemäß § 2.1 in Verbindung mit § 1.1 der Verpfändungsvereinbarung zur Sicherung möglicher Zahlungsansprüche aus der Put-Option diene und der Verpfändungsvertrag deshalb von vornherein nur einen Geldanspruch, nicht dagegen einen Anspruch auf Übereignung von A-Aktien, sicherte. 127

Auch wenn die Regelung und damit die Ausgangslage hinsichtlich der weiteren Pfandverträge eine andere ist, weil sowohl der Pfandvertrag vom 30.12.2008 als auch der Pfandvertrag Zwangsumtauschleihe gemäß den §§ 3.1 und 1.1 in weitergehendem Umfang Sicherungsregeln enthalten (Sicherung der vollständigen Erfüllung der in § 1.1 definierten „Besicherten Verpflichtungen“), liegen die für eine Zurechnung nach § 30 Abs. 1 Nr. 5 WpHG notwendigen weiteren Voraussetzungen nicht vor. Das erforderliche Aneignungsrecht ergibt sich nicht aus § 8.2 der Pfandverträge. Die Regelung gibt das nach der vom Senat in Auftrag gegebenen Übersetzung an der insoweit maßgeblichen Stelle nicht her (§ 8 Abs. 2 Satz 2: „Gemäß § 1259 Bürgerliches Gesetzbuch ist eine Pfandnehmerin insbesondere berechtigt, das Eigentum an den und die Herausgabe der verpfändeten Aktien zu verlangen oder zu verlangen, dass die verpfändeten Aktien im Wege eines freihändigen Verkaufs durch diese oder im Namen der Pfandnehmerin zum Börsenpreis verkauft werden.“). Die Befugnis, „das Eigentum zu verlangen“, begründet kein Aneignungsrecht. 128

Im Übrigen und unabhängig davon scheitert die Annahme eines die Zurechnung von Stimmrechten gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 WpÜG begründenden Anwartschaftsrechts aber – wie im Übrigen auch beim Pfandvertrag Cash Collateral – jedenfalls an der nach § 8.1 der Pfandverträge erforderlichen, tatsächlich aber nicht eingetretenen Fälligkeit des Anspruchs auf Übereignung der A-Aktien. Deshalb konnte der Eigentumserwerb erst mit Eintritt der 129

Pfandreife im Jahr 2012 erfolgen. Die Beklagte hätte damit ein dingliches Anwartschaftsrecht erworben, dessen Ausübung vom Eintritt der Pfandreife im Jahr 2012 abhing, mithin im Februar 2009 noch nicht zu einem Vollrecht erstarken konnte. Eine solche Rechtsposition reicht für eine Zurechnung gemäß § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 WpÜG nicht. Hierfür ist vielmehr – worauf die Beklagte zu Recht hinweist – eine jederzeitige, im Belieben des Bieters stehende Aneignungsmöglichkeit erforderlich (BGH II ZR 353/12 Rdn. 54;

Schwark/Zimmer/Noack/Zetzsche, 5. Aufl. 2020, WpÜG § 30 Rdn. 15; von Bülow in Kölner Komm. WpÜG 2. Aufl. § 30 WpÜG Rdn. 173; Diekmann in Baums/Thoma/Verse, § 30 WpÜG Rdn. 57; Rothenfußer in Paschos/Fleischer, § 11 Rdn. 266; MüKoAktG/Wackerbarth, 4. Aufl. 2017, § 30 WpÜG Rdn. 25; Walz in: Haarmann/Schüppen, Frankfurter Kommentar zum WpÜG, 3. Aufl. 2008, § 30, Rdn. 58). Dafür spricht entscheidend auch die folgende Überlegung: § 30 Abs. 1 WpÜG regelt allgemein die Zurechnung von Stimmrechten, die aus Aktien resultieren. Aus Stimmrechten folgen Einflussmöglichkeiten auf die Unternehmenspolitik nach Maßgabe des Aktiengesetzes und der Satzung. Wenn man ein dingliches Anwartschaftsrecht an Aktien dem Eigentum gleichsetzt, dann müsste der Bieter aber auch insoweit ohne Weiteres auf die Stimmrechtsausübung und damit auf die Unternehmenspolitik Einfluss nehmen können wie der Eigentümer einer Aktie. Bei einem Anwartschaftsrecht, das sich erst nach drei Jahren – unterstellt – ohne Weiteres in Eigentum an den Aktien umwandelt, ist aber die Möglichkeit einer früheren Stimmrechtsausübung und damit einer Einflussnahme nicht denkbar. Welchen Einfluss auf das Stimmrecht und seine Ausübung ein erst zukünftig fälliges – nämlich an die Fälligkeit der Pflichtumtauschanleihe und die Ausübbarkeit der Optionen ab dem 25.2.2012 gebundenes – Pfandverwertungsrecht und ein daraus folgendes dingliches Erwerbsrecht haben soll, ist nicht ersichtlich.

Den erforderlichen Stimmrechtseinfluss vermitteln die Pfandverträge damit nicht. Im Übrigen 130 ergibt sich aus der Regelung des § 4 der Pfandverträge, dass sich die Pfandrechte (§ 4.1) zwar auf die dort näher bezeichneten vermögensrechtlichen Ansprüche erstrecken, die mit den verpfändeten Aktien verbunden sind, die Pfandgeberin aber (§ 4.2) gleichwohl berechtigt bleibt, alle Dividendenzahlungen bezüglich der verpfändeten Aktien zu erhalten und einzubehalten, bis die Pfandnehmerin gemäß § 8.1 berechtigt ist, ihre bestellten Pfandrechte geltend zu machen. Zudem ist in § 5 der Pfandverträge explizit geregelt, dass die mit den verpfändeten Aktien verbundenen Gesellschafterrechte einschließlich der Stimmrechte bei der Pfandgeberin verblieben. Dass die Stimmrechte nach Treu und Glauben auszuüben waren (§ 5.2 Satz 2), begründet, wie bereits dargestellt, keine Stimmrechtszurechnung.

11. 131

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 91 ZPO, die Entscheidung über die 132 vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Klägerin trägt auch die Kosten des Revisionsverfahrens, weil sie mit der Berufung im Ergebnis unterlegen ist.

12. 133

Die Revision wird im Hinblick auf die Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Auslegung der 134 Zurechnungstatbestände des § 30 Abs. 2 WpÜG zugelassen. Eine Vorlage an den EuGH – etwa zur Frage der Auslegung der Übernahmerrichtlinie (RL 2004/25/EG – kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil der Senat im vorliegenden Verfahren nicht letztinstanzliches Gericht im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV ist.

Streitwert des Berufungsverfahrens: 4.837.500 € 135
