
Datum: 16.12.2020
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 13. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 231/17
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2020:1216.13U231.17.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 82 O 11/15

Tenor:

Unter Zurückweisung der Anschlussberufungen der Kläger und der Berufung des Klägers zu 13) wird die Klage unter Abänderung des am 20. Oktober 2017 verkündeten Urteils des Landgerichts Köln (82 O 11/15) auf die Berufung der Beklagten abgewiesen

Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Beklagten tragen

der Kläger zu 1)	zu	0,56%
der Kläger zu 2)	zu	0,23%
die Klägerin zu 3)	zu	0,12%
der Kläger zu 4)	zu	2,35%
der Kläger zu 5)	zu	0,27%
die Klägerin zu 6)	zu	0,77%
die Klägerin zu 7)	zu	1,34%
der Kläger zu 8)	zu	0,37%

der Kläger zu 9)	zu	0,25%
der Kläger zu 10)	zu	0,54%
die Klägerin zu 11)	zu	0,94%
der Kläger zu 12)	zu	5,06%
der Kläger zu 13)	zu	1,16%
die Kläger zu 15)		62,52%
und die Klägerin zu 16)	zu	23,52%

Ihre eigenen außergerichtlichen Kosten tragen die Kläger jeweils selbst.

Das Urteil und das Urteil des Landgerichts in der Form, die es durch dieses Urteil erhalten hat, sind ist vorläufig vollstreckbar. Den Klägern wird nachgelassen, die Vollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund der Urteile vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I.

Die Kläger waren Aktionäre der A AG (im Folgenden: A). Sie nehmen die Beklagte auf Differenzzahlung gemäß § 31 WpÜG bzw. auf Schadensersatz wegen eines unterlassenen Pflichtangebots gemäß § 35 WpÜG in Anspruch.

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 Kläger zu 1) bis 12), 15) und 16) nahmen das Angebot nach Maßgabe der Darstellung im angefochtenen Urteil an (LGU Rdn. 44 ff). Sie sind der Auffassung, ihnen stehe die Differenz zwischen dem aufgrund des Pflichtangebotes 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. Die Kläger zu 13), 14) und 17) nahmen das Angebot der Beklagten nicht an und veräußerten ihre Aktien an Dritte. Sie haben gleichwohl die Auffassung vertreten, dass die Beklagte ihnen die angemessene Gegenleistung (57,25 € je Aktie) abzüglich der tatsächlich vereinnahmten Beträge schulde. Hinsichtlich der Berechnung der Ansprüche des – insoweit allein noch am Berufungsverfahren beteiligten - Klägers zu 13), der aus abgetretenem Recht klagt, wird auf den Schriftsatz vom 26.10.2015 (GA 4084 ff) und seine Berufungsbegründung (GA 6722 ff) verwiesen.

1

2

3

4

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 Kläger zu 1) bis 12), 15) und 16) haben erstinstanzlich die Zahlung der Differenz zwischen der Gegenleistung aus dem freiwilligen Übernahmeangebot und der ihrer Meinung nach geschuldeten Gegenleistung aus einem Pflichtangebot verlangt, das bereits aufgrund der Ursprungsvereinbarung aus September 2008 zu veröffentlichen gewesen sei. Hilfsweise macht ein Teil der Kläger 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, auf dessen Entscheidung wegen des Sachverhalts, der Entscheidungsgründe und der erstinstanzlich gestellten Anträge verwiesen wird (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), hat die Beklagte überwiegend antragsgemäß verurteilt, was die Kläger zu 1) bis 12), 15) und 16) betrifft. Die Klagen der Kläger zu 13), 14) und 17) hat es abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass sich aus den inzwischen, nämlich nach der Entscheidung des BGH vom 29.7.2014 im Parallelverfahren, vorgelegten „technischen Klauseln“ der Ursprungs- und der Änderungsvereinbarung sowie der Verpfändungsvereinbarungen die Voraussetzungen für ein abgestimmtes Verhalten der Beklagten und der B AG und damit für eine Zurechnung nach den maßgeblichen Regelungen des WpÜG ergäben. Daraus wiederum ergebe sich ein Anspruch der Kläger in der jeweils zuerkannten Höhe aus § 31 Abs. 1 WpÜG. Zurechnungstatbestände hinsichtlich der Ursprungs- und der Änderungsvereinbarung ergeben sich nach Auffassung des Landgerichts sowohl aus § 30 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 WpÜG wie aus § 30 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5 WpÜG. Hinsichtlich der ersten Alternative der Zurechnung nach § 30 Abs. 2 Satz 2 gelte, dass jede – zumindest jede über die Erhaltung des status quo hinausgehende - Verständigung über die Ausübung von Stimmrechten ausreichend sei, auch wenn nicht das Ziel einer dauerhaften

8

und erheblichen Änderung der unternehmerischen Ausrichtung die Zielgesellschaft verfolgt werde. Eine bloße status quo-Regelung sei schon mit Rücksicht darauf nicht anzunehmen, dass der Zustimmungsvorbehalt sich nicht auf das erworbene Anteilspaket beziehe, hinsichtlich der Vorbehalte zu Satzungsänderungen, Umwandlungs- und Dividendenbeschlüssen keine tatbestandliche Beschränkung aufweise und die Zustimmung in das Ermessen der Beklagten gestellt sei. Die Voraussetzungen der Vorschrift seien allerdings auch erfüllt, wenn man ein Zusammenwirken von Bieter und Drittem zur dauerhaften und erheblichen Änderung der unternehmerischen Ausrichtung die Zielgesellschaft für erforderlich halte, weil sich dem Inhalt der „technischen Klauseln“ eine stillschweigende, darauf gerichtete Zielvereinbarung entnehmen lasse. Darüber hinaus führe aber auch die Regelung in § 5.1 der Verpfändungsvereinbarungen zu einer Zurechnung nach § 30 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 WpÜG. Die Regelung sei ähnlich formuliert wie die der §§ 9.1a, 10.1 a der Ursprungs- und der Änderungsvereinbarung. Die Unterschiede seien im Blick auf die Frage der Zurechnung unmaßgeblich. Bei keiner der Bestimmungen handle es sich um eine Einzelfallregelung im Sinne von § 30 Abs. 2 Satz 1 WpÜG. Die Ursprungsvereinbarung begründe ferner eine Zurechnung nach § 30 Abs. 1 Nr. 2 WpÜG. Die B habe die Aktien nach Abschluss der Vereinbarung für Rechnung der Beklagten gehalten. Diese habe sämtliche Risiken und Chancen der A-übernahme getragen. Ob auch eine Zurechnung nach § 30 Abs. 1 Nr. 5 WpÜG hinsichtlich der Verpfändungsverträge gerechtfertigt sei, sei skeptisch zu beurteilen, könne aber offenbleiben.

Die Klage der Kläger zu 13), 14) und 17) bleibe dagegen erfolglos, weil mit dem Verkauf ihrer Aktien über die Börse etwaige Ansprüche aus dem streitgegenständlichen Sachverhalt auf die Erwerber übergegangen und diese Kläger daher nicht mehr aktivlegitimiert seien. Auch Ansprüche aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis und aus deliktischen Anspruchsgrundlagen bestünden nicht. 9

Gegen diese Entscheidung wenden sich die Beklagte – im Rahmen ihrer Verurteilung – sowie der Kläger zu 13), dessen Klage das Landgericht abgewiesen hat. 10

Die Beklagte hält die Voraussetzungen für ein „acting in concert“ nicht für gegeben. Bei richtiger Bewertung enthielten weder die Ursprungsvereinbarung 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. Das Landgericht habe auch zu Unrecht ihren Vortrag zur zeitlichen Geltungsdauer der Klauseln als unbeachtlich und deshalb die von ihr beantragte Vernehmung des Zeugen Dr. C verfahrensfehlerhaft unterlassen. Der Inhalt der Aussage des Zeugen im Parallelverfahren habe zumindest als ein gegen die Richtigkeit der Behauptung der Kläger zur zeitlichen Reichweite von § 9.1.a der Ursprungsvereinbarung (bzw. die 11

entsprechende Regelung im Rahmen der Nachtragsvereinbarung) sprechendes Indiz berücksichtigt werden müssen. Schließlich seien die Ausführungen des Landgerichts zu der von ihr erhobenen Einrede der Verjährung fehlerhaft. Bei richtiger Bewertung seien die Ansprüche sämtlicher Kläger in analoger Anwendung von § 12 Abs. 4 WpÜG verjährt, die aller Kläger mit Ausnahme der Kläger zu 3), 4) und 12) zudem nach §§ 195, 199 BGB.

Die Beklagte beantragt,	12
das Urteil des Landgerichts Köln vom 20.10.2017 (82 O 11/15) abzuändern und die Klagen der Kläger zu 1) bis 12), 15) und 16) abzuweisen.	13
Die Kläger zu 1) bis 12), 15) und 16) beantragen,	14
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	15
Der Kläger zu 1) beantragt ferner im Wege der Anschlussberufung,	16
die Beklagte in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung zu verurteilen, an ihn über die erstinstanzlich vom Landgericht zugesprochenen Beträge in Höhe von 267.675 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit dem 20.9.2008 sowie in Höhe von 3.015,70 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit dem 23.1.2015 weitere Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins aus einem Betrag in Höhe von 207.500 € für den Zeitraum vom 20.9.2008 bis zum 3.12.2010 zu zahlen.	17
Der Kläger zu 2) beantragt ferner im Wege der Anschlussberufung,	18
die Beklagte in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung zu verurteilen, an ihn über die erstinstanzlich vom Landgericht zugesprochenen Beträge in Höhe von 112.875 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit dem 20.9.2008 sowie in Höhe von 1.999,32 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit dem 23.1.2015 weitere Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins aus einem Betrag in Höhe von 87.500 € für den Zeitraum vom 20.9.2008 bis zum 3.12.2010 zu zahlen.	19
Der Kläger zu 9) beantragt ferner im Wege der Anschlussberufung,	20
die Beklagte in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung zu verurteilen, an ihn 122.550 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit dem 20.9.2008 zu zahlen.	21
Der Kläger zu 10) beantragt ferner im Wege der Anschlussberufung,	22
die Beklagte in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung zu verurteilen, an ihn über den erstinstanzlich zugesprochenen Betrag von 258.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit 30.11.2010 weitere Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins für den Zeitraum vom 20.9.2008 bis zum 29.11.2010 aus einem Betrag von 458.000 € zu zahlen.	23
Die Klägerin zu 11) beantragt ferner im Wege der Anschlussberufung,	24
die Beklagte in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung zu verurteilen, an sie über den erstinstanzlich zugesprochenen Betrag von 451.500 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit 4.12.2010 weitere Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins für den Zeitraum vom 20.9.2008 bis zum 3.12.2010 aus einem Betrag von	25

801.500 € zu zahlen.

Der Kläger zu 12) beantragt ferner im Wege der Anschlussberufung,	26
die Beklagte in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung zu verurteilen, an ihn über den erstinstanzlich zugesprochenen Betrag von 2.426.812 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit 4.12.2010 weitere Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins für den Zeitraum vom 20.9.2008 bis zum 3.12.2010 aus einem Betrag von 4.308.062,50 € zu zahlen.	27
Der Kläger zu 15) beantragt ferner im Wege der Anschlussberufung,	28
die Beklagte in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung zu verurteilen, an ihn 30.008.625 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit 4.12.2010 sowie weitere Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins für den Zeitraum vom 20.9.2008 bis zum 3.12.2010 aus 53.271.125 € zu zahlen.	29
Die Kläger zu 1) bis 12), 15) und 16) verteidigen die Entscheidung des Landgerichts zur Verurteilung der Beklagten gegen die mit der Berufung erhobenen Angriffe. Sie sehen bereits in den vertraglichen Regelungen, die Gegenstand der Entscheidung des Landgerichts sind, kontrollbegründende Abreden, die den geltend gemachten Anspruch rechtfertigen und berufen sich insoweit auf die Ausführungen der Kammer dazu im angefochtenen Urteil. Nach Ansicht der Kläger 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 Kläger sind zudem der Auffassung, dass die B und die Beklagte über den Inhalt der von der Beklagten vorgelegten Verträge hinaus kontrollbegründende Absprachen getroffen hätten. Sie haben in diesem Zusammenhang teilweise umfangreich zum wirtschaftlichen und politischen Hintergrund der Transaktion vorgetragen und diesen Vortrag durch die Benennung einer Reihe von Zeugen unter Beweis gestellt.	30
Mit der Anschlussberufung verlangen die Kläger zu 1) und 2) klageerweiternd Zinsen aus einem Betrag in Höhe von 57,25 € je Aktie (erstinstanzlich nur in Höhe des Differenzbetrages von 32,25 €). Der Kläger zu 9) macht im Wege der Klageerweiterung einen weiteren Differenzbetrag von 8,40 € je Aktie und einen Zinsanspruch für den Gesamtbetrag seit dem 20.9.2008 geltend. Die Kläger zu 10) bis 12) machen im Rahmen ihrer Anschlussberufung gestützt auf § 38 WpHG einen Zinsanspruch schon ab dem 20.9.2008 geltend, ebenso der Kläger zu 15).	31
Die Beklagte beantragt, die Anschlussberufungen zurückzuweisen.	32
Sie beruft sich darauf, dass die Klagen schon dem Grunde nach nicht begründet seien, hinsichtlich der Zinsansprüche die Voraussetzungen des § 38 WpHG nicht vorlägen und auch insoweit die bereits gegenüber der Hauptforderung erhobene Einrede der Verjährung durchgreife.	33
Der Kläger zu 13) hält die Entscheidung des Landgerichts deshalb für falsch, weil er seine streitgegenständlichen Ansprüche nicht auf die Erwerber der von ihm veräußerten Aktien übertragen habe. Die Begründung, er sei im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht mehr Inhaber der Aktien gewesen, auf die er seine Ansprüche stütze, treffe auf sämtliche Kläger des Verfahrens zu, könne also für das Landgericht bei richtiger Bewertung nicht maßgeblich sein. Die nach der Auffassung des Landgerichts für einen Anspruch aus vorvertraglichem Schuldverhältnis fehlende Sonderverbindung habe seit der unstreitig erfolgten Unterbreitung	34

des Übernahmeangebotes durch die Beklagte bestanden. Dafür, dass er ein Übernahmeangebot zu dem angemessenen Preis von 57,25 € angenommen hätte, habe er erstinstanzlich Beweis angetreten, dem das Landgericht hätte nachgehen müssen.

Der Kläger zu 13) beantragt, 35

die Beklagte in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung zu verurteilen, an ihn 36
555.214 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins aus 1.145.000 € vom 20.9.2008 bis zum 16.5.2011 sowie weitere Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins aus 353.980 € seit dem 17.5.2011, aus 100.120 € seit dem 14.3.2014, aus 31.117,50 € seit dem 3.5.2014 und aus 69.996,50 € seit dem 1.7.2014 zu zahlen und

die Beklagte ferner zu verurteilen, ihn von außergerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren in 37
Höhe von 6.294,51 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit Rechtshängigkeit freizustellen.

Die Beklagte beantragt, 38

die Berufung des Klägers zu 13) zurückzuweisen. 39

Die Beklagte rügt weiterhin die Aktivlegitimation des Klägers zu 13) und verteidigt im Übrigen 40
die Entscheidung des Landgerichts, auch zum Anspruch aus vorvertraglichem Verschulden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Vorbringens wird auf den 41
schriftsätzlichen Vortrag der Parteien und die von ihnen zu den Akten gereichten Urkunden Bezug genommen

Der Senat hat in dem aus dem Beschluss vom 12.4.2019 (GA 8108) ersichtlichen Umfang die 42
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) und - auf die Anordnung im Beschluss vom 17.9.2019 (GA 8460) - im Original (mit Übergabeprotokoll vom 2.10.2019; GA 8573) nachgekommen. Ferner hat der Senat auf der Grundlage der Beweisanordnungen vom 19.2.2019 (Bl 7805 ff), vom 9.10.2019 (GA 8589 f) und vom 4.12.2019 (GA 9402) Beweis erhoben durch Vernehmung von Zeugen und 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, am 27.11.2019 und am 8.1.2020 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.

II. 43

Die zulässige Berufung der Beklagten hat auch in der Sache Erfolg. Sie führt zur Abänderung 44
der Entscheidung des Landgerichts und zur Abweisung der Klage. 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, haben die Kläger 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. 45

46

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, machen die Kläger selbst nicht geltend.

2.

47

Das Landgericht hat zu Unrecht angenommen, dass sich eine Zurechnung nach § 30 Abs. 2 WpÜG 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) ergibt. 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 Kläger erbracht, dass es zwischen der B und der Beklagten zurechnungsrelevante Vereinbarungen außerhalb der vorgelegten Vertragsurkunden gegeben hat.

48

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

49

3.

50

Der Senat hatte im Anschluss an das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29. Juli 2014 (II ZR 353/12 im Parallelverfahren 13 U 166/11) 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.

51

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 aktienrechtlicher Rechte).

4. 52

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. 53

5. 54

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 angefochtenen Entscheidung 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 Brellochs, 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 55

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.

6. 56

Bei Zugrundelegung dieses rechtlichen Maßstabs ergibt sich entgegen der Auffassung des Landgerichts 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. 57

a. 58

Unzweifelhaft gilt das genannte Ergebnis zunächst für den Zustimmungsvorbehalt zur Umwandlung der Gesellschaft im Rahmen des UmwG (wie offenbar auch das Landgericht – 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. 59

b. 60

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 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 61

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“ handle, 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, 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 (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 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. Soweit der Kläger zu 15 (Schriftsatz vom 25.11.2020) eine Zurechnung bereits daraus herleiten will, dass die Beklagte sich auf eine Verhinderungsmöglichkeit für Beschlussfassungen nach dem Closing berufen habe, verkennt er demzufolge diesen Regelungszusammenhang, auf den sich die Beklagte gestützt hat.

62

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 überschreitet der zu erwerbende Aktienanteil zusammen mit den von einer Tochtergesellschaft der Beklagten, der G2 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.

64

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.

65

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) und J (S. 29 des Protokolls vom 30.10.2019 „wegen der erwarteten Übernahme der Aktien vor der nächsten Hauptversammlung“) 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 Pflichtumtauschschuldschreibungen (B 81) ergibt. Das findet seine Bestätigung in der Ad-hoc-Mitteilung der Beklagten vom 14.1.2009 (B 8 Anl.-Heft zu Bd. I S. 93). Dass das Closing auch tatsächlich Ende Februar 2009 stattfand, ergibt sich aus dem Geschäftsbericht der B für das Jahr 2008 (Anl. B 68 Bl. 7681 f) und der glaubhaften Bestätigung des Zeugen Dr. C (Prot. vom 6.11.2019 Bd. XXXVIII, Bl. 9022).

66

Die Annahme des Landgerichts, die Klausel umfasse auch den Zeitpunkt der Ausübung der wechselseitigen Optionen, kann damit in Anbetracht des jetzt zugänglichen Vertragstextes nicht aufrechterhalten werden. Entgegen der Auffassung des Landgerichts reicht die in diesem Sinne begrenzte Gültigkeitsdauer der Klausel nicht für die Annahme einer über die Aufrechterhaltung des Status quo hinausgehenden Regelung aus. Unerheblich ist auch die

67

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.

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. 68

d. 69

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. 70

e. 71

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). 72

7. 73

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 Bd. XXXVIII Bl. 9027 R), K (Prot. vom 4.12.2019, Bd. XXXX Bl. 9426 R), I (Prot. vom 30.10.2019 Bd XXXVIII Bl 8961) und Dr. L (Prot. vom 20.11.2019 Bd. XXXIX Bl 9203) der übereinstimmende und für das Verständnis des Vertragswerkes maßgebliche Wille der Parteien dahinging, dass eine (frühere) 74

Kontrollübernahme nicht erfolgen sollte. Den wirtschaftlichen Hintergrund dafür haben die Zeugen M (Prot. vom 18.12.2019 Bd. XXXX Bl. 9507 ff) und J (Prot. vom 30.10.2019 Bd. XXXVIII Bl 8975 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.

Mit Rücksicht auf das Vorbringen der Kläger ist zu einzelnen Aspekten des Vertragswerkes das Folgende auszuführen: 75

a. 76

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) und der Zeuge Dr. C (S. 26 des Protokolls vom 6.11.2019: „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. 77

b. 78

Auch die Regelungen in den Pfandverträgen (§ 5.1 des Aktienpfandvertrages vom 30.12.2008 sowie § 5.1. der Pfandverträge Pflichtumtauschleihe und Cash Collateral – 79

Anlagen B 15, B 16 und B 80) 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 findet. Deshalb treffen auch die im angefochtenen Urteil 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. An dem Ergebnis, dass § 5.1 der Pfandverträge keine kontrollbegründenden Regelungen enthält, ändert schließlich auch das Vorbringen des Klägers zu 15) zum wirtschaftlichen Hintergrund der Vereinbarungen nichts.

Entgegen der Auffassung der Kläger ergibt sich auch aus § 5.2.1.d der Ursprungsvereinbarung 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 Aktienausgabe 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).

c.

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 Kölner Kommentar zum WpÜG, 2. Aufl. 2010, § 30 Rdn. 217).

d. 84

Die Auffassung der Kläger, 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. 85

e. 86

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. Die Schlussfolgerung des Klägers zu 15 (Schriftsatz vom 10.11.2020), dass es sich bei der Regelung um eine „kaschierte Form der Einflussssicherung“ gehandelt habe, vermag der Senat demzufolge nicht zu teilen. Dass § 4.3 der Vereinbarung keine Kontrolle begründet, ergibt sich daraus, dass es dort nur um die Regelung einer Information geht. 87

f. 88

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 89

und die eine zuvor tatsächlich bestehende Kontrolle nicht voraussetzt.

- g. 90
- 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 (entgegen der Auffassung des Klägers zu 9, Schriftsatz vom 6.6.2019; GA 8236 ff) 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 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. 91
- i. 92
- 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. 93
8. 94
- 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 u.a. von den Klägern zu 3) bis 8) und 16) im Rahmen ihrer Berufungserwiderung vom 31.7.2018 (GA 7256 ff) vorgetragen, im Folgenden näher konkretisiert (S. 29 – 31 der Berufungserwiderung) und in das Wissen der „Transaktionsbeteiligten“ gestellt worden sind - getroffen haben. Das geht zu Lasten der darlegungs- und beweispflichtigen Kläger. Die Voraussetzungen für die Annahme eines „acting in concert“ liegen nicht vor. 95
- a. 96
- Das Ergebnis der umfangreichen Befragung der von den Klägern zu 3) bis 8) und 16) sowie der anderen Klägervertreter 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 97

dabei die Aussage des Zeugen Dr. C, der zu dieser Frage (unter Einbeziehung der wesentlichen Teile seiner Aussage vom 24.2.2016 im Parallelverfahren 13 U 166/11) 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 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.

Die Aussage des Zeugen Dr. C ist in vollem Umfang glaubhaft. Sie ist konsistent zu seiner früheren Aussage im Parallelverfahren, passt in den wirtschaftlichen Kontext, in dem der Erwerb der Beteiligung aus der Sicht der Vertragsparteien stand und stimmt – was die unbewiesene 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 insbesondere von den Klägern zu 3) bis 8) und 16) behaupteten Absprachen gegeben habe. Das gilt zunächst für den damaligen Finanzvorstand der B, den Zeugen N, 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 Kläger zu 3) bis 8) und 16) 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 herantreten 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.

99

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 den Klägern zu 3-8, 16 im Schriftsatz vom 31.7.2018 – S. 49 f- 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 Kläger nicht bestätigt; nach den übereinstimmenden Erklärungen der Zeugen I und R 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, der ebenfalls nur eine vorsorgliche Regelung *für den Fall* einer Kapitalerhöhung enthielt.

100

Der Kläger zu 15) hat – allerdings substanzlos und auf der Basis einer bloßen Spekulation – zunächst behauptet, die Beklagte habe im Zeitpunkt des Abschlusses der Ursprungsvereinbarung bereits Kenntnis vom Bezugspreis für die neuen Aktien gehabt. Auch diese Behauptung hat aber keiner der vernommenen Zeugen bestätigt; sie ist von dem Kläger zu 15) nach der Beweisaufnahme auch nicht mehr weiterverfolgt worden (S. 8 des Schriftsatzes vom 10.11.2020: „Das Ergebnis dieser Gespräche wurde – zumindest der Teil, der für die Parteien damals relevant war – in den Vereinbarungen schriftlich festgehalten.“).

101

Die – wiederum spekulative und inhaltlich nicht näher definierte – Annahme einer Absprache über „Umfang, Volumen und ggf. konkrete Gestaltung der Kapitalerhöhung“ kann entgegen der Auffassung der Prozessbevollmächtigten des Klägers zu 15) nicht im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung begründet werden.

c.

102

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 Kläger 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 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 Kläger ist damit nicht bewiesen. Durchgreifende Zweifel an der Richtigkeit der Darstellung der Beklagten zu dieser Frage sind nicht zutage getreten. Soweit die Kläger behauptet haben, 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 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 82) und dem Schreiben des Aufsichtsratsvorsitzenden der Beklagten vom 11. September 2008 (B 83) 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 83 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. Die Schlussfolgerungen, die die Kläger zu 3-8) und 16) (Schriftsatz vom 11.11.2020, S. 27 ff) aus diesem Sachverhalt in Bezug auf eine Absprache zur Dividendenberechtigung ziehen, vermag der Senat aus den genannten Gründen nicht zu teilen. Soweit der Kläger zu 15 (Schriftsatz vom 10.11.2020, S. 21) Angaben des Zeugen I zu einer „Sperrminorität“ aufgreift und Vermutungen darüber anstellt, was der Zeuge über den protokollierten Inhalt seiner Aussage hinaus gemeint haben könnte, verkennt das den Zusammenhang und die erkennbare Sinnrichtung der Bekundung. Die Aussage des Zeugen deckt sich im Übrigen auch mit der Aussage der Zeugin K (Prot. vom 4.12.2019 Bd. XXXX Bl. 9420 ff). 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 (Bd. XXXIX Bl. 9204 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 13 Anl. Heft zu Bd. I Bl. 115) 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.

104

Die Kläger sind 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 Kreditersatzgeschäft sowie der Immobilienfinanzierung) sowie einer Konzentration auf das Privatkundengeschäft und das standardisierte Geschäft mit kleinen 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. XXXX Bl 9420 ff; Prot. v. 20.11.2019 Bd. XXXIX Bl 9200 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. XXXVIII Bl. 8970 ff). Auch die übrigen Zeugen haben die Behauptung der Kläger in diesem Zusammenhang nicht bestätigt. Dies gilt für die Zeugen Dr. C (Prot. vom 6.11.2019 Bd. XXXVIII Bl 8990 ff), I (Prot. vom 30.10.2019 Bd. XXXVII, Bl 8955 ff), Dr. Q (Prot. vom 27.11.2019 Bd. XXXIX Bl. 9363 ff), R (Prot. vom 15.1.2020 Bd. XXXXI Bl 9639 ff), Dr. S (Prot. vom 26.2.2020 Bd. XXXXI Bl. 9763 ff); T (Prot. vom 27.11.2019 Bd. XXXIX, Bl 9345) und M (Prot. v. 18.12.2019 Bd. XXXX Bl. 9506 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. XXXIX Bl 9209 R ff). Der Senat hat auch in diesem Zusammenhang keine Veranlassung, an der Glaubwürdigkeit der Zeugen oder der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen zu zweifeln; sie fügen sich vielmehr aus seiner Sicht plausibel in das Gesamtbild ein.

e.

106

Auch aus dem Umstand, dass die Beklagte *und die A* sich im September 2008 auf eine Kooperation verständigt haben (Heads of Terms for Cooperation; Anlage B 79) 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. Der „Heads of Terms for Cooperation“ diene 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.

Die Bewertung des Dokumentes als „klandestin formulierter Teil-Beherrschungsvertrag“ (Schriftsatz der Kläger zu 3-8) und 16) 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). 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). 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) 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) kontrollrechtlich irrelevant. Soweit die Kläger zu 3-8) und 16) (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 ausgehen, ist dies wie gezeigt nicht bewiesen. Die behauptete „widerspruchslose Duldung“ von Seiten der B wiederum ist kontrollrechtlich irrelevant.

f. 109

Unbewiesen geblieben ist die Behauptung der Kläger zu 3-8) und 16) (Schriftsatz vom 31.7.2018, S. 30, GA 7285), dass die Beklagte und die B den Transfer der dort näher bezeichneten Aktien in Depots bei 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 Kläger zu 3-8) und 16) in diesem Zusammenhang im Anschluss an die Beweisaufnahme berufen, 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 den Klägern behaupteten Abreden gab. Sie ergeben sich auch nicht aus dem Inhalt der vorgelegten Depotbestätigung vom 25.2.2009. Der Vernehmung der von den Klägern dazu (und zur Zuständigkeit der Abteilung, die bei der Beklagten die Aktien der A „verwaltete“) benannten Zeugen bedurfte es daher nicht.

Die Kläger behaupten – aus ihrer Sicht kontrollbegründende – Absprachen zwischen der 112
 Beklagten und der B über die Besetzung des Vorstands der A. Auch diese haben 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). Auch der – ohnehin
 weitgehend substanzlose - Vortrag der Kläger zu 3-8) und 16) 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). 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 von Seiten der Kläger dafür in Anspruch
 genommenen 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 konnten 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.

Die Beweisaufnahme hat auch keine belastbaren Anhaltspunkte dafür ergeben, dass sich die 114
 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: „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 85, Bl
 8836 ff) 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: „Das Interesse der V war, ...dass diese Kooperation möglichst unverändert fortgesetzt werden sollte.“). Die Schlussfolgerungen, die der Kläger zu 15 (Schriftsatz vom 10.11.2020) aus dem Ergebnis der Beweisaufnahme hinsichtlich der „Filius-Verträge“ zieht, vermag der Senat vor diesem Hintergrund nicht zu teilen.

i.

115

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) 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) 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) - 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.

116

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. Soweit der Kläger zu 15) (Schriftsatz vom 25.11.2020) dem entgegenhält, es habe sich um die jeweilige Einzelwahl mehrerer Aufsichtsratsmitglieder gehandelt, ändert das nichts. 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

117

(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 den Klägern vorgetragene Besetzung der Ausschüsse nicht entgegen.

j. 118

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), und hinzugefügt, dass er nach seiner Kenntnis auch an allen maßgeblichen Verhandlungen teilgenommen habe. Die Aussage des Zeugen haben – was die für die Beklagte handelnden Personen betrifft - die Zeugen Dr. Q (Prot. vom 27.11.2019 Bd. XXXIX Bl. 9378 R), J (S. 19 f des Protokolls vom 30.10.2019) und Dr. M (S. 4 des Protokolls vom 18.12.2019) in dem Sinne glaubhaft bestätigt, dass sie keine Kenntnis von über die schriftlichen Verträge hinausgehenden vertraglichen Vereinbarungen hatten. 119

k. 120

Wie im Einzelnen ausgeführt und begründet, ist die Aussage des 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 Kläger zu 3) bis 8) und 16) zu dessen R im Rahmen der A-übernahme mit ihrer Berufungserwiderung (dort S. 24 ff und unter teilweise wörtlicher Wiederholung des Vorbringens im Rahmen der Strafanzeige vom 1.2.2018, GA 8539 ff) aufgestellt haben und die dem Zeugen aus eigennützigen, aber nicht plausibel gemachten Motiven die R des Initiators eines breit angelegten, abgestimmten Planes zur Sicherung seines „beruflichen Fortkommens“ zu Lasten der A-Anleger zuweisen, nur als abwegig bezeichnet werden. 121

Nach Lage der Dinge ebenso abwegig, zudem aber auch ohne jede nachvollziehbare Begründung und ohne jeden Anhaltspunkt vorzutragen haben die Kläger zu 3-8) und 16) zudem behauptet, dass es sich bei dem im Prozess vorgelegten Vertragswerk um nachträglich zu Prozesszwecken angefertigte Urkunden handele. Keiner der dafür von den Klägern zu 3-8, 16) 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 der Verträge überzeugend erläutert (Schriftsatz vom 29.10.2019, Bl. 8781 ff). Die an die Zeugen dazu gerichteten Fragen haben keine Anhaltspunkte dafür erbracht, dass die Behauptungen der Kläger – auf die sie nach der Beweisaufnahme auch nicht mehr zurückgekommen sind - zutreffend sein könnten. 122

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. Entgegen der Auffassung des Klägers zu 1 123

(Schriftsatz vom 26.11.2020) gilt das im Hinblick darauf, dass es auf die dort geregelte Schadensersatzverpflichtung der Beklagten nicht ankommt (unten Ziffer 9), auch für Ziffer 6 und 7 der Ursprungsvereinbarung. Ebenso wenig besteht nach Lage der Dinge und vor dem Hintergrund des Beweisergebnisses die Veranlassung, der Beklagten die Vorlage weiterer Urkundenteile (z.B. von Anlagen zu den im Schriftsatz der Kläger zu 10) bis 12) vom 11.11.2019 erwähnten Dokumenten) aufzugeben.

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 den Klägern zu 3-8) und 16) 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. 59 der Berufungserwiderung). Soweit dafür ein nicht näher definierter „politischer Druck“ behauptet wird (S. 29, 38 des Schriftsatzes der Kläger zu 3-8) und 16) vom 15.8.2019), passt das im Übrigen insofern nicht, als an anderer Stelle „die Politik“ als eine Art „Befehlsempfänger“ der Beklagten erscheint (S. 62 der Berufungserwiderung: 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 den Klägern zu 3-8, 16) in diesem Zusammenhang und vom Kläger zu 15) benannter Zeugen über die Transaktionsbeteiligten hinaus, 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 den Klägern zu 3-8, 16 benannt im Schriftsatz vom 31.7.2018, S. 104). Was den Inhalt der Ursprungsvereinbarung angeht (in diesen Kontext haben die Kläger ihren Beweisantrag gestellt), 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. Die Zeugen Y und Z waren auch nicht aufgrund des Vorbringens der Kläger zu 10) bis 12) (Schriftsatz vom 28.3.2019, Bl. 8019 ff) zu vernehmen. Das Vorbringen, dass „im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung 2008, der anschließenden Depotverwahrung der A-aktien und deren Verpfändung zugunsten der Beklagten *zahlreiche Fragen von entscheidungserheblicher Bedeutung zwischen den Parteien streitig*“ seien, genügt für einen konkreten Sachvortrag nicht. Erst recht gilt das für die Zeugen C2 und Dr. D2 (S. 4 des genannten Schriftsatzes). Konkrete, für die Beurteilung relevante Umstände werden in deren Wissen nicht gestellt.

I. 125

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 Kläger treffende Darlegungs- und Beweislast ankommt), dass die Darstellung der Beklagten dazu zutreffend ist. Soweit (lediglich) der Zeuge Dr. E2 (S. 7 des Protokolls vom 26.2.2020) 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 126

Beweisaufnahme nichts. Das Ergebnis wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass sich einige der von den Klägern 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 von den Klägern aufgegriffene 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. 128

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. 129

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 353/12 130

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 Bindungswirkung zukommen soll (BGH a.a.O. Rdn. 52). Entgegen der Auffassung der Kläger zu 3-8) und 16) - die insoweit auf der Grundlage eines allerdings gesetzlich nicht definierten und auch von ihnen nicht erläuterten Begriffs der „Vollrechtstreuhand“ argumentieren - genügt eine „sich aus der Interessenlage ergebende Verpflichtung“ (Schriftsatz vom 11.11.2020, S. 18) nicht.

Nach den vom Senat getroffenen Feststellungen liegen die Voraussetzungen für eine 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 Kläger berufen und wie das Landgericht im angefochtenen Urteil 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. 131

Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 31.10.2012 im Parallelverfahren angenommen, es fehle schon einem 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 der dortigen Klägerin, 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. 132

Eine davon abweichende Beurteilung ist auch nicht unter Berücksichtigung des inzwischen 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. 133

Der Senat hat Feststellungen, die es rechtfertigen, ein gemeinsames Verständnis im Sinne einer rechtlich bindenden Vereinbarung (BGH a.a.O. Rdn. 52) anzunehmen, nicht treffen können. Die Richtigkeit der Behauptung der Kläger 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 Kläger. 134

Die Dividendenchance war der Beklagten ausdrücklich weder nach der Ursprungs- noch nach 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 135

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 (was der Kläger zu 1 im Rahmen seiner Stellungnahme vom 26.11.2020 verkennt). 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 angefochtenen Urteil - 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 Kläger zu 3-8) und 16) (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. 136

Eine Zuordnung ergibt sich – entgegen der Auffassung der Kläger zu 10) bis 12) - auch nicht aus dem von ihnen angesprochenen (S. 128 f des Schriftsatzes vom 11.11.2020) „AGB-Pfandrecht“. Die behauptete Regelung erschöpft sich inhaltlich nämlich darin, dass der Kunde die Herausgabe der zu dem verpfändeten Wertpapier gehörenden Zins- und Gewinnanteilscheine nicht verlangen kann. Über die materielle Zuweisung eines Gewinnbezugsrechts sagt das nichts aus. 137

Soweit die Kläger zu 3-8) und 16) 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 nehmen, verkennen 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. 138

Soweit die Kläger behauptet haben, 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 139

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 Kläger zu 3-8) und 16) auch nicht in Widerspruch zum Inhalt der von ihnen 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 Abtretung abgespalten wurde, sondern bei der Aktie verblieb.

Wie ebenfalls bereits näher ausgeführt worden ist, hat auch die weitere Beweisaufnahme 140 keinerlei belastbare Anhaltspunkte für die Behauptung der Kläger 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.

Auch die behaupteten Äußerungen des Vorstandsvorsitzenden der A in der 141 Hauptversammlung vom 29.4.2010 sind – wie der Senat schon in seiner Entscheidung vom 31.10.2012 ausgeführt hat - nicht geeignet, den Vortrag der Kläger zu einem rechtlich bindenden gemeinsamen Verständnis und dazu, dass das Dividendenrecht lediglich formal bei der B verblieben sei, zu belegen. Die von den Klägern zu 3-8, 16) zitierten Äußerungen (Schriftsatz vom 27.12.2014; S. 16) 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.

Weil die Verpflichtung der B zur Übertragung von 29,75 % der Aktien der A nicht nach § 30 142 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 Kläger nicht verkennen, deren Argumentation in diesem Zusammenhang auf der Addition beider Positionen beruht.

10. 143

Auch die Voraussetzungen einer Zurechnung von Stimmrechten nach § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 144 WpÜG hinsichtlich der Aktien aus der Pflichtwandelanleihe und den Optionsvereinbarungen liegen - wovon auch das Landgericht im angefochtenen Urteil 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.

Ein dingliches Anwartschaftsrecht ergibt sich weder aus der Ursprungs- noch aus der Nachtragsvereinbarung. Hinsichtlich der Ursprungsvereinbarung folgt dies ohne weiteres aus 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 Kläger, 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. 145

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). 146

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. 147

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. 148

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 149

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.

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 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 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.

Die Kläger zu 10) bis 12) leiten aus einer von ihnen angenommenen Sicherheitenunterdeckung im Rahmen der Zwangsumtauschanleihe die Behauptung ab, die Transaktionsstruktur sei nur vorgeschoben worden, in Wahrheit sei die dingliche Annahme der Aktien von Anfang an unumkehrbar sichergestellt gewesen. Damit verkennen sie aber den Regelungsgehalt der Vereinbarung: Gemäß § 2. 1. des Pfandvertrags besicherten die

Pfandrechte alle Forderungen, deren Erfüllung die Verpfänderin einem Pfandgläubiger aufgrund der Pflichtumtauschleihe schuldete. Die Pflichtumtauschleihe war in 60 Schuldverschreibungen unterteilt (§ 1 Abs. 1 der Bedingungen), die durch Lieferung von 1. Mio. A Aktien zu tilgen und nicht bar tilgbar waren (§ 6 Abs. 1 der Anleihebedingungen). Die Besicherung mit 60 Mio. A Aktien war damit jederzeit kongruent zu der gesicherten Forderung.

11. 153

Die Berufung des Klägers zu 13) ist aus den angeführten Gründen nicht begründet und war daher zurückzuweisen. Unabhängig von diesen Erwägungen steht dem Kläger zu 13) – wie das Landgericht insoweit zutreffend entschieden hat – der geltend gemachte Anspruch gegen die Beklagte aber auch deshalb nicht zu, weil er seine Aktivlegitimation trotz Hinweises des Senats (Verfügung vom 19.2.2019, Ziffer 4, GA 7810) auch im Schriftsatz vom 22.10.2019 (dazu erneuter Hinweis des Senats, Protokoll vom 6.11.2019, S. 3) weder genügend vorgetragen noch – vor dem Hintergrund des substantiierten Bestreitens der Beklagten (Schriftsatz vom 18.1.2016, GA 4113 ff) hinreichend unter Beweis gestellt hat. Die Kaufbelege (Anlagen K 14 bis K 14 b) sagen nichts darüber aus, dass die liechtensteinische Gesellschaft F2 überhaupt existiert und der Kläger „als alleiniger wirtschaftlich Berechtigter ... hinter dieser steht.“ Auch aus den mit Schriftsatz vom 22.10.2019 (Bl. 8751 ff) vorgelegten Dokumenten ergibt sich nichts Anderes. Die „F2 Foundation“ und die „F2 Limited“, hinter der der Kläger nach seiner Behauptung „allein steht“, sind nach der als Anlage K 15, von nicht näher bezeichneten Personen unterschriebenen Erklärung bereits im Jahr 2011 bzw. 2012 gelöscht worden. Es reicht auch nicht aus, eine „wirtschaftliche Berechtigung“ an den Gesellschaften zu behaupten. Die als Anlage K 18 vorgelegte Abtretungserklärung datiert vom 6./12.5.2016, zu dieser Zeit war die „F2 Limited“ aber bereits seit mehreren Jahren gelöscht.

Dessen ungeachtet scheidet ein Anspruch letztlich aber auch deshalb aus, weil der Kläger (seine Aktivlegitimation unterstellt) das freiwillige Übernahmeangebot der Beklagten vom 7.10.2010 nicht angenommen, sondern seine Aktien zu einem späteren Zeitpunkt vor Klageerhebung veräußert hat (zu dieser Konstellation zutreffend auch Habersack, NZG 2019, 881, 884, 886). Entscheidend ist dabei allerdings nicht, dass der Kläger zu 13) bei Klageerhebung nicht mehr Inhaber der Aktien war (das waren auch die übrigen Kläger nach Annahme des Übernahmeangebots der Beklagten und deren Übertragung nicht mehr), sondern die nicht erklärte Annahme des Angebots der Beklagten. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Erwerber der Aktien keine eigenen Ansprüche gegen die Beklagte haben können (so aber Berufungsbegründung des Klägers zu 13 vom 19.1.2018, S. 3, GA 6723). Dieser Umstand sagt nichts darüber aus, ob die Annahme des Übernahmeangebots der Beklagten eine notwendige Voraussetzung für den Anspruch auf die Differenzzahlung ist. Davon ist aber schon nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes im Parallelverfahren auszugehen. Den Ausführungen des BGH im Zusammenhang mit Überlegungen zur Systematik des § 31 WpÜG liegt ausdrücklich die Vorstellung zugrunde, dass der Kreis der Anspruchsinhaber auf die früheren Aktionäre beschränkt ist, die das Angebot angenommen haben (Rdn. 23). Auch der ergänzende Hinweis auf die Vorschriften des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (Rdn. 26) stellt auf die Annahme des Übernahmeangebots ab („erstreckt sich ... auf Erfüllungsansprüche aus Verträgen, die auf einem Angebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz beruhen.“). Das schließt es aus, einem zivilrechtlichen Anspruch auf Zahlung des Differenzbetrages auch demjenigen zuzubilligen, der das Übernahmeangebot nicht angenommen hat. In diesem Sinne klargestellt ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes unter Bezugnahme auf

die Revisionsentscheidung im Parallelverfahren in der Entscheidung vom 7.11.2017 (II ZR 37/16, dort Rdn. 11: „Ist die Gegenleistung nicht angemessen, steht den Aktionären, die das Angebot *angenommen* haben, gegenüber dem Bieter ein zivilrechtlich durchsetzbarer Anspruch auf Zahlung des Unterschiedsbetrags zwischen der angebotenen und der angemessenen Gegenleistung gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1 WpÜG i.V.m. §§ 3 ff WpÜGAngebotV zu.“).

Ein Anspruch aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis besteht ebenfalls nicht. Dem steht schon der Umstand entgegen, dass es sich um ein öffentliches, an alle Aktionäre gerichtetes Angebot handelte, aus dem sich ein individuelles Vertrauensverhältnis schon der Natur der Sache nach nicht ergeben kann. Daran ändert entgegen der Auffassung des Klägers zu 13) auch die Bindungswirkung des Angebots nichts. Sie vermag das Vertrauensverhältnis als Grundlage der Haftung aus § 311 Abs. 2 BGB nicht zu ersetzen.

12. 157

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 100 Abs. 2, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 158

13. 159

Die Revision wird im Hinblick auf die Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Auslegung der Zurechnungstatbestände des § 30 Abs. 2 WpÜG zugelassen. Eine Vorlage an den EuGH – etwa zur Frage der Auslegung der Übernahmerichtlinie (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. 160

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt: 161

Berufung der Beklagten:	47.410.571,25 €	162
-------------------------	-----------------	-----

Anschlussberufung des Klägers zu 9)	31.290,00 €	163
-------------------------------------	-------------	-----

<u>Berufung des Klägers zu 13):</u>	<u>555.214,00 €</u>	164
-------------------------------------	---------------------	-----

Gesamt:	47.997.705,25 €	165
---------	-----------------	-----

Soweit die Anschlussberufungen (klageerweiternd) nur Zinsen betreffen (das betrifft die Kläger zu 1), 2), 10) – 12) und 15), erfolgt keine Addition. Sie bleiben als Nebenforderungen bei der Bemessung des Streitwerts außer Ansatz. (§§ 45 Abs. 2, 43 Abs. 1 GKG); BDZ/Dörndorfer, 4. Aufl. 2019, GKG § 45 Rn. 21). Hinsichtlich der klageerweiternden Anschlussberufung des Klägers zu 9) bleiben die Zinsen als Nebenforderung außer Ansatz. 166