BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 141/09

Verkündet am:
31. Mai 2011
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

Dritter Börsengang

AktG §§ 57, 62, 311, 317

a) Mit der Übernahme des Prospekthaftungsrisikos durch die Gesellschaft bei der Platzierung von Altaktien an der Börse werden entgegen § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG Einlagen an den Altaktionär zurückgewährt, wenn dieser die Gesellschaft nicht von der Prospekthaftung freistellt.

b) Die Pflicht zur Rückgewähr der entgegen § 57 AktG erhaltenen Leistung durch Übernahme der Prospektverantwortung begründet einen Anspruch der Aktiengesellschaft gegen den Altaktionär auf Freistellung.

c) Ein herrschendes Unternehmen ist nach § 317 Abs. 1 Satz 1 AktG zum Schadensersatz verpflichtet, wenn es die Platzierung der Altaktien einer Tochtergesellschaft ohne Nachteilsausgleich veranlasst.

BGH, Urteil vom 31. Mai 2011 - II ZR 141/09 - OLG Köln
LG Bonn

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Mai 2011 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Bergmann und den Richter Dr. Strohn, die Richterin Dr. Reichart sowie die Richter Dr. Drescher und Born

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 28. Mai 2009 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin, die Deutsche Telekom AG, verlangt von den Beklagten, der Bundesrepublik Deutschland und der Kreditanstalt für Wiederaufbau, nach der Platzierung von Aktien in den USA Ersatz der aufgrund eines Vergleichs nach einer Sammelklage bezahlten Beträge und der Rechtsverteidigungskosten.

2 Die Aktien der Klägerin wurden zunächst von der Beklagten zu 1 allein gehalten. In zwei Börsengängen in den Jahren 1996 und 1999 platzierte die Klägerin neue Aktien aus Kapitalerhöhungen auf dem nationalen und internationalen Kapitalmarkt, darunter auch in den USA. Mit dem zweiten Börsengang der Klägerin wurden auch die alten Aktien im Bestand der Beklagten zum Börsenhandel zugelassen. Vor dem zweiten Börsengang vereinbarte die Klägerin mit den Beklagten, bei künftigen Börsengängen die die Gesellschaft betreffenden Informationsbeiträge für den gegebenenfalls erforderlichen Verkaufsprospekt und sonstige Unterlagen unentgeltlich und kostenerstattungsfrei zu leisten und hinsichtlich dieser Beiträge die Verantwortung für die inhaltliche Richtigkeit, Vollständigkeit und Klarheit zu übernehmen.

3 Zu diesem Zeitpunkt hielt die Beklagte zu 1 unmittelbar noch 43,18 % der Aktien der Klägerin. Weitere 21,6 % hielt die Beklagte zu 2, an der die Beklagte zu 1 mehrheitlich beteiligt war. Am 17. Juni 2000 schlossen die Klägerin, die Beklagten und Konsortialbanken einen Vertrag für einen dritten Börsengang, mit dem weltweit 200 Millionen von der Beklagten zu 2 gehaltene Aktien der Klägerin Privatanlegern öffentlich zum Kauf angeboten werden sollten. Der Vertrag sah vor, dass jeder Beteiligte jeweils gegenüber den Konsortialbanken für die von ihm kommenden Abschnitte des Prospektes haftet. Die Regelung sollte zusätzlich zu sonstigen Haftungsansprüchen der Klägerin, der Beklagten oder der Konsortialbanken aus anderen Rechtsgründen bestehen und diese nicht berühren. Eine von der Klägerin angestrebte Vereinbarung, in der die Beklagten sie von Prospekthaftungsansprüchen der Anleger freistellen sollten, kam nicht zustande.

4 Die Klägerin gab am 17. Juni 2000 die für eine Platzierung der Aktien bei Privatanlegern nach US-amerikanischen Vorschriften notwendige Registrie-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

rungserklärung („registration statement“) mit dem Verkaufsprospekt ab und übernahm die Verantwortung für den Inhalt der Registrierungserklärung und des Verkaufsprospekts für die USA. Am 19. Juni 2000 veräußerte die Beklagte zu 2 auf dem nationalen und internationalen Kapitalmarkt 200 Millionen Aktien der Klägerin. Der Verkaufserlös von rund 13 Mrd. € wurde zwischen den Beklagten aufgeteilt. Die Gesamtkosten der Aktienplatzierung von rund 836 Mio. € trugen überwiegend die Beklagten.

5 Mit einer Sammelklage in den USA wurden Prospekthaftungsansprüche gegen die Klägerin geltend gemacht. Sie waren darauf gestützt, dass im Verkaufsprospekt für die USA hinreichende Angaben zum Stand der Verhandlungen über die Übernahme des Mobilfunkunternehmens V.

fehlten und der Wert des Immobilienvermögens der Klägerin überhöht ausgewiesen sei. Am 28. Januar 2005 schloss die Klägerin einen Vergleich, in dem sie sich zu einer Zahlung von 120 Mio. US-Dollar verpflichtete. Die D&O-Versicherer erstatteten der Klägerin 50 Mio. US-Dollar und 5.270.346,26 € der Rechtsverteidigungskosten.

6 Mit der Klage verlangt die Klägerin von den Beklagten als Gesamtschuldnern den Vergleichsbetrag in Höhe von 95.352.140,03 € und ihre - von den Beklagten bestrittenen - Rechtsverteidigungskosten in Höhe von 17.233.412,76 €, insgesamt 112.585.552,79 €, als Aufwendungsersatz aus Auftrag, hilfsweise aus Geschäftsführung ohne Auftrag, hilfsweise nach §§ 57, 62 AktG sowie § 317 Abs. 1 Satz 1, § 311 Abs. 1 AktG. In Höhe der Zahlungen der D&O-Versicherer (41.091.387,25 € und 5.270.346,26 € Rechtsverteidigungskosten) macht sie den Anspruch im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft für die Versicherer geltend.

7 Das Landgericht (LG Bonn, ZIP 2007, 1267) hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und in den Gründen ausgeführt, der Anspruch sei der Höhe nach beschränkt auf den Wert der Übernahme der Prospekthaftung als solcher, und damit auf den Betrag, den die Klägerin hätte aufwenden müssen, wenn ein Dritter die Prospektverantwortung übernommen hätte. Gegen das Grundurteil haben sowohl die Klägerin als auch die Beklagten Berufung eingelegt. Die Klägerin hat mit ihrer Berufung beantragt, das Grundurteil dahin abzuändern, dass ihr Anspruch auf Ersatz der aufgrund des Vergleichs geleisteten Zahlungen sowie der im Hinblick auf diese Rechtsstreitigkeiten angefallenen Rechtsverteidigungskosten dem Grunde nach gerechtfertigt sei, und in diesem Zusammenhang klarzustellen, dass ihr Anspruch nicht auf Zahlung eines Betrags beschränkt sei, der dem Verkehrswert der Haftungsübernahme durch einen Dritten entspreche. Das Berufungsgericht hat die Klage auf die Berufung der Beklagten unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin abgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin, mit der sie ihren im Berufungsverfahren gestellten Antrag weiter verfolgt.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

9 I. Das Berufungsgericht (OLG Köln, ZIP 2009, 1276) hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

10 Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Ersatz ihrer im Zusammenhang mit der Sammelklage in den USA entstandenen Aufwendungen. Ein vertraglicher Freistellungsanspruch sei nicht vereinbart. Ein Anspruch aus Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag scheide aus, weil weder die Vergleichs- noch die Rechtsverteidigungskosten zu den nach § 670 BGB zu erstattenden Aufwendungen gehörten. Es handele sich nicht um freiwillig eingegangene Verpflichtungen, sondern um die Folge der Inanspruchnahme aus der gesetzlichen Prospekthaftung. Nicht die Prospekterstellung und Unterzeichnung der Registrierungserklärung, sondern der Inhalt des Prospekts hätten die Inanspruchnahme begründet. Der Inhalt habe in der Verantwortung der Klägerin gelegen. Auch seien die Kosten nicht nach den Grundsätzen über sog. Zufallsschäden oder risikotypische Begleitschäden zu ersetzen. Denn den vertraglichen Vereinbarungen sei die Wertung zu entnehmen, dass jeder Beteiligte das Risiko der Inanspruchnahme für die ihn betreffenden und von ihm zu verantwortenden Prospektangaben tragen solle. Diese Risikoverteilung sei auch angemessen, da die Beklagten auf den für die Haftung maßgeblichen Inhalt des Prospekts keinen Einfluss genommen hätten, er vielmehr allein in der Verantwortung der Klägerin gelegen habe.

11 Ein Schadensersatzanspruch im faktischen Konzern nach §§ 311, 317 AktG scheitere an § 317 Abs. 2 AktG, so dass ein etwaiger Nachteil nicht Folge der Abhängigkeit wäre. Ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft hätte sich ebenso verhalten. Dem Haftungsrisiko hätten die erheblichen eigenen Interessen der Klägerin an der Platzierung der Aktien auf dem amerikanischen Kapitalmarkt gegenüber gestanden. Zudem sei die Beklagte zu 2 nicht herrschendes Unternehmen und eine Mehrmütterschaft abzulehnen. Einem Anspruch wegen Einlagenrückgewähr nach §§ 57, 62

AktG stehe, sofern man überhaupt eine Leistung an die Beklagten annehme, das eigene Interesse der Klägerin an der Umplatzierung der Aktien entgegen.

12 II. Das angefochtene Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

13 1. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht einen Anspruch gegen die Beklagte zu 2 auf Zahlung der an die Sammelkläger geleisteten Vergleichssumme und die Rechtsverteidigungskosten nach §§ 57, 62 AktG verneint. Die Klägerin hätte das Prospekthaftungsrisiko für das öffentliche Angebot der Altaktien nicht ohne die Vereinbarung einer Freistellung durch die Beklagte zu 2 übernehmen dürfen. Mit der Übernahme des Prospekthaftungsrisikos durch die Gesellschaft bei der Platzierung von Altaktien an der Börse werden entgegen § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG Einlagen an den Altaktionär zurückgewährt, wenn dieser die Gesellschaft nicht von der Prospekthaftung freistellt.

14 Die Klägerin hat mit dem öffentlichen Angebot an Privatanleger der von der Beklagten zu 2 gehaltenen Aktien durch das „registration statement“ und die damit verbundene Prospektverantwortung eine Zuwendung an die Beklagten entgegen § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG erbracht. Nach den - vom Berufungsgericht festgestellten - US-amerikanischen Vorschriften war es für das Angebot an Privatanleger zum Erwerb der Altaktien der Beklagten zu 2 auf dem US-amerikanischen Kapitalmarkt erforderlich, dass die Gesellschaft eine Registrierungserklärung („registration statement“) mit beigefügtem Verkaufsprospekt abgibt, an die nach US-amerikanischem Recht die Prospekthaftung der Aktiengesellschaft im Verhältnis zu den Anlegern anknüpft.

15 a) Die Übernahme der Prospektverantwortung mit der daran gegebenenfalls anknüpfenden Haftung für Prospektmängel ist eine Leistung an den Aktio-

när. Das Verbot der Einlagenrückgewähr nach § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG erfasst jede von der Gesellschaft dem Aktionär erbrachte, auf seiner Gesellschafterstellung beruhende Leistung, auf die ihm das Aktiengesetz keinen Anspruch gewährt und die auch nicht aufgrund einer speziellen gesetzlichen Regelung zugelassen ist (BGH, Urteil vom 14. Mai 1992 - II ZR 299/90, ZIP 1992, 1081; Urteil vom 13. November 2007 - XI ZR 294/07, ZIP 2008, 118, 119). Bei der öffentlichen Platzierung des Aktienbestandes eines Aktionärs liegt eine Leistung der Aktiengesellschaft an den Aktionär darin, dass die Aktiengesellschaft sich verpflichtet, den Verkaufsprospekt zu erstellen und für diesen im Außenverhältnis gegenüber den Anlegern die Haftung zu tragen (Fleischer, ZIP 2007, 1969, 1973; Schäfer, ZIP 2010, 1877, 1880 f.; Technau, AG 1998, 445, 457; Hirte in Lutter/Scheffler/Schneider, Handbuch der Konzernfinanzierung, 1998, § 35 Rn. 35, 37; Haag in Habersack/Mülbert/Schlitt, Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 2. Aufl., § 23 Rn. 60 a.E.; MünchKommAktG/Bayer, 3. Aufl., § 57 Rn. 91; aA Wackerbarth, WM 2011, 193, 200; Schlitt, CFL 2010, 304, 309).

16 aa) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts scheidet eine Leistung an den Aktionär durch die Platzierung von Altaktien und der damit verbundenen Haftungsübernahme nicht deshalb aus, weil in den USA allein die Klägerin als diejenige, die das „registration statement“ abgegeben hatte, gegenüber den Anlegern der Prospekthaftung unterlag (Schäfer, ZIP 2010, 1877, 1879; Wackerbarth, WM 2011, 193, 199; aA Schlitt, CFL 2010, 304, 309). Die gesetzlich angeordnete oder freiwillig übernommene Haftung für ein Risiko, das wirtschaftlich einen anderen trifft, stellt nach wirtschaftlicher Betrachtung eine Leistung an diesen dar. Der Leistungscharakter ist nicht deshalb zu bezweifeln, weil es an einer unmittelbaren Zuwendung aus dem Gesellschaftsvermögen an den Gesellschafter fehlt, wenn den Anlegern gegenüber gehaftet wird. § 57 AktG setzt keine Unmittelbarkeit der Leistung voraus. Insoweit liegt es nicht anders

als bei der Besicherung von oder der Haftung für Forderungen gegen einen Gesellschafter, für die allgemein davon ausgegangen wird, dass - obwohl die Sicherheit gegenüber dem Gläubiger gewährt und gegebenenfalls an ihn gezahlt wird - an den Gesellschafter geleistet wird (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juni 2007 - II ZR 86/06, BGHZ 173, 1 Rn. 12, zum Auszahlungsverbot gemäß § 30 GmbHG; MünchKommAktG/Bayer, 3. Aufl., § 57 Rn. 104 m.w.N.).

17 bb) Wirtschaftlich trifft das Prospekthaftungsrisiko bei der Umplatzierung den Altaktionär. Die Gesellschaft übernimmt gegenüber den Anlegern eine Vertrauenshaftung, die dem Altaktionär als dem Begünstigten des öffentlichen Angebots der Aktien nach dem Veranlasserprinzip auch wirtschaftlich zuzuordnen ist (Schäfer, ZIP 2010, 1877, 1880; Fleischer, ZIP 2007, 1969, 1973). Bei der Platzierung von Altaktien bringt die Gesellschaft nicht wie bei der Platzierung junger Aktien nach einer Kapitalerhöhung eigene Aktien auf den Markt, sondern platziert Aktien, die der Aktionär veräußert, dem auch der Verkaufserlös zufließt. Insoweit veranlasst sie als Emittent weder das öffentliche Angebot noch die Prospektherausgabe auf der Suche nach Kapitalgebern; vielmehr soll der Kapitalgeber nur gewechselt werden. Anleger und damit Kapitalgeber der Gesellschaft sucht insoweit nicht die Gesellschaft, sondern der Altaktionär. Grundlage der Prospekthaftung des Emittenten ist aber die mit der Suche nach Kapitalgebern verbundene Vertrauenshaftung.

18 Wirtschaftlich profitiert vor allem der Altaktionär von dem öffentlichen Angebot durch den Verkauf seiner Aktien, weil er die unmittelbaren Vorteile aus dem Geschäft, insbesondere den Erlös, erzielt. Der Gewinnchance entspricht wirtschaftlich das Risiko der Haftung für unzutreffende Informationen im Zusammenhang mit dem Kauf. Die Prospekthaftung mag zwar nicht die Gewährleistungshaftung des Verkäufers der Aktie ersetzen (Wackerbarth, WM 2011,

193, 200); sie gibt dem Erwerber aber anstelle des individuellen Schutzes vor Fehlinformationen, der bei einem öffentlichen Angebot auf dem Kapitalmarkt angesichts der anonymisierten Geschäftsabwicklung nicht möglich ist, den notwendigen gesetzlichen Ausgleich. Der Prospekt stellt in der Regel für den Anlageinteressenten die wichtigste und häufigste Informationsquelle dar und bildet die Grundlage für seine Anlageentscheidung (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 - II ZR 218/03, BGHZ 160, 134, 138). Er tritt auf dem Kapitalmarkt auch tatsächlich an die Stelle einer individuellen Aufklärung durch den Altaktionär. Die Prospektinformation kommt dem Altaktionär als Veräußerer im Veräußerungserlös zugute. Das Haftungsrisiko für Fehlinformationen ist dann auch dem Veräußerer als demjenigen zuzuordnen, der den - bei fehlender oder unzutreffender Information ungerechtfertigten - Erlös erzielt. Der Haftung für fehlerhafte oder unzureichende Prospektangaben liegt zugrunde, dass der Anleger geltend machen kann, die Aktie bei richtiger Information nicht oder nicht zu dem Preis erworben zu haben.

19 In der Übernahme der Prospekthaftung eine Leistung im Sinn von § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG zu sehen, entspricht auch dem Zweck der Vorschrift, im Interesse der Gläubiger das Grundkapital zu erhalten und die nicht partizipierenden Aktionäre vor verdeckten Gewinnausschüttungen zu bewahren. Dem widerspräche es, dem Altaktionär den Veräußerungsgewinn auf Kosten der Haftung der Gesellschaft, damit der Gläubiger und übrigen Aktionäre, zu belassen.

20 cc) Der Annahme einer Leistung an den Altaktionär steht es auch nicht entgegen, wenn die Gesellschaft für die in ihren Verantwortungsbereich fallenden Prospektabschnitte selbst verantwortlich ist oder die zur Haftung führende Fehlinformation verursacht hat (Schäfer, ZIP 2010, 1877, 1880 f.; aA Wackerbarth, WM 2011, 193, 200; Schlitt, CFL 2010, 304, 309).

21 Dem Aktionär fließt ein wirtschaftlicher Vorteil durch die Haftungsübernahme zu, auch wenn es die Gesellschaft im Gegensatz zur Leistung einer Sicherheit für eine Schuld des Gesellschafters selbst in der Hand hat, durch sorgfältige Prospektgestaltung das Haftungsrisiko zu vermeiden (Schäfer, ZIP 2010, 1877, 1880; aA Schlitt, CFL 2010, 304, 309). Der Vermögensvorteil liegt - ebenso wie im Fall der Sicherheitenbestellung - in der Haftungsübernahme selbst, insbesondere wenn sie - wie hier - im Gegensatz zur Sicherheitenbestellung ohne Freistellungsanspruch geschieht. Zudem können sich auch für die prospekterstellende Gesellschaft nicht beherrschbare Risiken verwirklichen, etwa wenn die Haftung auf Umständen beruht, die nicht aus der Informationssphäre der Gesellschaft stammen, oder wenn es trotz sorgfältiger Prospekterstellung zur Inanspruchnahme der Gesellschaft kommt.

22 Dass die Gesellschaft, wenn sie Prospektherausgeberin ist, eine zur Haftung führende Fehlinformation verursacht hat, schließt eine Leistung der Gesellschaft durch die Haftungsübernahme nicht aus (aA Wackerbarth, WM 2011, 193, 200). Eine (Mit-)Verursachung oder ein (Mit-)Verschulden der Gesellschaft ist im Rahmen von § 57 Abs. 1, § 62 AktG im Hinblick auf den gläubigerschützenden Zweck der Kapitalerhaltung unbeachtlich (Schäfer, ZIP 2010, 1877, 1882 f.; MünchKommAktG/Bayer, 3. Aufl., § 62 Rn. 7; Henze in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 62 Rn. 11, 51; Lutter in KK-AktG, 2. Aufl., § 62 Rn. 4; Drygalla in KK-AktG, 3. Aufl., § 62 Rn. 16, 73). Eine Leistung nach § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG kann auch vorliegen, wenn die Gesellschaft sie „verursacht" hat. Die „Verkaufshilfe" der Gesellschaft wird auch nicht aufgrund der Verursachung einer Fehlinformation zu einer alleinigen Angelegenheit der Gesellschaft. Die nachträglich eintretende Verwirklichung des Risikos besagt nichts darüber, wer es ex ante tragen muss (Schäfer, ZIP 2010, 1877, 1882). § 57 AktG soll das Vermögen der Gesellschaft erhalten und die Gläubiger sowie die übrigen Aktionäre

davor schützen, dass der Altaktionär auf ihre Kosten der Gesellschaft Mittel entziehen und auf ihre Kosten Gewinn erzielen kann. Wenn aus diesem Grund das Haftungsrisiko nicht die Gesellschaft, sondern der Aktionär zu tragen hat, ändert sich daran auch nichts, wenn sich das Haftungsrisiko verwirklicht und die Gesellschaft dies zu verantworten hat.

23 dd) Die Klägerin war nicht gesetzlich verpflichtet, sich an dem öffentlichen Angebot an Privatanleger der von der Beklagten zu 2 gehaltenen Aktien zu beteiligen und die gesetzlich damit verbundene Prospekthaftung zu übernehmen. Zwar setzte der Verkauf an Privatanleger nach US-amerikanischem Recht das „registration statement" der Klägerin voraus. Die Beklagte zu 2 hatte aber keinen Anspruch darauf, dass die Klägerin sich überhaupt an einem öffentlichen Angebot ihrer Aktien an Privatanleger in den USA beteiligte.

24 b) Die Übernahme des Prospekthaftungsrisikos wurde nicht durch eine Gegenleistung der Beklagten zu 2 aufgewogen. Eine verbotene Zuwendung nach § 57 AktG liegt nicht vor, wenn die Leistung der Gesellschaft an den Aktionär durch eine gleichwertige Gegenleistung des Aktionärs ausgeglichen wird (BGH, Urteil vom 1. Dezember 2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 Rn. 12 - MPS; vgl. ferner BGH, Urteil vom 1. Dezember 1986 - II ZR 306/85, ZIP 1987, 575, 576; Urteil vom 13. November 1995 - II ZR 113/94, ZIP 1996, 68, zum Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG), wie das § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG i.d.F. des MoMiG nunmehr ausdrücklich für die Deckung durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch ausspricht.

25 Die Übernahme der Haftung als Vermögenszuwendung an den Aktionär kann grundsätzlich nur durch eine Freistellungsvereinbarung ausgeglichen werden (vgl. Schäfer, ZIP 2010, 1877, 1882; Podewils, NZG 2009, 1101, 1102; ähnlich auch MünchKommAktG/Bayer, 3. Aufl., § 57 Rn. 91; Hirte in Lutter/

Scheffler/Schneider, Handbuch der Konzernfinanzierung, 1998, § 35 Rn. 35.37; Technau, AG 1998, 445, 457). Ein Eigeninteresse der Gesellschaft an der Platzierung der Altaktien - wie es hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mit der Unterstützung einer Entflechtung von der France Télécom, mit der Präsenz auf dem US-Kapitalmarkt und einer breiten Streuung der Aktien im Hinblick auf die anstehende Übernahme von V. und mit der Fortsetzung der Privatisierung der Klägerin vorlag - oder nicht bezifferbare Vorteile bilden nach der maßgeblichen „bilanziellen" Betrachtungsweise (§ 57 Abs. 1 Satz 3 AktG; vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 Rn. 12 - MPS) keine ausreichende Kompensation für die Übernahme des Haftungsrisikos (aA - mit unterschiedlichen Grenzen - Fleischer, ZIP 2007, 1969, 1974 ff.; Fleischer in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 26; Henze in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 57 Rn. 56; Meyer in Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG, 2. Aufl., § 7 Rn. 21 und § 8 Rn. 156; Cahn/von Spannenberg in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 40; Heidel/Drinhausen, AktG, 3. Aufl., § 57 Rn. 12 Fn. 20; Heider, Festschrift Sigle, 2000, S. 251, 264 ff.; Haag in Habersack/Mülbert/Schlitt, Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 2. Aufl., § 23 Rn. 62; Groß, Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., §§ 44, 45 BörsG Rn. 22a; Heidelbach in Schwark, Kapitalmarktrechtskommentar, 3. Aufl., § 30 BörsG Rn. 59; Hoffmann-Becking, Festschrift Lieberknecht, 1997, S. 25, 37).

26 Konkrete, bilanziell messbare Vorteile, die die Übernahme des Prospekthaftungsrisikos ausgleichen könnten, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und sind nicht erkennbar. Die Verringerung der Abhängigkeit der Klägerin von der Beklagten zu 1 als ihrer Großaktionärin ist schon normativ kein zu berücksichtigender Vorteil, weil der Großaktionär keine nachteiligen Maßnahmen ohne Nachteilsausgleich veranlassen darf (§ 311 AktG; vgl. Fleischer, ZIP 2007,

1969, 1975 f.), und er ist erst recht nicht messbar. Ob die Börsenplatzierung die Verwendung eigener Aktien als Akquisitionswährung ermöglichte, hat das Berufungsgericht offen gelassen. Darin wie in der Einbindung in den Börsengang der Tochterunternehmen und einer befürchteten Enttäuschung der Kapitalmärkte ohne Platzierung in den USA lägen unspezifische, jedenfalls keine messbaren finanziellen Vorteile für die Klägerin. Die Haftungsübernahme ist auch nicht dadurch ausgeglichen worden, dass die Beklagte zu 2 beim ersten und zweiten Börsengang auf ihre Bezugsrechte aus der Kapitalerhöhung verzichtet hat. Denn damit kam sie dem in Art. 87f, 143b GG festgeschriebenen Privatisierungsauftrag nach. Auch dass Privatanlegern in den zwei vorhergehenden Börsengängen der Erwerb von Bonusaktien ermöglicht wurde, ist kein Ausgleich gegenüber der Gesellschaft. Wenn die Vereinbarung der Parteien vor dem zweiten Börsengang, dass die Klägerin bei künftigen Börsengängen die die Gesellschaft betreffenden Informationsbeiträge für den gegebenenfalls erforderlichen Verkaufsprospekt und sonstige Unterlagen unentgeltlich und kostenerstattungsfrei leiste und hinsichtlich dieser Beiträge die Verantwortung für die inhaltliche Richtigkeit, Vollständigkeit und Klarheit übernehme, dahin zu verstehen wäre, dass die Klägerin die Haftung auch im Innenverhältnis der Parteien ohne Ausgleich übernehmen sollte, läge schon in dieser Verpflichtung eine nach § 57 AktG untersagte Zuwendung an die Beklagten und nicht, wie die Beklagten meinen, eine „Gegenleistung“ für die Prospekthaftung, weil die Klägerin nur der eingegangenen Verpflichtung nachkam.

27 Die mit der Übernahme des Prospekthaftungsrisikos verbundene ungewisse Verbindlichkeit gegenüber den Anlegern könnte zwar durch einen entsprechenden Freistellungsanspruch gegen den Aktionär aufgewogen werden. Die von der Klägerin gewünschte Freistellungserklärung haben die Beklagten aber verweigert.

28 c) Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass sich der Altaktionär damit der Gefahr einer pflichtwidrig unrichtigen Prospekterstellung durch die Aktiengesellschaft ausliefern muss. Im Verhältnis zwischen dem Altaktionär und der Gesellschaft weist die Vermögensbindung nach § 57 AktG dem Aktionär zwar das Risiko einer unzutreffenden Prospekterstellung endgültig zu. Soweit die Gesellschaft wegen einer fehlerhaften Prospekterstellung Ansprüche gegen Vorstand, Mitarbeiter oder Dritte hat, entfallen diese bei einer Freistellungsvereinbarung mit dem Altaktionär nicht, weil nur eine Schadensverlagerung eintritt. Wenn sich der Altaktionär solche Ansprüche nach tatsächlich erfolgter Freistellung abtreten lässt, wird der Schutzzweck von § 57 AktG nicht berührt.

29 2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht auch einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 nach § 317 Abs. 1 Satz 1 AktG wegen der mit der Übernahme der Prospekthaftung verbundenen Unterstützung der Platzierung der von der Beklagten zu 2 gehaltenen Aktien verneint.

30 a) Zutreffend hat das Berufungsgericht die Beklagte zu 1 als herrschendes Unternehmen angesehen. Die §§ 311, 317 AktG finden auch dann Anwendung, wenn eine Gebietskörperschaft oder ein anderer öffentlich-rechtlicher Rechtsträger - wie hier die Beklagte zu 1 - herrschendes Unternehmen ist (BGH, Urteil vom 3. März 2008 - II ZR 124/06, BGHZ 175, 365 Rn. 10). Die Beklagte zu 1 ist herrschendes Unternehmen, weil ihr neben den selbst gehaltenen Anteilen in Höhe von 43,18 % aufgrund ihrer Mehrheitsbeteiligung an der Beklagten zu 2 deren Anteile in Höhe von 21,6 % nach § 16 Abs. 4 AktG zuzurechnen sind und die Beklagte zu 1 damit nach der Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG als Mehrheitsgesellschafterin herrschendes Unternehmen im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG ist. Die Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG wird durch eine feh-

lende Mehrheit der Beklagten zu 1 im Verwaltungsrat der Beklagten zu 2 nicht widerlegt (vgl. BVerfGE 98, 145, 162).

31 b) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht, das offen gelassen hat, ob die Beklagte zu 1 die Klägerin zu der Mitwirkung an der Prospekterstellung und der Übernahme des Prospekthaftungsrisikos im Sinne der §§ 311, 317 Abs. 1 Satz 1 AktG veranlasst hat, jedoch einen Schadensersatzanspruch der Klägerin verneint, weil auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft die Übernahme der Prospekthaftung zu denselben Konditionen vorgenommen hätte (§ 317 Abs. 2 AktG).

32 Ein (faktisch) herrschendes Unternehmen haftet bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 317 Abs. 1 Satz 1 AktG der abhängigen Gesellschaft dann nicht, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer - im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG - nicht abhängigen Gesellschaft unter sonst gleichen Bedingungen das Rechtsgeschäft ebenso vorgenommen hätte, wie es tatsächlich bei Abhängigkeit geschehen ist. Bei der Beurteilung der Frage, ob das Leitungsorgan bei der Führung der Geschäfte gemäß § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet hat, ist ihm zwar grundsätzlich ein weiter Handlungsspielraum zuzubilligen, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlichtweg nicht denkbar ist. Dieser Handlungsspielraum ist aber dann verlassen, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, deutlich überschritten sind oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen pflichtwidrig ist (BGH, Urteil vom 3. März 2008 - II ZR 124/06, BGHZ 175, 365 Rn. 11).

33 Der Vorstand einer unabhängigen Gesellschaft hätte das Prospekthaftungsrisiko für das öffentliche Angebot der Altaktien nicht übernehmen dürfen, weil damit, wie oben dargelegt, entgegen § 57 AktG Einlagen an die Beklagte zu 2 als Altaktionärin zurückgewährt wurden (§ 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG).

34 III. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 ZPO).

35 1. Die Klage gegen die Beklagte zu 1 ist noch nicht entscheidungsreif.

36 a) Zur Haftung der Beklagten zu 1 gemäß § 317 Abs. 1 AktG bedarf es weiterer Feststellungen dazu, ob die Beklagte zu 1 die Klägerin zur Übernahme des Prospekthaftungsrisikos veranlasst hat (§ 311 Abs. 1 AktG) und inwieweit der Klägerin dadurch ein Schaden entstanden ist (§ 317 Abs. 1 AktG).

37 aa) Ein nachteiliges Rechtsgeschäft im Sinn von § 311 AktG liegt allerdings vor. Darunter ist jede Minderung oder konkrete Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft ohne Rücksicht auf Quantifizierbarkeit zu verstehen, soweit die genannte Beeinträchtigung als Abhängigkeitsfolge eintritt (BGH, Urteil vom 1. Dezember 2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 Rn. 8 - MPS; Urteil vom 1. März 1999 - II ZR 312/97, BGHZ 141, 79, 84). Schon in der Belastung mit dem Haftungsrisiko ohne Freistellung liegt eine Vermögensminderung. Jedenfalls wurde das Vermögen der Klägerin durch das mit der Abgabe des „registration statement“ verbundene Prospekthaftungsrisiko ohne vollwertigen Freistellungsanspruch gefährdet. Dass die Klägerin durch die Prospektgestaltung das Risiko beeinflussen konnte und eine Inanspruchnahme der Klägerin ex ante nicht naheliegend erschien, schließt die Gefährdung nicht aus.

38 Der Nachteil ist auch eine Abhängigkeitsfolge. Für die Frage, ob ein Nachteil eine Abhängigkeitsfolge ist, kommt es auf den Vergleich mit einem hypothetischen Drittgeschäft (BGH, Urteil vom 1. Dezember 2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 Rn. 9 - MPS) oder darauf an, ob ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft zu denselben Konditionen vorgenommen hätte (vgl. § 317 Abs. 2 AktG; BGH, Urteil vom 3. März 2008 - II ZR 124/06, BGHZ 175, 365 Rn. 11). Diese Voraussetzungen liegen, wie dargestellt, schon deshalb nicht vor, weil der Vorstand einer unabhängigen Gesellschaft die Prospektverantwortung nicht ohne Freistellungsvereinbarung mit dem Altaktionär, der Beklagten zu 2, hätte übernehmen dürfen.

39 bb) Das Berufungsgericht hat ausdrücklich offen gelassen, ob die Beklagte zu 1 die Klägerin zum öffentlichen Angebot der Aktien der Beklagten zu 2 auf dem US-amerikanischen Markt veranlasst hat. Der Senat kann die fehlenden Feststellungen nicht selbst treffen. Eine Veranlassung durch die Beklagte zu 2 als dem von der Beklagten zu 1 abhängigen Tochterunternehmen wäre der Beklagten zu 1 nicht ohne weiteres zuzurechnen (vgl. Hüffer, AktG, 9. Aufl., § 311 Rn. 18).

40 Das Berufungsgericht wird jedoch zu berücksichtigen haben, dass ein Beweis des ersten Anscheins (so OLG Jena, ZIP 2007, 1314, 1316; Habersack in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., § 311 Rn. 33; Koppensteiner in KK-AktG, 3. Aufl., § 311 Rn. 10; Müller in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 311 Rn. 25; J. Vetter in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 311 Rn. 30) oder eine Vermutung (so Hüffer, AktG, 9. Aufl., § 311 Rn. 21; MünchHdbGesR IV/Krieger, 3. Aufl., § 69 Rn. 76; differenzierend MünchKommAktG/Altmeppen, 3. Aufl., § 311 Rn. 90 ff.) für die Veranlassung besteht,

jedenfalls wenn wie hier mit der Beklagten zu 2 ein verbundenes Unternehmen einen Vorteil erhalten hat und die Beklagte zu 1 an der Vereinbarung vom 17. Juni 2000 zum dritten Börsengang der Klägerin und den vorangegangenen Verhandlungen unmittelbar beteiligt war.

41 b) Die Klägerin hat gegen die Beklagte zu 1 nach den bisher vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen keinen Anspruch auf Rückgewähr nach § 62 AktG. Zwar war auch die Beklagte zu 1 Aktionärin der Klägerin. Aufgrund des „registration statement" wurden aber nur die Aktien der Beklagten zu 2, nicht auch diejenigen der Beklagten zu 1 in den USA öffentlich angeboten, so dass die Übernahme der Prospekthaftung nur eine Zuwendung an die Beklagte zu 2 ist.

42 aa) In der Übernahme des Prospekthaftungsrisikos für die Platzierung der Aktien der Beklagten zu 2 liegt nicht auch eine unzulässige Einlagenrückgewähr an die Beklagte zu 1, weil diese auch Aktionärin der Klägerin war und sich die Leistung an die Beklagte zu 2, an der sie mehrheitlich beteiligt war, wie eine Leistung an sich selbst zurechnen lassen müsste. Eine Zuwendung an einen Aktionär nach § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG liegt zwar auch vor, wenn nicht unmittelbar an den Aktionär, sondern an ein Unternehmen geleistet wird, an dem er maßgeblich beteiligt ist, auf das er bestimmenden Einfluss ausübt und dadurch Zugriff auf die Leistung hat (vgl. zum Eigenkapitalersatzrecht BGH, Urteil vom 5. Mai 2008 - II ZR 108/07, ZIP 2008, 1230, 1231) oder sie veranlasst hat (vgl. Henze in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 57 Rn. 93 und 96).

43 Die Beklagte zu 1 ist an der Beklagten zu 2 mehrheitlich beteiligt, sie hatte aber im Jahr 2000 nach den gesetzlichen Vorschriften keine Möglichkeit, auf die Beklagte zu 2 durch Weisungen Einfluss zu nehmen, der ihr einen unmittelbaren Zugriff auf deren Vermögen erlaubte. Zwar konnte der Verwaltungsrat

nach § 7 Abs. 5 Satz 2 und 3 des Gesetzes über die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KredAnstWiAG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Juni 1969 (BGBl. I S. 573) dem Vorstand der Beklagten zu 2, dem nach § 6 Abs. 2 Satz 1 KredAnstWiAG die Geschäftsführung und Vermögensverwaltung obliegt, Weisungen erteilen. Die Beklagte zu 1 konnte aber nicht ihrerseits dem Verwaltungsrat Weisungen geben. Gemäß § 7 Abs. 1 KredAnstWiAG (in der Fassung von Art. 17 Nr. 1 des Gesetzes vom 18. März 1975, BGBl. I S. 705 und des Art. 2 Nr. 2 Buchst. a des Gesetzes vom 8. Juli 1994, BGBl. I S. 1465) gehörten dem 30-köpfigen Verwaltungsrat neben dem Vorsitzenden und seinem Stellvertreter, die die Bundesregierung bestellte, sieben Bundesminister an, fünf vom Bundesrat bestellte Mitglieder und sechzehn Vertreter der Gemeinden oder Gemeindeverbände, der Gewerkschaften, der Kreditwirtschaft und sonstiger Wirtschaftszweige, die nach Anhörung der beteiligten Kreise von der Bundesregierung bestellt wurden. Die vom Bundesrat und von der Bundesregierung bestellten Mitglieder waren nicht weisungsgebunden; sie hatten eine feste Amtsdauer und konnten während ihrer Amtszeit nicht beliebig abberufen werden (vgl. § 7 Abs. 2 und 3 KredAnstWiAG in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Juni 1969).

44 Außerdem kann eine Leistung im Sinn von § 57 AktG an einen Aktionär auch dann vorliegen, wenn dieser eine Leistung an ein in seinem Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen veranlasst hat (vgl. Henze in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 57 Rn. 96). Die Veranlassung der Übernahme des Prospekthaftungsrisikos durch die Beklagte zu 1 hat das Berufungsgericht bisher jedoch nicht festgestellt, sondern ausdrücklich offen gelassen.

45 bb) Die Übernahme des wirtschaftlich der Beklagten zu 2 zuzuweisenden Prospekthaftungsrisikos wird auch nicht deshalb zu einer Leistung der Klägerin

an die Beklagte zu 1, weil die Beklagte zu 2 den Erlös aus der Platzierung der Aktien mit der Beklagten zu 1 geteilt hat. Die Beklagte zu 1 kann wie ein Dritter, der nicht Aktionär ist, zur Rückgewähr nach §§ 57, 62 AktG verpflichtet sein, wenn sie die Zuwendung unmittelbar erhalten hat (vgl. Hüffer, AktG, 9. Aufl., § 62 Rn. 5) oder der Aktionär die Zuwendung an sie als Hintermann weitergegeben hat (MünchKommAktG/Bayer, 3. Aufl., § 62 Rn. 15). Mit dem Erlös hat die Beklagte zu 2 aber die Zuwendung der Klägerin, die in der Haftungsübernahme besteht, nicht an die Beklagte zu 1 weitergegeben.

46 c) Ein Anspruch gegen die Beklagte zu 1 auf Ersatz der Vergleichskosten und der Rechtsverfolgungskosten als Aufwendungsersatz nach § 670 BGB oder aus Geschäftsführung besteht nicht. Die von der Klägerin angestrebte Vereinbarung mit den Beklagten über eine Freistellung von Schadensersatzansprüchen von Anlegern aus Prospekthaftung kam im Vertrag vom 17. Juni 2000 für den dritten Börsengang nicht zustande, weil die Beklagten sich einer solchen Freistellungserklärung verweigerten. Damit haben die Parteien ihre den dritten Börsengang betreffenden Rechtsbeziehungen dahingehend geregelt, dass die Klägerin aus dieser Vereinbarung keine Freistellung verlangen kann. Das hat zur Folge, dass auf die dispositive gesetzliche Regelung zum Aufwendungsersatz in § 670 BGB nicht zurückgegriffen und das Ergebnis der Verhandlungen zwischen den Parteien auch nicht durch den Rückgriff auf die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag unterlaufen werden kann (vgl. Podewils, NZG 2009, 1101, 1102).

47 2. Zum Anspruch gegen die Beklagte zu 2 ist der Rechtsstreit gleichfalls noch nicht zur Endentscheidung reif. Die Klägerin hat zwar insoweit einen Anspruch gegen die Beklagte zu 2 auf Ersatz der Leistungen an die Anleger aufgrund der Prospektverantwortung und der Rechtsverteidigungskosten. Hinsicht-

lich eines Teils der geltend gemachten Kosten klagt sie jedoch aus fremdem Recht, ohne dass bisher Feststellungen zur umstrittenen Einziehungsermächtigung getroffen worden sind. Schließlich ist noch die Höhe der aufgewandten Rechtsverfolgungskosten festzustellen.

48 a) Die nach § 57 AktG verbotene Zuwendung an die Beklagte zu 2 löste hier einen Rückgewähranspruch nach § 62 AktG aus, selbst wenn sie die Beklagte zu 1 als herrschendes Unternehmen veranlasst haben sollte. Die Regelung des § 311 AktG verdrängt die §§ 57, 62 AktG in der Weise, dass typischerweise an sich unter § 57 AktG fallende Maßnahmen zum Nachteil der abhängigen Gesellschaft keinen sofortigen Rückgewähranspruch auslösen. Vielmehr lässt § 311 AktG einen zeitlich gestreckten Ausgleich in der Weise zu, dass der Nachteil bis zum Ende des Geschäftsjahrs ausgeglichen oder aber bis dahin der abhängigen Gesellschaft ein Rechtsanspruch auf künftigen Nachteilsausgleich eingeräumt wird (§ 311 Abs. 2 AktG; BGH, Urteil vom 1. Dezember 2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 Rn. 11 - MPS). Weder wurde der Nachteil hier aber bis zum Ende des Geschäftsjahrs ausgeglichen noch der Klägerin ein Anspruch auf den künftigen Nachteilsausgleich - etwa durch eine Freistellungsvereinbarung oder die Zusage eines Ausgleichsanspruchs - eingeräumt. Die Sperrwirkung des § 311 AktG ist somit entfallen. Ob eine Rechtfertigung des nachteiligen Rechtsgeschäfts zudem an einer fehlenden Bereitschaft der Beklagten zu 1 zum Nachteilsausgleich scheitert, kann folglich dahinstehen.

49 b) Da die Beklagte zu 2 ihrer Freistellungsverpflichtung nicht nachgekommen ist, hat sie der Klägerin die Aufwendungen zu ersetzen, die dieser durch die Abwehr des Anspruchs der Anleger entstanden sind, also auch die Vergleichs- und die Rechtsverteidigungskosten.

50 aa) Steht der zur Freistellung Verpflichtete dem Berechtigten nicht bei der Anspruchsabwehr im Rechtsstreit bei und kommt seiner Freistellungspflicht nicht nach, ist er gemäß § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet (BGH, Urteil vom 15. Dezember 2010 - VIII ZR 86/09, NJW-RR 2011, 479 Rn. 14). Die Pflicht zur Rückgewähr der entgegen § 57 AktG erhaltenen Leistung durch Übernahme der Prospektverantwortung begründet einen Anspruch der Aktiengesellschaft gegen den Aktionär auf Freistellung (§ 62 Abs. 1 Satz 1 AktG; vgl. Schäfer, ZIP 2010, 1877, 1881; Henze in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 62 Rn. 45). Darüber hinaus liegt in der Begleichung der Ersatzansprüche der Anleger eine (erneute) Leistung der Gesellschaft an ihre Aktionärin (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juni 2007 - II ZR 86/06, BGHZ 173, 1 Rn. 24), die aufgrund der Freistellungsverpflichtung zur Befriedigung solcher Schadensersatzforderungen verpflichtet gewesen wäre. Dass die Beklagte zu 2 bei der Leistung der Klägerin an die Sammelkläger in den USA möglicherweise nicht mehr deren Aktionärin war, weil ihr Aktienbestand veräußert war, ist ohne Bedeutung, weil sie bei der Übernahme des Prospekthaftungsrisikos noch Aktionärin war. Von den Vorschriften der §§ 57, 62 AktG wird auch der ehemalige Aktionär erfasst, wenn der Rechtsgrund für die Leistung noch während der Zeit der Gesellschafterstellung gelegt wurde (vgl. Fleischer in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 57 Rn. 33; § 62 Rn. 11 m.w.N.; zu §§ 30, 31 GmbHG BGH, Urteil vom 24. März 1954 - II ZR 23/53, BGHZ 13, 49, 54; Urteil vom 13. Juli 1981 - II ZR 256/79, BGHZ 81, 252, 258; Urteil vom 14. November 1988 - II ZR 115/88, ZIP 1989, 93, 95).

51 bb) Der Anspruch ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Klägerin sich im Wege des Vergleichs freiwillig zur Zahlung verpflichtet hat. Ein auf gesetzlicher oder vertraglicher Grundlage bestehender Freistellungsanspruch ist

nicht nur darauf gerichtet, begründete Ansprüche zu befriedigen, sondern auch darauf, unberechtigte Forderungen abzuwehren (BGH, Urteil vom 24. Juni 1970 - VIII ZR 268/67, NJW 1970, 1594, 1595 f.; Urteil vom 19. April 2002 - V ZR 3/01, ZIP 2002, 1299 f.; Urteil vom 24. Oktober 2002 - IX ZR 355/00, BGHZ 152, 246, 255; Urteil vom 15. Oktober 2007 - II ZR 136/06, ZIP 2007, 2313 Rn. 22). Durch die Freistellungspflicht soll der Freizustellende jeglichen Risikos einer Inanspruchnahme durch Dritte enthoben werden und nicht der Gefahr ausgesetzt sein, wegen einer begründeten oder unbegründeten Forderung Dritter mit einer Klage überzogen zu werden oder in Fehleinschätzung der Sach- und Rechtslage eine unbegründete Forderung zu erfüllen und sich dies als eigenes Fehlverhalten entgegenhalten lassen zu müssen (BGH, Urteil vom 24. Juni 1970 - VIII ZR 268/67, NJW 1970, 1594, 1595 f.; Urteil vom 19. April 2002 - V ZR 3/01, ZIP 2002, 1299 f.; Urteil vom 15. Dezember 2010 - VIII ZR 86/09, NJW-RR 2011, 479 Rn. 14). Kennt der Freistellungsverpflichtete die gerichtliche Inanspruchnahme und wehrt er die Verbindlichkeit nicht ab, kann er sich deshalb auch nicht darauf berufen, der Freistellungsberechtigte habe sich nicht durch einen Vergleich freiwillig verpflichten dürfen. Es entspricht zudem ständiger Rechtsprechung, dass die Beendigung einer rechtlichen Auseinandersetzung durch Vergleich regelmäßig ein sachgemäßes Verhalten darstellt, das auf die Zurechnung des Schadens zum haftungsbegründenden Verhalten des Schuldners keinen Einfluss hat (BGH, Urteil vom 5. November 1992 - IX ZR 200/91, NJW 1993, 1320, 1322 f.; Urteil vom 2. April 1998 - IX ZR 107/97, NJW 1998, 2048, 2050).

52 c) Die Beklagte zu 2 kann gegen den Anspruch auch nicht mit einem Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter Prospekterstellung aufrechnen. Abgesehen davon, dass § 66 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 AktG eine Aufrechnung ausschließt, steht der Beklagten zu 2 gegen die Klägerin selbst kein

Schadensersatzanspruch zu, weil insoweit der Schutz des Vermögens der Gesellschaft nach § 57 AktG vorgeht. Im Verhältnis zwischen dem Altaktionär und der Gesellschaft weist die Vermögensbindung nach § 57 AktG dem Aktionär das Risiko einer unzutreffenden Prospekterstellung endgültig zu (oben II 1. c).

53 d) Zur Höhe des Anspruchs sind aber noch weitere Feststellungen erforderlich.

54 aa) Zur Behauptung der Klägerin, der Erstattungsanspruch sei aufgrund Versicherungszahlungen auf die D&O-Versicherer teilweise übergegangen (§ 67 VVG a.F.), die sie wiederum zur Rechtsverfolgung ermächtigt hätten, fehlen bisher revisionsrechtlich überprüfbare Feststellungen. Eine Abtretung und damit auch ein gesetzlicher Forderungsübergang des Anspruchs aus § 62 AktG sind jedenfalls gegen eine vollwertige Gegenleistung - wie sie hier mit der Zahlung vorliegt - zulässig (§ 399 Fall 2 BGB), weil damit der Restitutionszweck sicher gestellt ist (vgl. MünchKomm-AktG/Bayer, 3. Aufl., § 66 Rn. 68). Soweit die D&O-Versicherer auf Schadensersatzforderungen gegen Organe der Klägerin geleistet haben, weil Einlagen an die Aktionäre zurückgewährt wurden (§ 93 Abs. 2 i.V.m. § 93 Abs. 3 Nr. 1, § 116 Satz 1 AktG), kommt ein Übergang des Regressanspruchs aus dem Innenverhältnis mit den Beklagten als Leistungsempfänger oder nach § 317 AktG Ersatzverpflichtete in Frage (vgl. MünchKommAktG/Bayer, 3 Aufl., § 57 Rn. 168).

55 Soweit die D&O-Versicherer dagegen auf Schadensersatzansprüche der Klägerin gegen ihre Organe wegen einer pflichtwidrigen fehlerhaften Erstellung des Prospekts geleistet haben (§ 93 Abs.1 und 2 AktG), ist ein Anspruch gegen die Beklagte zu 2 nicht übergegangen. Insoweit trifft die Haftung im Endergebnis die Organe der Klägerin; die Beklagte zu 2 hätte sich - entsprechend § 255

BGB - vielmehr selbst nach Zahlung an die Klägerin die Ersatzansprüche gegen die Organe der Klägerin abtreten lassen können.

56 bb) Außerdem sind noch Feststellungen zur umstrittenen Höhe der Rechtsverteidigungskosten erforderlich.

Bergmann Strohn Reichart

Drescher Born

Vorinstanzen:
LG Bonn, Entscheidung vom 01.06.2007 - 1 O 552/05 -
OLG Köln, Entscheidung vom 28.05.2009 - 18 U 108/07 -