BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 198/11

Verkündet am:
18. Dezember 2012
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

WpÜG §§ 39a, 39c

Ein Übernahmerecht nach § 39a Abs. 1 Satz 1 WpÜG - und damit ein Andienungsrecht nach § 39c WpÜG - besteht nur dann, wenn dem Bieter bei Ablauf der (weiteren) Annahmefrist nach § 16 WpÜG Aktien der Zielgesellschaft in Höhe von mindestens 95 % des stimmberechtigten Grundkapitals gehören oder die Voraussetzungen des § 39a Abs. 4 Satz 2 WpÜG erfüllt sind.

BGH, Urteil vom 18. Dezember 2012 - II ZR 198/11 - KG
LG Berlin

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Dezember 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, den Richter Dr. Strohn, die Richterinnen Caliebe und Dr. Reichart sowie den Richter Sunder

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts vom 11. August 2011 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Aktionär der Landesbank B. H. AG (im Folgenden: LBBH). Er macht gegen die Beklagte ein Recht zur Annahme eines Übernahmeangebots nach § 39c WpÜG (im Folgenden: Andienungsrecht) geltend.

2 Das Land B. forderte im Januar 2007 öffentlich zur Abgabe einer Interessenbekundung am Kauf des vom Land gehaltenen 80,95 %-Aktienanteils an der LBBH auf. Im Vorgriff darauf war am 21. Dezember 2006 die beklagte Kommanditgesellschaft gegründet worden, um an diesem Verfahren als Bieterin teilnehmen zu können. Die Beklagte wurde am 27. Februar 2007 in das Handelsregister eingetragen. Ihre persönlich haftende Gesellschafterin ist die R. mbH, die am Kapital nicht beteiligt, aber allein stimm-

berechtigt ist. Einziger Kommanditist ist der D. S. G. - Körperschaft des öffentlichen Rechts (im Folgenden: DSGV). Der DSGV hält zugleich 4 % der Anteile an der R. mbH. Die übrigen Anteile werden von regionalen Sparkassen- und Giroverbänden und der H. Sparkasse Beteiligungsgesellschaft mbH gehalten. Mitglieder des DSGV sind sämtliche regionalen Sparkassen- und Giroverbände.

3 Am 31. Mai 2007 erwarb der DSGV von der D. Girozentrale - Anstalt des öffentlichen Rechts (im Folgenden: D.) einen 10 %igen Anteil an der LBBH, den die D. seit dem 15. Oktober 2006 treuhänderisch für den DSGV gehalten hatte.

4 Am 1. Juni 2007 legte die Beklagte ein verbindliches Angebot zum Erwerb des Anteils des Landes B. an der LBBH vor.

5 Am 14. Juni 2007 erwarb die D. Bank weitere 0,63 % der Anteile an der LBBH treuhänderisch für den DSGV.

6 Das Land B. verkaufte seinen Aktienanteil an der LBBH am 15. Juni 2007 an die Beklagte. Die Aktien wurden mit dinglicher Wirkung zum 8. August 2007 auf die Beklagte übertragen.

7 Diese hatte zuvor - am 1. August 2007 - ein (freiwilliges) Übernahmeangebot nach § 29 Abs. 1, § 35 Abs. 3 WpÜG zum Erwerb der restlichen LBBH-Anteile für 6,81 € je Aktie veröffentlicht. Die Annahmefrist lief bis zum 10. Oktober 2007 und verlängerte sich gemäß § 16 Abs. 2 Satz 1 WpÜG bis zum 1. November 2007 (weitere Annahmefrist). Bei Ablauf der Annahmefrist hielt die Beklagte 87,2 % der LBBH-Aktien, nach Ablauf der weiteren Annahmefrist 88,01 %.

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

8 Mit Wirkung zum 1. Januar 2008 übertrug der DSGV seinen 10,63 %igen Anteil an der LBBH auf die "Beteiligungsgesellschaft der S-. mbH & Co. KG", eine Tochtergesellschaft der Beklagten, so dass diese (unmittelbar oder mittelbar) insgesamt 98,64 % der Anteile hielt.

9 Mit Schreiben vom 2. Januar 2008 diente der Kläger der Beklagten die von ihm gehaltenen 643.318 Stückaktien der LBBH für 6,81 € pro Aktie an. In Bezug auf 7.343 Aktien macht er das Andienungsrecht mit seiner im Urkundsverfahren erhobenen Klage geltend. Er hat demgemäß beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 50.005,83 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übertragung von 7.343 Stückaktien der LBBH zu zahlen.

10 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (LG Berlin, ZIP 2010, 884), das Kammergericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter.

Entscheidungsgründe:

11 Die Revision hat keinen Erfolg. Die Klage ist zu Recht abgewiesen worden.

12 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

13 Zu dem für das Andienungsrecht aus §§ 39c, 39a WpÜG maßgebenden Zeitpunkt hätten der Beklagten nur 88,01 % der LBBH-Aktien gehört. Damit sei die gesetzliche Schwelle von 95 % nicht erreicht.

14 Die vom DSGV gehaltenen 10 % der Aktien seien der Beklagten nicht zurechenbar. Der DSGV sei kein von der Beklagten abhängiges Unternehmen im Sinne des § 16 Abs. 2 und 4 AktG. Ein Acting in concert im Sinne des § 30 Abs. 2 WpÜG sei im Rahmen der §§ 39c, 39a WpÜG bedeutungslos. Auch habe der DSGV die Aktien nicht treuhänderisch für die Beklagte gehalten. Bei dem Erwerb der Aktien des 10 %-Anteils durch die D. sei die Beklagte noch nicht gegründet gewesen, und für eine spätere Treuhandabrede sei nichts ersichtlich.

15 Der Erwerb des 10,63 %igen Aktienpakets zum 1. Januar 2008, aufgrund dessen der Beklagten mehr als 95 % der LBBH-Aktien gehörten, sei ebenfalls bedeutungslos. Denn ein Aktienerwerb nach Ablauf der Annahmefrist und gegebenenfalls der weiteren Annahmefrist könne nur dann einen übernahmerechtlichen Squeeze out nach § 39a WpÜG und damit ein Andienungsrecht nach § 39c WpÜG begründen, wenn er in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit dem Übernahme- oder Pflichtangebot erfolge. Das sei bei dem hier verstrichenen Zeitraum von gut 11 Wochen nach dem Ende der ursprünglichen Annahmefrist bzw. gut 8 Wochen nach dem Ablauf der weiteren Annahmefrist nicht der Fall.

16 II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand. Der Kläger hatte jedenfalls nach Ablauf der erweiterten Annahmefrist am 1. November 2007 kein Andienungsrecht mehr.

17 1. Nach § 39c Satz 1 WpÜG können Aktionäre einer Zielgesellschaft, die ein Übernahme- oder Pflichtangebot nicht angenommen haben, das Angebot noch innerhalb von drei Monaten nach Ablauf der Annahmefrist annehmen, sofern dem Bieter Aktien in Höhe von mindestens 95 % des stimmberechtigten Grundkapitals der Zielgesellschaft gehören und er deshalb berechtigt ist, einen

Antrag auf Übernahme der übrigen stimmberechtigten Aktien der Zielgesellschaft nach § 39a WpÜG zu stellen. Der Sinn und Zweck dieser Vorschrift besteht darin, dem Aktionär ein Ausscheiden aus der Gesellschaft - bei angemessener Entschädigung - zu ermöglichen, wenn der Bieter eine Stimmrechtsmehrheit von mindestens 95 % erreicht hat, aber von seinem daraus folgenden Übernahmerecht nach § 39a WpÜG keinen Gebrauch macht (Hasselbach in Kölner KommWpÜG, 2. Aufl., § 39c Rn. 4 ff.). Das Andienungsrecht richtet sich mithin nach dem Übernahmerecht aus § 39a WpÜG. Nur wenn der Bieter (noch) ein Übernahmerecht hat, kann auch der einzelne Aktionär ein Andienungsrecht haben. Im vorliegenden Fall war die Beklagte auch nach Ablauf der gemäß § 16 Abs. 2 WpÜG verlängerten Annahmefrist nicht berechtigt, nach § 39a WpÜG die Übernahme der verbliebenen LBBH-Aktien zu verlangen. Denn ihr standen zu diesem Zeitpunkt lediglich 88,01 % der Aktien zu.

18 1. Die zu einem Übernahmerecht nach § 39a Abs. 1 Satz 1 WpÜG führende mindestens 95 %ige Beteiligung - oder die Voraussetzungen des § 39a Abs. 4 Satz 2 WpÜG, nach dem unter bestimmten Voraussetzungen auch der Abschluss lediglich eines Verpflichtungsgeschäfts genügt - muss allerdings nicht durch Erwerbe aufgrund des Übernahme- oder Pflichtangebots erreicht werden. Es kommen etwa auch Paketerwerbe oder andersartige Zukäufe in Betracht. Diese Erwerbe müssen aber jedenfalls noch innerhalb der weiteren Annahmefrist stattfinden. Ob sie darüber hinaus sogar innerhalb der (ursprünglichen) Annahmefrist erfolgen müssen, kann im vorliegenden Fall offen bleiben, da schon die weitere Annahmefrist nicht gewahrt ist.

19 a) Im Schrifttum ist umstritten, ob die erforderliche Mindestzahl von 95 % der Anteile nur durch Erwerbe während der (weiteren) Annahmefrist erreicht werden kann (so Süßmann in Geibel/Süßmann, Wertpapiererwerbs- und -übernahmegesetz, 2. Aufl., § 39a Rn. 2, 8; Stöwe, Der übernahmerechtliche

Squeeze-out, 2007, S. 106; s. auch Meyer, WM 2006, 1135, 1142; Seibt/Heiser, AG 2006, 301, 318). Die Gegenmeinung lässt auch Erwerbe im engen zeitlichen Zusammenhang mit dem Ablauf der Frist genügen, wobei teilweise vier Wochen (so Deilmann, NZG 2007, 721, 722), teilweise sechs Wochen (so Kießling, Der übernahmerechtliche Squeeze-out gemäß §§ 39a, 39b WpÜG, 2008, S. 52) als unschädlich angesehen werden (ohne feste Grenze Johannsen-Roth/Illert, ZIP 2006, 2157, 2159; Santelmann in Steinmeyer/Häger, WpÜG, 2. Aufl., § 39a Rn. 15; Heidel/Lochner in Heidel, Aktiengesetz und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., 2011, WpÜG § 39a Rn. 19). Schließlich wird angenommen, das Übernahmerecht bestehe auch dann, wenn die 95 %-Schwelle innerhalb der dreimonatigen Antragsfrist nach Ablauf der Annahmefrist (§ 39a Abs. 4 Satz 1 WpÜG) erreicht sei (OLG Frankfurt am Main, ZIP 2012, 1602, 1605, Rechtsbeschwerde anhängig unter II ZB 14/12; Paefgen, WM 2007, 765, 766; Ott, WM 2008, 384, 387; Nagel, AG 2009, 395 ff.; Müller, EWiR 2009, 523, 524; Noack/Zetzsche in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl., WpÜG § 39a Rn. 9; Hasselbach in Kölner KommWpÜG, 2. Aufl., § 39a Rn. 45; Schüppen/Tretter in Haarmann/Schüppen, Frankfurter Kommentar zum WpÜG, 3. Aufl., § 39a Rn. 17; Merkner/Sustmann in Baums/Thoma, WpÜG, Stand 10/10, § 39a Rn. 18, Holzborn/Müller in Bürgers/Körber, AktG, 2. Aufl., Anh. § 327a/§§ 39a-39c WpÜG Rn. 7; für Erwerbe bis zur gerichtlichen Entscheidung wohl MünchKommAktG/Grunewald, 3. Aufl., WpÜG § 39a Rn. 20, 22).

20 b) Zutreffend ist die Ansicht, nach der Erwerbe allenfalls bis zum Ablauf der erweiterten Annahmefrist zu berücksichtigen sind.

21 aa) Der Wortlaut des § 39a Abs. 1 Satz 1 WpÜG ist für die Streitfrage unergiebig. Danach sind dem Bieter, dem mindestens 95 % der stimmberechtigten Aktien der Zielgesellschaft gehören, "nach einem Übernahme- oder Pflichtangebot" die übrigen stimmberechtigten Aktien zu übertragen. Das lässt

offen, ob nur Erwerbsvorgänge innerhalb der durch das Übernahme- oder Pflichtangebot ausgelösten (weiteren) Annahmefrist oder auch solche zu einem - sogar beliebigen - späteren Zeitpunkt berücksichtigt werden müssen.

22 bb) Unter systematischen Gesichtspunkten erscheint es zumindest naheliegend, Erwerbsvorgänge nach Ablauf der (weiteren) Annahmefrist nicht zu berücksichtigen. Denn das stände im Widerspruch zum Andienungsrecht nach § 39c WpÜG.

23 Die Frist für die Ausübung des Andienungsrechts läuft vom Ende der Annahmefrist an und nicht - wie es bei anderer Auslegung nahe gelegen hätte - von dem Erreichen der für das Übernahmeverlangen erforderlichen Beteiligungshöhe. Die Fristverlängerung in § 39c Satz 2 WpÜG betrifft nur den Fall, dass der Bieter seine Pflicht nicht erfüllt, gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, Satz 2 WpÜG das Erreichen der 95 %igen Beteiligungshöhe unverzüglich zu veröffentlichen und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) zu melden. Den Minderheitsaktionären wird im Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz durchweg die Möglichkeit eingeräumt, von ihren Rechten nach sorgfältiger Überlegung Gebrauch zu machen. Das wäre nicht gewährleistet, wenn ein Aktienerwerb nach Ablauf der (weiteren) Annahmefrist das Andienungsrecht begründen könnte. Denn dann hätte der Aktionär keine Überlegungsfrist von drei Monaten, wie sie ihm durch § 39c WpÜG an sich eingeräumt wird. Die Überlegungsfrist würde sogar ganz entfallen, wenn der Bieter die für das Übernahmeverlangen erforderliche Beteiligungshöhe erst am Ende der Antragsfrist des § 39a Abs. 4 Satz 1 WpÜG erreicht.

24 cc) Auch der Sinn und Zweck des § 39a WpÜG spricht gegen die Einbeziehung von Erwerben innerhalb von drei Monaten nach Ablauf der (weiteren) Annahmefrist. Mit § 39a WpÜG soll dem Bieter eine einfache Möglichkeit gege-

ben werden, nach einem insoweit erfolgreichen Übernahme- oder Pflichtangebot die verbliebenen Minderheitsaktionäre aus der Gesellschaft ausschließen zu lassen und dabei in den Genuss der Angemessenheitsvermutung des § 39a Abs. 3 Satz 3 WpÜG für die Entschädigung der Aktionäre zu kommen (Hasselbach in Kölner KommWpÜG, 2. Aufl., § 39a Rn. 8). Danach ist die im Rahmen des Übernahme- oder Pflichtangebots gewährte Gegenleistung als angemessene Abfindung anzusehen, wenn der Bieter aufgrund des Angebots Aktien in Höhe von mindestens 90 % des vom Angebot betroffenen Grundkapitals erworben hat.

25 Hat der Bieter bei Ablauf der Fristen des § 16 WpÜG die erforderliche Mehrheit von 95 % der Aktien nicht erlangt, war das Übernahme- oder Pflichtangebot in Bezug auf die Möglichkeit, Minderheitsaktionäre in dem vereinfachten Verfahren des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes ausschließen zu lassen, nicht erfolgreich. Es besteht deshalb kein Anlass, dem Bieter nun noch die Möglichkeit zu geben, das Übernahmerecht zu verlängern, indem er Aktien nachkauft. Mit zunehmendem Zeitablauf verliert zudem die Angemessenheitsvermutung an Überzeugungskraft. Will der Bieter nach einem verspäteten Erwerb von Aktien die Minderheitsaktionäre ausschließen, bleibt ihm die Möglichkeit, das nach §§ 327a ff. AktG zu tun.

26 dd) Aus dem Sinn und Zweck des Andienungsrechts nach § 39c WpÜG ergibt sich nichts gegen diese Auslegung. Durch die Bezugnahme auf § 39a WpÜG ist das Andienungsrecht an das Übernahmerecht gekoppelt. Es geht also nicht weiter als das Übernahmerecht. Dass Aktionäre danach gegen einen nachträglichen Aufbau einer 95 %igen Mehrheit nicht mehr den Schutz des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes genießen, ist hinzunehmen. Auch außerhalb von öffentlichen Angeboten kommt es vor, dass sich Aktionäre einer im Laufe der Zeit entstandenen 95 %igen Mehrheitsbeteiligung gegenüber se-

hen, ohne dass sie deshalb ein Andienungsrecht hätten. Ihre Interessen werden durch die konzernrechtlichen Regeln der §§ 291 ff., 311 ff., 319 ff. AktG hinreichend geschützt.

27 ee) Dieser Auslegung stehen auch die Gesetzesmaterialien nicht entgegen. In der Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 21. April 2004 betreffend Übernahmeangebote (Übernahmerichtlinie-Umsetzungsgesetz) vom 17. März 2006 (BT-Drucks. 16/1003, S. 21) heißt es:

> Unerheblich ist, auf welche Weise der Bieter die erforderlichen Mehrheiten erreicht. Sie müssen nicht auf der Annahme des Angebots beruhen. So kann der Bieter die für den Ausschluss erforderlichen Schwellenwerte auch durch Transaktionen mit einzelnen Aktionären, z.B. durch Paketerwerbe, außerhalb des formellen Angebotsverfahrens erreicht haben, sofern die Transaktionen in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Angebot stehen.

28 Hätte der Gesetzgeber mit dem engen zeitlichen Zusammenhang die Drei-Monats-Frist des § 39a Abs. 4 Satz 1 WpÜG gemeint, hätte es nahe gelegen, das auch so auszudrücken und nicht einen unbestimmten Begriff zu gebrauchen. Dieser Begriff deutet eher darauf hin, dass nur ein kürzerer als der Drei-Monats-Zeitraum gemeint ist. Dann aber spricht nichts gegen ein Abstellen allein auf die (weitere) Annahmefrist. Denn dadurch wird die Rechtsunsicherheit vermieden, die entstehen würde, wenn der "enge zeitliche Zusammenhang" auch dann noch angenommen würde, wenn die (weitere) Annahmefrist schon abgelaufen ist.

29 ee) Auch die Übernahmerichtlinie, deren Umsetzung §§ 39a, 39c WpÜG dienen, spricht nicht gegen die Annahme, für das Übernahmerecht aus § 39a WpÜG komme es nur auf Erwerbsvorgänge innerhalb der (weiteren) Annahmefrist an. In Erwägungsgrund 24 der Richtlinie heißt es:

> Die Mitgliedstaaten sollten die erforderlichen Vorkehrungen treffen, um einem Bieter, der im Zuge eines Übernahmeangebots einen bestimmten Prozentsatz des stimmberechtigten Kapitals einer Gesellschaft erworben hat, die Möglichkeit zu geben, die Inhaber der übrigen Wertpapiere zum Verkauf ihrer Wertpapiere zu verpflichten. ... Diese Ausschluss- ... verfahren sollten nur unter bestimmten Bedingungen im Zusammenhang mit Übernahmeangeboten gelten. ...

30 In Art. 15 der Übernahmerichtlinie heißt es:

> (2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass ein Bieter von allen verbleibenden Wertpapierinhabern verlangen kann, dass sie ihm ihre Wertpapiere zu einem angemessenen Preis verkaufen. ...
>
> (3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Vorschriften in Kraft sind, nach denen sich berechnen lässt, wann der Schwellenwert erreicht ist.

31 Daraus lässt sich lediglich entnehmen, dass ein zeitlicher Zusammenhang mit dem Übernahmeangebot bestehen muss und aus den Vorschriften möglichst klar hervorgehen muss, wann die Voraussetzungen für eine Übernahme der restlichen Aktien erfüllt sind. Im Übrigen kann dieser Zeitpunkt nach nationalem Recht ohne Vorgabe durch die Richtlinie bestimmt werden. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV ist somit nicht geboten.

32 2. Die Beklagte hielt bei Ablauf der weiteren Annahmefrist lediglich 88,01 % der LBBH-Aktien und damit weniger als die für ein Übernahmerecht nach § 39a WpÜG erforderlichen 95 %. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass jedenfalls der 10 %ige Aktienanteil, der dem DSGV bzw. der für ihn als Treuhänderin tätigen D. zustand und der erst mit Wirkung zum 1. Januar 2008 auf eine Tochtergesellschaft der Beklagten übertragen wurde, der Beklagten vor dieser Übertragung nicht zugerechnet werden

konnte. Ob der weitere Aktienanteil in Höhe von 0,63 % zugerechnet werden konnte, spielt für die Entscheidung keine Rolle und kann daher offenbleiben.

33 Nach § 39a Abs. 2 WpÜG gilt für die Feststellung der nach Abs. 1 erforderlichen Beteiligungshöhe § 16 Abs. 2 und 4 AktG entsprechend. Danach gelten als Anteile des Unternehmens auch diejenigen Anteile, die einem von ihm abhängigen Unternehmen gehören oder die ein Unternehmen für Rechnung des betreffenden oder des von diesem abhängigen Unternehmens hält. Diese Voraussetzungen sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bezüglich des DSGV nicht erfüllt.

34 Abhängig von der Beklagten wäre der DSGV nach der Legaldefinition des § 17 Abs. 1 AktG nur, wenn die Beklagte insoweit einen beherrschenden Einfluss ausüben könnte. Dafür ist nichts ersichtlich. Die Beklagte ist an dem DSGV nicht beteiligt. Auch die Revision zieht das nicht in Zweifel.

35 Sie meint aber, aus den Gesamtumständen des Falles lasse sich nur der Schluss ziehen, dass der DSGV den 10 %igen Aktienanteil treuhänderisch oder im Wege eines sog. Durchstellgeschäfts (vgl. dazu MünchKommAktG/Bayer, 3. Aufl., § 16 Rn. 47) für die Beklagte gehalten habe; dafür sprächen die Mitteilung des DSGV in der Börsenzeitung vom 19. Oktober 2007, dass die Sparkassen-Finanzgruppe bei der Übernahme der LBBH die Squeeze out-Schwelle von 95 % überschritten habe und nun 97,82 % der LBBH-Aktien besitze, die - spätere - Übertragung auf die Tochtergesellschaft der Beklagten, der Umstand, dass der DSGV dabei das günstige Übernahmeangebot der Beklagten zu 6,81 € pro Aktie nicht genutzt und stattdessen die Aktien für nur 5,34 € pro Stück veräußert habe, und schließlich die eigene Hervorhebung eines abgestimmten Verhaltens durch die Beklagte.

36 Die Würdigung, ob aus diesen Umständen auf eine Treuhandabrede oder ein Durchstellgeschäft geschlossen werden kann, obliegt dem Tatrichter. Revisionsrechtlich ist seine Würdigung lediglich darauf zu überprüfen, ob er alle Umstände vollständig berücksichtigt und nicht gegen Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen hat. Derartige Rechtsfehler sind nicht ersichtlich.

37 Dass der Erwerb der LBBH-Anteile in der Sparkassen-Finanzgruppe langfristig geplant und die Beklagte in Verfolgung dieses Plans als Erwerbsvehikel gegründet worden ist, lässt noch nicht den Schluss zu, dass sie auch von Anfang an die Kosten und das wirtschaftliche Risiko aller diesbezüglichen Transaktionen tragen sollte, wie es für eine Treuhandabrede - auch in der Form eines Durchstellgeschäfts - typisch ist. Wirtschaftlich hatte die Finanzgruppe durch die Erwerbsvorgänge ihr vorrangiges Ziel erreicht, eine Übernahme der LBBH-Anteile durch andere Bewerber zu verhindern. Der DSGV und die Beklagte hatten dazu ihr Verhalten abgestimmt (Acting in concert). Damit waren sie gemeinsam handelnde Personen im Sinne der Legaldefinition des § 2 Abs. 5 WpÜG. Eine Treuhandabrede war dafür nicht erforderlich.

38 Anders als bei der Zurechnung von Stimmrechten nach § 30 Abs. 2 WpÜG im Rahmen der Feststellung, ob ein Bieter die Kontrolle über das Zielunternehmen im Sinne des § 29 Abs. 2 WpÜG erlangt hat, reicht ein abgestimmtes Verhalten im Sinne des § 2 Abs. 5 WpÜG nicht aus, um im Rahmen des

§ 39a WpÜG Anteile zurechnen zu können. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 39a Abs. 2 WpÜG und wird von der Revision nicht in Frage gestellt.

Bergmann Strohn Caliebe

Reichart Sunder

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 11.12.2008 - 93 O 22/08 -
KG, Entscheidung vom 11.08.2011 - 2 U 3/09 -