BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 45/06

Verkündet am:
17. März 2008
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

"EKU"

AktG § 305; EG-InsO § 103; KO §§ 17, 26, 63 Nr. 1, 68

a) Der mit dem Abschluss eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages begründete Abfindungsanspruch der außenstehenden Aktionäre gegen Übertragung ihrer Aktien auf das herrschende Unternehmen (§ 305 Abs. 1 AktG) besteht im Grundsatz auch dann fort, wenn während eines laufenden Spruchverfahrens das Konkurs- bzw. das Insolvenzverfahren über das Vermögen des herrschenden Unternehmens eröffnet wird. Entsprechend den Grundsätzen zu §§ 17, 26 Satz 2 KO, 103 InsO (vgl. dazu BGHZ 150, 353, 359; 155, 87, 90) kann der Aktionär "eine Forderung wegen der Nichterfüllung" als Konkurs- bzw. Insolvenzgläubiger geltend machen, wenn der Konkurs- bzw. Insolvenzverwalter den Erwerb der ihm innerhalb der Frist des § 305 Abs. 4 Satz 3 AktG angedienten Aktien ablehnt. Der Erlös aus einem Deckungsverkauf der Aktien ist auf die Abfindung, nicht auf die Abfindungszinsen (§ 305 Abs. 3 Satz 3 AktG) anzurechnen.

b) Die Abfindungsansprüche aus einem Unternehmensvertrag überdauern grundsätzlich dessen Aufhebung während eines laufenden Spruchverfahrens (BGHZ 135, 374) und entfallen auch nicht ohne weiteres durch den Abschluss eines neuen Unternehmensvertrages mit einem anderen herrschenden Unternehmen. Dieses sowie die bisherige Abfindungsschuldnerin können vielmehr wahlweise auf Zahlung der jeweiligen Abfindung in Anspruch genommen werden. Im Konkurs beider sind sie wie Gesamtschuldner zu behandeln, soweit sich ihre Verpflichtungen decken (§ 68 KO).

c) Abfindungszinsen (§ 305 Abs. 3 Satz 3 AktG) können für die Zeit nach Konkurseröffnung nicht geltend gemacht werden (§ 63 Nr. 1 KO).

BGH, Urteil vom 17. März 2008 - II ZR 45/06 - OLG Bamberg
LG Bayreuth

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. März 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Kraemer, Dr. Strohn, Caliebe und Dr. Reichart

für Recht erkannt:

Auf die beiderseitigen Revisionen wird - unter Zurückweisung der weitergehenden Revision der Kläger - das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 30. Dezember 2005 aufgehoben, soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt und die Klage in Höhe der von den Klägern im Konkursverfahren der M. AG erzielten Quote abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

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

Tatbestand:

1 Die Kläger waren Aktionäre der A. AG (nachfolgend: A. AG), die früher unter dem Namen H. AG (nachfolgend: H. AG) firmierte. Unter diesem Namen schloss sie am 16. März 1988 einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag mit der E. Ku. -AG (nachfolgend: EKU bzw. Gemeinschuldnerin), deren Konkursverwalter der Beklagte seit 30. April 1996 ist. In dem Vertrag verpflichtete sich die Gemeinschuldnerin (als

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

herrschendes Unternehmen) u.a. dazu, auf Verlangen der außenstehenden Aktionäre der H. AG deren Aktien im Nennwert von je 50,00 DM gegen eine Barabfindung von 550,00 DM pro Aktie zu erwerben. Der Vertrag wurde von den Hauptversammlungen der beiden Gesellschaften genehmigt und am 30. Mai 1988 in das Handelsregister eingetragen. Mehrere außenstehende Aktionäre der H. AG, darunter der Ehemann der Klägerin zu 1 und Vater der Kläger zu 2 und 3, leiteten daraufhin ein gerichtliches Spruchverfahren gemäß § 306 a.F. AktG gegen die in dem Vertrag bestimmte Abfindungshöhe ein. Am 23. April 1990 schloss die H. AG einen - mit Ausnahme der Laufzeit - inhaltlich gleichen Unternehmensvertrag mit der M. AG (nachfolgend: M. AG), welche inzwischen die Aktienmehrheit an der Gemeinschuldnerin erworben hatte. Dieser Vertrag wurde nach Genehmigung durch die Hauptversammlungen am 31. Oktober 1990 in das Handelsregister eingetragen. Zeitgleich mit dessen Abschluss wurde der vorangegangene Vertrag zwischen der H. AG und der Gemeinschuldnerin durch eine entsprechende Vereinbarung mit Wirkung ab Beschlussfassung aufgehoben. Auch gegen die in dem Vertrag zwischen der H. AG und der M. AG festgelegte Abfindung wurde von außenstehenden Aktionären ein Spruchverfahren eingeleitet, was sich schon anlässlich der Genehmigung des Vertrages in der Hauptversammlung der H. AG vom 30. Mai 1990 abgezeichnet hatte. Dazu erklärte der damalige Vorstand der Gemeinschuldnerin, der zugleich Aufsichtsratsvorsitzender der H. AG war, dass eine etwaige Erhöhung der Abfindung im Spruchverfahren H. AG/M. AG in jedem Fall auch für die Aktionäre Anwendung finden werde, die sich entschließen sollten, ihre Aktien der EKU anzudienen. Gleichlautende Erklärungen wurden vom Vorstand der Gemeinschuldnerin in einem Vergleichsgespräch im zweiten Halbjahr 1990 sowie von der Gemeinschuldnerin und der H. AG im Spruchverfahren durch Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 9. November 1990 abgegeben.

2 Die beiden Spruchstellenverfahren endeten erst in der jeweiligen Beschwerdeinstanz mit Beschlüssen des Oberlandesgericht Frankfurt vom 9. Januar 2003, in denen die Abfindungen aus dem Vertrag H. AG/Gemeinschuldnerin auf 554,78 DM und die Abfindung aus dem Vertrag H. AG/M. AG auf 822,49 DM, jeweils pro 50,00 DM Aktie, festgesetzt wurden. Zugleich wurde eine Verzinsung gemäß § 305 Abs. 3 Satz 3 AktG angeordnet. Beide Entscheidungen wurden am 24. Februar 2003 im Bundesanzeiger veröffentlicht.

3 Im April 2003 - noch innerhalb der Frist des § 305 Abs. 4 Satz 3 AktG - dienten die Kläger ihre inzwischen auf einen Nennbetrag von je 5,00 DM gesplitteten insgesamt 12.750 Aktien der A. AG (vormals: H. AG) dem Beklagten als Konkursverwalter der Gemeinschuldnerin zum Erwerb an, Zug um Zug gegen Zahlung der Konkursquote auf die in dem Spruchverfahren H. AG/M. AG festgesetzte Abfindung von 82,35 DM pro 5,00 DM-Aktie zuzüglich aufgelaufener Zinsen (§ 305 Abs. 3 Satz 3 AktG) in Höhe von 77,05 DM, insgesamt 159,30 DM pro 5,00 DM Aktie. Entsprechende (in Euro umgerechnete) Forderungen "aus Aktien" wurden von den Klägern auch zur Konkurstabelle in der Rangklasse 6 des § 61 Abs. 1 KO angemeldet, von dem Beklagten jedoch im Prüfungstermin vom 21. Oktober 2003 in voller Höhe bestritten, nachdem er bereits mit Schreiben an die Kläger vom 5. Juni 2003 den Ankauf der Aktien abgelehnt hatte. Mit Schreiben an ihn und das Insolvenzgericht vom 31. Juli 2003 wiesen die Kläger darauf hin, dass die Aktien nach Ablehnung ihres Erwerbs durch den Beklagten (§ 17 KO) nunmehr anderweitig zu verwerten seien; wegen des noch unsicheren Erlöses würden jedoch vorsorglich die bisher angemeldeten Beträge unverändert zur Tabelle angemeldet. Gleiche Forderungen wie gegenüber der Gemeinschuldnerin haben die Kläger auch zur Konkurstabelle der inzwischen ebenfalls insolventen M. AG gestellt. Hierauf haben sie eine Quote von 15,023 % erhalten. Im Oktober 2003 verkauften die Kläger die Aktien über die Börse.

4 Mit ihrer Klage begehren die Kläger die Feststellung von Schadensersatzforderungen in Höhe der Differenz zwischen den o.g. Abfindungsbeträgen nebst Zinsen und den erzielten Verkaufserlösen zur Konkurstabelle der Gemeinschuldnerin. Das Landgericht hat die Klage nach Hinweis auf ihre Unzulässigkeit gemäß § 146 Abs. 4 KO gegenüber den daraufhin nicht verhandelnden Klägern durch "Versäumnisurteil" als "unzulässig" abgewiesen. Nach fristgerechtem Einspruch (§§ 339 f. ZPO) haben die Kläger die mit der Klage geltend gemachten Forderungen mit der Bezeichnung "Schadensersatz" erneut zur Konkurstabelle der Gemeinschuldnerin angemeldet und ihre Klage hilfsweise auf diese - unter neuen Tabellennummern eingetragenen - Anmeldungen gestützt.

5 Das Landgericht hat "auf die Hilfsklage hin" - unter Aufrechterhaltung seines Versäumnisurteils - den Feststellungsanträgen der Kläger zum Teil stattgegeben. Auf die beiderseitigen Berufungen hat das Oberlandesgericht unter Aufhebung des erstinstanzlichen Versäumnisurteils den primär auf die erste Forderungsanmeldung gestützten Feststellungsanträgen der Kläger in Höhe von 65.014,84 € zugunsten der Klägerin zu 1, in Höhe von 15.877,66 € zugunsten des Klägers zu 2 sowie in Höhe von 297.981,82 € zugunsten des Klägers zu 3 entsprochen und die Revision zugelassen. Gegen das Berufungsurteil haben sämtliche Prozessparteien Revision, die Kläger vorsorglich auch Anschlussrevision und Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt.

Entscheidungsgründe:

6 Die beiderseitigen Revisionen führen zur Aufhebung und Zurückverweisung, soweit nicht die Kläger die Abweisung ihrer Klage hingenommen haben (s. S. 19).

7 A. Revision des Beklagten.

8 I. Die Zulassungsentscheidung des Berufungsgerichts erfasst die geltend gemachten Ansprüche dem Grunde nach insgesamt. Die Revision ist damit gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig.

9 II.1. Entgegen der Ansicht der Revision geht das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht von der Zulässigkeit der "Hauptanträge" der Kläger auf Feststellung der von ihnen geltend gemachten Forderungen zur Konkurstabelle der Gemeinschuldnerin (§ 146 Abs. 1, 4 KO i.V.m. § 103 EG InsO) aus.

10 a) Anders als das Berufungsgericht und die Revision meinen, handelt es sich allerdings bei der Frage, ob die Kläger ihre Feststellungsklagen auf die erste oder die zweite Anmeldung zur Konkurstabelle stützen konnten, nicht um das Verhältnis von Haupt- und Hilfsanträgen. Ebensowenig hat insoweit das Berufungsgericht, wie die Revisionserwiderung meint, eine gemäß § 268 ZPO nicht nachprüfbare Entscheidung über eine Klageänderung getroffen. Nach § 146 Abs. 4 KO kann eine Klage auf Feststellung zur Konkurstabelle nur auf den Grund und nur auf den Betrag gerichtet werden, welcher in der Anmeldung oder in dem Prüfungstermin angegeben ist. Dabei handelt es sich um eine Prozess- bzw. Sachurteilsvoraussetzung für die Feststellungsklage (vgl. BGH, Urt. v. 27. September 2001 - IX ZR 71/00, WM 2001, 2180, 2181; v. 23. Oktober 2003 - IX ZR 165/02, WM 2003, 2429, 2432; v. 5. Juli 2007 - IX ZR 221/05, BGHZ 173, 103 Tz. 12; MünchKommInsO/Schumacher 2. Aufl. § 181 Rdn. 3), die nach allgemeinen Grundsätzen zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung vorliegen muss (BGHZ 18, 98, 106 und st.Rspr.) und bis dahin auch nachträglich herbeigeführt werden kann. Insofern kommt es hier nicht darauf an, ob schon die erste oder erst die zweite Anmeldung der Kläger zur Konkurstabelle der Gemeinschuldnerin zur Zulässigkeit der Klage führte. Die in der Klage vor-

genommene Ermäßigung des angemeldeten Betrages ist unschädlich (BGHZ 103, 1, 3).

11 b) Dem steht auch nicht entgegen, dass das Landgericht die vermeintlichen "Hauptanträge" durch "Versäumnisurteil" als unzulässig abgewiesen und damit in Wahrheit ein nicht auf der Säumnis der Kläger (hier i.S. von § 333 ZPO) beruhendes, sondern ein kontradiktorisches Urteil erlassen hat (vgl. BGH, Urt. v. 13. März 1986 - I ZR 27/84, ZIP 1986, 740 f.; Musielak, ZPO 5. Aufl. vor § 330 Rdn. 12), das als solches nicht mit dem Einspruch gemäß § 338 ZPO, sondern nur mit der Berufung (§ 511 ff. ZPO) anfechtbar wäre. Nach allgemeiner Auffassung dürfen die Prozessparteien dadurch, dass das Gericht seine Entscheidung in einer falschen Form verlautbart, keinen Rechtsnachteil erleiden. Ihnen steht deshalb sowohl derjenige Rechtsbehelf zu, der nach der Art der tatsächlich ergangenen Entscheidung statthaft ist, als auch dasjenige Rechtsmittel, das bei einer in der richtigen Form erlassenen Entscheidung zulässig wäre (Grundsatz der "Meistbegünstigung"; vgl. BGHZ 40, 265, 267 BGH, Beschl. v. 3. November 1998 - VI ZB 29/98, NJW 1999, 583 f.; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO 28. Aufl. vor § 511 Rdn. 8 f.). Dementsprechend war hier der von den Klägern eingelegte Einspruch statthaft (§ 338 ZPO); er führte dazu, dass der Prozess in die Lage vor der Säumnis zurückversetzt wurde und sonach ein etwaiges ursprüngliches Fehlen der Prozessvoraussetzungen des § 146 Abs. 1, 4 KO durch erneute, trotz § 138 KO jederzeit mögliche Anmeldung zur Konkurstabelle mit geändertem Inhalt (vgl. § 142 KO; BGH, Urt. v. 5. Juli 2007 aaO Tz. 14) nachträglich behoben werden konnte, die ursprüngliche Klage also damit zulässig wurde. Richtigerweise hätte deshalb das Landgericht in seinem instanzabschließenden Urteil das Versäumnisurteil gemäß § 343 ZPO nicht aufrechterhalten dürfen, sondern aufheben müssen (vgl. Thomas/Putzo/Reichold aaO § 343 Rdn. 2). In diesem Sinne hat das Berufungsgericht auf die Berufung der Kläger im Ergebnis zutreffend entschieden und zu

Recht darauf hingewiesen, dass die Kläger schon geraume Zeit vor dem Prüfungstermin (§ 141 KO) und vor Erhebung der Klage mit Schreiben an den Beklagten und an das Konkursgericht vom 31. Juli 2003 zum Ausdruck gebracht haben, dass sie nach Ablehnung ihres Erfüllungsanspruchs aus § 305 Abs. 1 Satz 1 AktG durch den Beklagten nunmehr Schadensersatzansprüche zur Konkurstabelle anmelden.

12 2. Entgegen der Ansicht der Revision scheitern die mit der Klage geltend gemachten Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung nicht schon daran, dass die Kläger ihr "Andienungsrecht" i.S. von § 305 Abs. 1 Satz 1 AktG erst nach Beendigung des Spruchstellenverfahrens (§ 306 a.F. AktG) im Jahr 2003 in dem - bereits 1996 eröffneten - Konkurs der Gemeinschuldnerin ausgeübt haben. Daraus folgt nicht, dass es sich um erst nach Konkurseröffnung "begründete" Forderungen handelt, die gemäß § 3 KO im Konkurs unberücksichtigt zu bleiben hätten.

13 a) Eine Forderung ist als Konkursforderung zu berücksichtigen, wenn der Rechtsgrund für ihre Entstehung zur Zeit der Konkurseröffnung bereits gelegt war, mag sie auch noch nicht fällig sein (vgl. BGHZ 72, 263, 265 f.; Kilger/K. Schmidt aaO § 3 KO Anm. 4). Rechtsgrund für die Entstehung eines Abfindungsanspruchs gemäß § 305 AktG ist der betreffende - hier bereits im Jahr 1988 abgeschlossene - Unternehmensvertrag, in dem sich das herrschende Unternehmen verpflichtet, auf Verlangen eines außenstehenden Aktionärs der beherrschten Gesellschaft dessen Aktien gegen Zahlung der angemessenen, gerichtlicher Kontrolle im Spruchverfahren unterliegenden Abfindung zu erwerben. Gleichgültig, ob es sich insoweit um ein vertragliches Schuldverhältnis nach Art eines berechtigenden Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 BGB) oder um ein primär gesetzliches Schuldverhältnis handelt (vgl. dazu BGHZ 135, 374, 380; 147, 108, 112; 167, 299, 306 Tz. 27), entsteht die genannte Erwerbsver-

pflichtung gegenüber den außenstehenden Aktionären dem Grunde nach jedenfalls mit Wirksamwerden des Unternehmensvertrages (§ 294 Abs. 2 AktG; vgl. Großkomm.z.AktG/Hasselbach/Hirte 4. Aufl. § 304 Rdn. 41; zwischen Anspruchsentstehung, Ausübung und Fälligkeit differenzierend Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht 5. Aufl. § 305 Rdn. 29; Spindler/Stilz/Veil, AktG § 305 Rdn. 17). Soweit im Schrifttum ausgeführt wird, der Anspruch "entstehe" erst mit dem "Verlangen" des betreffenden Aktionärs (vgl. MünchKommAktG/Bilda 2. Aufl. § 305 Rdn. 9; Hüffer, AktG 7. Aufl. § 305 Rdn. 7; Kölner Komm.z.AktG/Koppensteiner 3. Aufl. § 305 Rdn. 16), betrifft das nicht den konkursrechtlichen Aspekt. In dieser Hinsicht können z.B. auch aufschiebend bedingte Forderungen - einschließlich solcher aus § 328 Abs. 1 BGB (vgl. dazu Jaeger/Henckel KO 9. Aufl. § 3 Rdn. 41) - zu den Konkursforderungen (§ 3 KO) gehören, wie sich aus § 67 KO ergibt.

14 aa) Das gilt jedenfalls dann, wenn der Dritte bereits vorkonkurslich eine unwiderrufliche Anwartschaft erworben hat (vgl. Jaeger/Weber, KO 8. Aufl. § 3 Rdn. 45). Eine entsprechende Situation war im vorliegenden Fall gegeben, weil es den Parteien des Unternehmensvertrages nach Einleitung eines Spruchverfahrens (wie hier im Jahr 1988) bis zum Ablauf der Frist für die Geltendmachung des Abfindungsanspruchs gemäß § 305 Abs. 4 Satz 3 AktG von Gesetzes und Verfassung wegen nicht freigestellt ist, den noch nicht ausgeübten, gemäß Art. 14 Abs. 1 GG besonders geschützten Abfindungsanspruch des außenstehenden Aktionärs durch Aufhebung des Unternehmensvertrages zu beseitigen (vgl. BGHZ 135, 374, 377 ff.; 147, 108, 112; 167, 299, 304 Tz. 13; BVerfG, AG 1999, 217; AG 1999, 218; ZIP 1999, 532). In einem solchen Fall bleibt der Abfindungsanspruch gemäß § 305 Abs. 1 AktG zugunsten der bei Aufhebung des Unternehmensvertrages vorhandenen außenstehenden Aktionäre, deren Dispositionsfreiheit im Hinblick auf die ihnen nicht anzulastende

Dauer des Spruchverfahrens Schutz gebührt, bis zur Entscheidung des Spruchgerichts bestehen (vgl. BGHZ 167 aaO).

15 bb) Da der Abfindungsanspruch nach Einleitung eines Spruchverfahrens ebenso wie bei Fehlen einer Abfindungsregelung in dem Unternehmensvertrag (vgl. § 305 Abs. 5 Satz 2 AktG) kraft Gesetzes gewährt wird (BGHZ 135, 374, 380), kommt es hier nicht darauf an, ob das nach verbreiteter Auffassung in dem Unternehmensvertrag enthaltene Abfindungs- bzw. Erwerbsangebot des herrschenden Unternehmens (vgl. Kölner Komm.z.AktG/Koppensteiner 3. Aufl. § 305 Rdn. 12; MünchKommAktG/Bilda 2. Aufl. § 305 Rdn. 9; K. Schmidt/Lutter/ Stephan, AktG § 305 Rdn. 10, 24; Emmerich aaO § 305 Rdn. 25) nach Insolvenz- bzw. Konkurseröffnung über dessen Vermögen noch mit Wirkung für die Insolvenzmasse (hier § 3 KO) angenommen werden könnte (vgl. dagegen allgemein zur konkursrechtlichen Behandlung eines Vertragsangebots BGHZ 149, 1, 4 f.; Jaeger/Henckel aaO § 7 Rdn. 40 f.; Staudinger/Bork, BGB 13. Aufl. § 153 Rdn. 14). Im Übrigen wäre auch nach § 328 Abs. 1 BGB für einen Rechtserwerb des Dritten (hier des außenstehenden Aktionärs) eine rechtsgeschäftliche Annahmeerklärung nicht erforderlich. Ihrer bedarf es auch nicht zwingend, um eine Verpflichtung des außenstehenden Aktionärs zur Hingabe seiner Aktien gegen die von ihm geforderte Abfindung zu begründen (so aber insbesondere Kölner Komm.z.AktG/Koppensteiner aaO). Denn diese Verpflichtung ist vielmehr die Folge der Ausübung seines "Andienungsrechts", dem das herrschende Unternehmen gemäß § 305 Abs. 1 AktG grundsätzlich zu entsprechen verpflichtet ist.

16 cc) Im Ergebnis verbietet sich jedenfalls aus verfassungsrechtlichen Gründen eine Handhabung des einfachen Rechts, welche dem Schutz des - durch den Unternehmensvertrag in seinen Mitgliedschaftsrechten beeinträchtigten - außenstehenden Aktionärs nicht Rechnung trägt (vgl. BGHZ 135, 374)

und ihn von einer Teilnahme am Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren des herrschenden Unternehmens völlig ausschlösse (vgl. auch BVerfG, AG 1999 aaO).

17 b) Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass das im Belieben des außenstehenden Aktionärs stehende Wahlrecht, seine Aktien dem herrschenden Unternehmen gegen Zahlung der angemessenen Abfindung "anzudienen" und damit aus der beherrschten Gesellschaft auszuscheiden (vgl. BGHZ 167, 299, 303 Tz. 11), als "Optionsrecht" angesehen werden kann (vgl. BGHZ aaO; BGHZ 135, 374, 380; Emmerich aaO § 305 Rdn. 5). Soweit die Revision unter Hinweis auf knappe Ausführungen im Schrifttum meint, Gestaltungsrechte wie ein Optionsrecht könnten keine Konkursforderungen begründen, ist daran nur so viel richtig, dass Gestaltungsrechte überhaupt keine Forderungen sind (vgl. Kilger/K. Schmidt aaO § 3 KO Anm. 2 b) und sie deshalb auch nicht gemäß § 69 KO mit einem Geldbetrag angesetzt werden können (vgl. Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 69 Rdn. 2 a.E.). Das heißt aber nicht, dass Gestaltungsrechte, zu denen z.B. auch ein vorkonkurslich erworbenes Anfechtungsrecht gemäß §§ 119, 123 BGB zu zählen wäre, bei ihrer Ausübung im Konkurs des anderen Vertragsteils keine Konkursforderungen auslösen können (vgl. dazu Jaeger/Henckel aaO § 1 Rdn. 55 und § 17 Rdn. 44).

18 c) Übt ein abfindungsberechtigter Aktionär das ihm in den hier interessierenden Fällen kraft Gesetzes zustehende Optionsrecht gemäß § 305 Abs. 1 AktG gegenüber dem herrschenden Unternehmen aus, so wird dadurch normalerweise unmittelbar dessen Erwerbsverpflichtung hinsichtlich der Aktien gegen Zahlung der angemessenen, gerichtlicher Kontrolle unterliegenden Abfindung als "Gegenleistung" ausgelöst (vgl. BGHZ 167, 299, 306 Tz. 18). Mit diesem Inhalt kann das Abfindungsrecht im Konkurs des herrschenden Unternehmens freilich nicht geltend gemacht werden, weil es auf einen Leistungsaustausch und nicht auf eine schlichte, zur Tabelle anzumeldende Geldforderung zielt (vgl.

BGH, Urt. v. 23. Oktober 2003 - IX ZR 165/02, ZIP 2003, 2379, 2381 zu 2; MünchKommInsO/Kreft 2. Aufl. § 103 Rdn. 16). Hätte es damit sein Bewenden, würde sich konsequenterweise ein laufendes Spruchverfahren mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des herrschenden Unternehmens erledigen. Das vertritt aber, soweit ersichtlich, niemand (vgl. Emmerich aaO § 11 SpruchG Rdn. 17 m.w.Nachw. und Hinweis auf fortbestehende "Kompensationsforderungen" der Antragsteller); es wäre auch kein verfassungskonformes Ergebnis (vgl. BayObLG, AG 1999, 43; vgl. auch BayObLG, AG 2001, 594 f.). Abzustellen ist vielmehr darauf, dass die Sach- und Rechtslage nach Ausübung der, wie dargelegt, vorkonkurslich erworbenen und durch den Konkurs nicht entfallenen Abfindungsoption der Situation eines beiderseits unerfüllten Vertrages gemäß § 17 KO (§ 103 InsO) entspricht. Der Konkursverwalter kann danach die ihm "angedienten" Aktien erwerben, wenn er sich davon Vorteile für die Masse verspricht. In diesem Fall entstünde eine Masseschuld gemäß § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO (vgl. BGHZ 150, 353, 359). Der Abfindungsberechtigte hat hierauf aber im Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren keinen Anspruch (vgl. BGHZ 150, 353, 359; 155, 87, 90; MünchKommInsO/Kreft aaO § 103 Rdn. 18). Lehnt der Verwalter ab, kann der Abfindungsberechtigte "eine Forderung wegen der Nichterfüllung" geltend machen (§ 26 Satz 2 KO), also statt des Leistungsaustauschs eine einseitige Schadensersatzforderung zur Tabelle anmelden (vgl. BGHZ 68, 379, 380), wie das im vorliegenden Fall geschehen ist.

19 d) Für die Bemessung des Schadensersatzes gelten die allgemeinen Grundsätze des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung (vgl. BGHZ 68 aaO; Kilger/K. Schmidt aaO § 17 Anm. 4 c m.w.Nachw. MünchKommInsO/Huber 2. Aufl. § 103 Rdn. 186 ff.). Der Ersatzanspruch ist auf das Erfüllungsinteresse gerichtet und kann abstrakt oder konkret berechnet werden (vgl. Jaeger/Henckel aaO § 17 Rn. 175). Im vorliegenden Fall haben sich die Kläger für eine konkrete Schadensberechnung entschieden, indem sie die Aktien anderweitig

verkauft haben und die Differenz zwischen dem Erlös und dem von der Gemeinschuldnerin gemäß § 305 Abs. 1 AktG geschuldeten Erwerbspreis als Schadensersatz geltend machen. Insoweit kommt es - anders als die Revision meint - nicht darauf an, welchen Wert die Aktien bei Konkurseröffnung hatten. Denn zum einen wurde der primäre Leistungsanspruch der Kläger erst mit Ausübung ihrer Abfindungsoption fällig (vgl. insoweit Jaeger/Henckel aaO § 17 Rn. 184). Zum anderen ist bei der konkreten Schadensberechnung aufgrund eines Deckungsgeschäfts der Zeitpunkt seiner Vornahme maßgebend (vgl. Palandt/Heinrichs BGB, 67. Aufl., § 281 Rn. 29).

20 e) Dem geltend gemachten Schadensersatzanspruch steht nicht entgegen, dass nach dem Senatsurteil vom 8. Mai 2006 (BGHZ 167, 299, 307 Tz. 18) die Veräußerung der Aktien des abfindungsberechtigten Aktionärs zum Erlöschen seines (originären) Abfindungsanspruchs führt (zust. BVerfG, ZIP 2007, 1055). Denn das gilt nur für den primären Abfindungsanspruch, der im Übrigen auch erst mit Einreichung der Aktien bei dem herrschenden Unternehmen fällig wird (vgl. BGHZ 155, 110, 120) und sonach den bisherigen Aktienbesitz des betreffenden Aktionärs voraussetzt. Dagegen geht es hier um einen Schadensersatzanspruch, in dessen Rahmen die Kläger von dem ihnen nach allgemeinen Grundsätzen zustehenden Recht eines Deckungsverkaufs nach erfolgloser (gem. § 305 Abs. 4 Satz 2 AktG fristgerechter) "Andienung" der Aktien (innerhalb der Frist des § 305 Abs. 4 Satz 3 AktG) Gebrauch gemacht haben.

21 3. Voraussetzung für den von den Klägern geltend gemachten Schadensersatzanspruch ist allerdings, dass ihnen ein primärer Abfindungsanspruch gemäß § 305 Abs. 1 AktG zur Zeit der "Andienung" ihrer Aktien gegenüber der Gemeinschuldnerin überhaupt zustand.

22 Dazu genügt nicht der Hinweis des Berufungsgerichts darauf, dass die Aufhebung eines Unternehmensvertrages - wie hier desjenigen zwischen der Gemeinschuldnerin und der H. AG im Jahr 1990 - nicht geeignet sei, bestehenden Abfindungsansprüchen außenstehender Aktionäre die Grundlage zu entziehen. Wie nämlich der Senat in seinem - nach Erlass des Berufungsurteils ergangenen - Urteil vom 8. Mai 2006 (BGHZ 167, 299, 303 ff. Tz. 11 bis 14) entschieden hat, hat einen Abfindungsanspruch nur derjenige außenstehende Aktionär, der seine Aktien vor Beendigung des Unternehmensvertrages erworben hat. Dafür hat er die Darlegungs- und Beweislast (Senat aaO S. 304 Tz. 14), was der Senat gemäß § 557 Abs. 3 Satz 1 ZPO auch ohne entsprechende Revisionsrüge des Beklagten zu berücksichtigen hat, weil davon die Schlüssigkeit der Klage abhängt. Die Kläger haben auf Anfrage des Senats mitgeteilt, der genaue Zeitpunkt des Aktienerwerbs sei ihnen nicht mehr erinnerlich; er liege jedenfalls vor dem 23. April 1990; der Beklagte hat dies im Revisionsverfahren nicht unstreitig gestellt. Dass dies in den Vorinstanzen unstreitig war, ist von den Klägern nicht dargetan und auch schon deshalb nicht anzunehmen, weil die Prozessparteien die genannte Problematik in den Vorinstanzen gar nicht erkannt haben. Die Kläger selbst haben sich als ehemalige Aktionäre der A. AG bezeichnet, welche ausweislich der vorgelegten Unterlagen erst längere Zeit nach 1990 unter diesem Namen firmierte. Dass der hier maßgebliche Unternehmensvertrag am 23. April 1990 aufgehoben wurde, ist entgegen den Ausführungen der Revisionserwiderung in dem erstinstanzlichen Urteil tatbestandlich festgestellt.

23 Eine Abweisung der - bisher unschlüssigen Klage - durch den Senat kommt allerdings nicht in Betracht, weil den Klägern gemäß § 139 Abs. 2 ZPO Gelegenheit gegeben werden muss, zu dem von ihnen bisher nicht erkannten Gesichtspunkt in tatsächlicher Hinsicht vorzutragen und Beweis anzutreten.

24 III. Entgegen der Ansicht der Revision ist die Sache nicht aus anderen Gründen zugunsten des Beklagten entscheidungsreif.

25 1. Zutreffend meint das Berufungsgericht, der Umstand, dass die Minderheitsaktionäre der H. AG der Aufhebung des Unternehmensvertrages zwischen ihr und der Gemeinschuldnerin durch Sonderbeschluss gemäß § 296 Abs. 2 Satz 1, § 293 Abs. 1 Satz 2, 3 AktG mit 3/4 Mehrheit - möglicherweise in der Hoffnung auf die Erzielung einer höheren Abfindung aus dem mit der M. AG zu schließenden Unternehmensvertrag - zugestimmt hätten, reiche nicht aus, etwaigen Abfindungsansprüchen der Kläger die Grundlage zu entziehen. Soweit das Bundesverfassungsgericht (z.B. AG 1999, 217 f.) ausgeführt hat, die "einseitige" Aufhebung eines Beherrschungsvertrages durch dessen Partner könne den Abfindungsansprüchen der außenstehenden Aktionäre nicht den Boden entziehen, wird zwar offenbar das Erfordernis eines Sonderbeschlusses der außenstehenden Aktionäre gemäß § 296 Abs. 2 AktG nicht gesehen. Auch ein solcher Beschluss könnte aber in die originär ad personam begründeten (BGHZ 167, 299, 306 f. Tz. 18), verfassungsrechtlich geschützten Abfindungsansprüche der nicht zustimmenden Minderheitsaktionäre nicht wirksam eingreifen. Das gilt auch dann, wenn mit der Aufhebung des einen Vertrages der Abschluss eines neuen, aus Sicht der Mehrheit der außenstehenden Aktionäre lukrativeren Unternehmensvertrages mit einem anderen Vertragsteil einhergeht, weil anderenfalls den nicht zustimmenden Minderheitsaktionären ein anderer Abfindungsschuldner und zudem ein späterer Beginn des Zinslaufs gemäß § 305 Abs. 3 Satz 3 AktG aufgedrängt würde. Dass die Kläger einer solchen Veränderung zugestimmt haben, ist nicht ersichtlich, zumal in der Hauptversammlung vom 30. Mai 1990 ein (wahlweise auszuübendes) Nebeneinander der Abfindungsansprüche aus den beiden Unternehmensverträgen in Aussicht gestellt wurde und dies der Annahme eines Verzichts auf Ansprüche aus dem "alten" Unternehmensvertrag überhaupt entgegensteht.

26 2. Entgegen der Ansicht der Revision scheitert der Ersatzanspruch der Kläger gegenüber dem Beklagten des weiteren nicht daran, dass sie ihre Aktien auch dem Konkursverwalter der M. AG "angedient" und darauf - offenbar ebenfalls im Wege des Schadensersatzes - eine Konkursquote erhalten haben.

27 a) Für den Fall, dass eine AG nach Abschluss eines Beherrschungsvertrages während eines anschließenden Spruchstellungsverfahrens in die herrschende Gesellschaft eingegliedert wird (§§ 319 ff. AktG), hat der Senat (BGHZ 147, 108) entschieden, dass die Abfindungsansprüche der außenstehenden Aktionäre aus § 305 AktG und aus § 320 b AktG nebeneinander bestehen, jedoch die auf den einen Anspruch erbrachten Leistungen auf den anderen Anspruch gegenüber demselben herrschenden Unternehmen anzurechnen sind (aaO S. 113 unten). Im vorliegenden Fall handelt es sich allerdings um zwei verschiedene Abfindungsschuldner (M. AG und Gemeinschuldnerin). Beide Unternehmensverträge berührten aber, sofern die Kläger vor Aufhebung des Unternehmensvertrages im Jahr 1990 Aktionäre der H. AG waren, ein und dieselbe Mitgliedschaft der Kläger in der H. AG, aus der sie durch Andienung ihrer Aktien im Jahr 2003 auszuscheiden wünschten. Da sie ihre Aktien bei normaler Abwicklung außerhalb des Konkurses nicht an die M. AG und die Gemeinschuldnerin zugleich gegen doppelte Abfindung hätten verkaufen können, können sie auch nicht von beiden kumulativ Schadensersatz in voller Höhe fordern. Entgegen der Ansicht der Revision sind vielmehr beide, weil und soweit sie "nebeneinander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften" (§ 68 KO), wie Gesamtschuldner (§ 421 BGB) zu behandeln. Unter der - hier gegebenen - Voraussetzung der Gleichstufigkeit der beiden Zahlungsverpflichtungen (vgl. dazu BGHZ 106, 313, 319; MünchKommBGB/Bydlinski 5. Aufl. § 421 Rdn. 12 m.w.Nachw.) steht der Annahme eines gesamtschuldartigen Verhältnisses nicht entgegen, dass die auf ein identisches Gläubigerinteresse zielenden Verpflichtungen aus verschiedenen Verträgen resultieren (vgl. BGHZ 137, 76, 82;

Palandt/Grüneberg, BGB 67. Aufl. § 421 Rdn. 10) und der Höhe nach nicht voll übereinstimmen (vgl. BGH, Urt. v. 27. März 1969 - VII ZR 165/66, NJW 1969, 1165; Palandt/Grüneberg aaO Rdn. 6). Unerheblich ist deshalb in diesem Zusammenhang, dass die mündlichen Zusagen der Verwaltungsorgane der Gemeinschuldnerin, die Abfindung aus dem von ihr abgeschlossenen Unternehmensvertrag an das Ergebnis des die Abfindung aus dem Vertrag H. AG/M. AG betreffenden Spruchstellenverfahrens anzupassen, gemäß §§ 293 Abs. 1, 3, 294 AktG formunwirksam waren, wie das Berufungsgericht insoweit zutreffend und von den Parteien in der Revisionsinstanz unangefochten ausführt. Das hindert die Annahme einer "Gesamtschuld" im Sinne von § 68 KO, soweit sich die Abfindungs- und Zinsansprüche der Kläger aus den beiden Unternehmensverträgen decken, nicht (vgl. die zuletzt genannten Nachweise). Davon geht auch das Berufungsgericht im Ansatz noch zutreffend aus.

28 b) Fehl geht es allerdings, soweit das Berufungsgericht die von den Klägern im Konkurs der M. AG erzielten Quotenbeträge auf die im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemachten Ansprüche anrechnet bzw. von diesen in Abzug bringt. Es übersieht dabei § 68 KO. Danach kann der Gläubiger, dem mehrere Personen bis zu einem bestimmten Betrag nebeneinander haften, in den Konkursverfahren eines jeden von ihnen seine Forderung bis zur vollen Befriedigung in Höhe des genannten Betrages geltend machen. Das gilt auch bei einer unechten Gesamtschuld ohne eine innere Verbundenheit der Verpflichtungen durch einheitlichen Vertrag (vgl. BGHZ 117, 127, 132; Kilger/K. Schmidt aaO § 68 Anm. 2). Die von dem Berufungsgericht gewählte und von dem Beklagten in der Revisionsinstanz verteidigte "Anrechnungslösung" überließe es dem Zufall, welcher von beiden Konkursverwaltern zuerst zahlt. Im Ergebnis beschwert der Rechtsfehler des Berufungsgerichts aber nicht den Beklagten, sondern die Kläger (vgl. unten B II 2).

29 3. Zu Recht beanstandet die Revision indessen, dass das Berufungsgericht die von den Klägern aus dem Deckungsverkauf ihrer Aktien erzielten Erlöse allein auf die - ihnen für den Zeitraum bis zur Konkurseröffnung im Jahr 1996 zugebilligten - Abfindungszinsen (§ 305 Abs. 3 Satz 3 AktG) angerechnet hat. Denn der Erlös aus dem Börsenverkauf der Aktien ist keine zur Anwendbarkeit des § 367 BGB führende Leistung eines Dritten (§ 267 BGB) auf die Forderungen der Kläger gegenüber der Gemeinschuldnerin. Vielmehr gilt insoweit der schadensersatzrechtliche Grundsatz der Kongruenz, nach dem ein schadensmindernder Vorteil, hier der Erlös aus dem Deckungsgeschäft, auf diejenige Schadensposition anzurechnen ist, der er sachlich entspricht (vgl. BGH, Urt. v. 9. Dezember 1978 - VI ZR 218/76, NJW 1979, 760). Der Erlös aus dem Aktienverkauf tritt an die Stelle der Aktien, für welche normalerweise die Abfindung gemäß § 305 Abs. 1 AktG zu gewähren wäre. Er ist deshalb auf den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Abfindungsanspruchs und nicht etwa auf die Abfindungszinsen anzurechnen. Die den Klägern für den Zeitraum bis zur Konkurseröffnung zustehenden Abfindungszinsen sind aber aus dem vollen Abfindungsbetrag zu berechnen, weil der Verkaufserlös erst sehr viel später (im Jahr 2003) erzielt wurde.

30 4. Ohne Erfolg bleibt dagegen die - wiederum nur die Höhe etwaiger Schadensersatzanspruche der Kläger betreffende - Revisionsrüge, das Berufungsgericht habe den Wertverlust außer Acht gelassen, den die Aktien der Kläger seit der Beendigung des Unternehmensvertrages im Jahr 1990 bis zur "Andienung" der Aktien gegenüber dem Beklagten im April 2003 erlitten hätten. Die Annahme der Revision, das Risiko eines Wertverlustes der Aktien bei jahrelangem Zuwarten des Aktionärs bis zur Geltendmachung seines Abfindungsanspruchs müsse in seinen Risikobereich fallen (vgl. dazu Altmeppen, FS Ulmer, 2003, S. 3, 8 ff.) mag rechtspolitisch diskutabel sein, widerspricht aber dem Stichtagsprinzip des § 305 Abs. 3 Satz 2 AktG. Denn danach bemisst sich der

Abfindungsanspruch nach dem Aktienwert zur Zeit des dem Unternehmensvertrag zustimmenden Hauptversammlungsbeschlusses (§ 293 AktG) und ist auch von da an zu verzinsen. Zudem widerspricht jene Annahme dem durch das Bundesverfassungsgericht bestätigten Grundsatz, dass dem außenstehenden Aktionär ein Zuwarten bis zum Abschluss eines Spruchverfahrens nicht verwehrt werden kann. Die Folgen einer inzwischen eingetreten Wertminderung seiner Aktien trägt nur der abfindungsberechtigte Aktionär, der seinen Abfindungsanspruch nicht innerhalb der Frist des § 305 Abs. 4 AktG geltend macht (vgl. auch BVerfG, ZIP 2007, 1055 f. zu b). Diese Frist wurde von den Klägern eingehalten.

31 Nach allem bleibt es dabei, dass dem Senat eine abschließende Entscheidung über die Revision des Beklagten wegen noch erforderlicher tatrichterlicher Feststellungen zum Anspruchsgrund nicht möglich und die Sache deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist.

32 B. Revision der Kläger

33 I. Die Revision nimmt das Berufungsurteil hin, soweit es die Höhe der Abfindungsansprüche der Kläger (§ 305 Abs. 1 AktG) nach dem im Spruchverfahren H. AG/Gemeinschuldnerin festgesetzten Betrag (554,78 DM pro 50,00 DM-Aktie) bemisst. Das Rechtsmittel richtet sich vielmehr dagegen, dass das Berufungsgericht den Klägern Ansprüche auf Abfindungszinsen (§ 305 Abs. 3 Satz 3 AktG) für die Zeit ab Konkurseröffnung aberkannt und die von den Klägern im Konkursverfahren der M. AG erzielten Quotenzahlungen auf die verbleibenden Klageforderungen angerechnet hat, bzw. von diesen in Abzug gebracht hat.

34 Die Revision ist mit diesem Ziel gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statthaft. Das Berufungsgericht hat die Zulassung der Revision nicht ausdrücklich beschränkt und sie u.a. zur Klärung der Frage zugelassen, "ob Zinsen nach § 305 Abs. 3 Satz 3 AktG auch über die Eröffnung des Konkursverfahrens des herrschenden Unternehmens hinaus (als Konkursforderung oder zumindest zur Verrechnung mit Verkaufserlösen oder Schadensersatzleistungen durch weitere Gesamtschuldner) geltend gemacht werden können". Das erfasst neben dem Zinsanspruch auch die Anrechnungsfrage, die überdies einer Zulassungsbeschränkung gar nicht zugänglich wäre, weil es sich insoweit nicht um eine Aufrechnung, sondern um eine Frage der Schadensberechnung handelt, und die Zulassung der Revision auf einzelne Rechtsfragen nicht beschränkt werden kann. Die nur vorsorglich für den Fall der Annahme einer Zulassungsbeschränkung eingelegten Rechtsbehelfe der Anschlussrevision und der Nichtzulassungsbeschwerde kommen deshalb nicht zum Zuge.

35 II. Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung, soweit das Berufungsgericht die von den Klägern im Konkursverfahren der M. AG erzielten Quotenzahlungen auf die Klageforderungen "angerechnet" hat. Im Übrigen ist die Revision unbegründet.

36 1. Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht, wenn auch mit unrichtiger Begründung, den Klägern Ansprüche auf Abfindungszinsen (§ 305 Abs. 3 Satz 3 AktG) für den Zeitraum ab Konkurseröffnung über das Vermögen der Gemeinschuldnerin aberkannt.

37 a) Anders als das Berufungsgericht meint, lässt sich zwar ein Wegfall der Verzinsungspflicht gemäß § 305 Abs. 3 Satz 3 AktG nicht darauf stützen, dass mit Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des herrschenden Unternehmens der Unternehmensvertrag beendet werde und damit der in die

Herrschafts- und Vermögensrechte der außenstehende Aktionäre eingreifende Zustand wegfalle. Abgesehen davon, dass der hier maßgebliche Unternehmensvertrag aus dem Jahr 1988 nicht erst mit Konkurseröffnung, sondern bereits mit seiner unstreitigen Aufhebung im Jahr 1990 beendet worden ist, ließe sich mit der Begründung des Berufungsgerichts allenfalls ein Wegfall der Ausgleichspflicht gemäß § 304 AktG rechtfertigen (vgl. dazu Kölner-Komm.z.AktG/Koppensteiner aaO § 304 Rn. 12 m.w.N.). Das Berufungsgericht missversteht insoweit das Senatsurteil vom 16. September 2002 (BGHZ 152, 29). Die Verzinsungspflicht gemäß § 305 Abs. 3 Satz 3 AktG ist - anders als der Ausgleich gemäß § 304 AktG - keine Kompensation für den mit dem Unternehmensvertrag einhergehenden Eingriff in die Mitgliedschaftsrechte der außenstehenden Aktionäre, sondern soll - als Annex der Barabfindungspflicht gemäß § 305 AktG - in erster Linie Verzögerungen des Spruchverfahrens von Seiten des Abfindungsschuldners entgegenwirken (BGHZ 152, 29, 31; BT-Drucks. 12/6699 S. 88). Dieser Zweck entfällt allerdings mit der Insolvenzeröffnung, weil dann etwaige Verzögerungen der Abfindungsleistung und ein etwaiger Verfall des Anspruchswertes in erster Linie mit der Insolvenz zusammenhängen.

38 b) Unabhängig davon sind jedenfalls ab Konkurseröffnung entstehende Zinsansprüche gemäß § 63 Nr. 1 KO ohnehin von der Geltendmachung im Konkurs ausgeschlossen. Für Zinsansprüche nach § 305 Abs. 3 Satz 3 AktG gilt nichts anderes. Insoweit verwirklicht sich für den Abfindungsberechtigten lediglich das allgemeine Risiko jedes Konkursgläubigers. Die Abfindungs- und Verzinsungsansprüche nach § 305 AktG sind insolvenzrechtlich nicht privilegiert, sondern stellen gewöhnliche schuldrechtliche Forderungen dar (vgl. BGHZ 167, 299, 306). Das Fehlen eines besonderen Insolvenzschutzes abfindungsberechtiger Aktionäre hat das Bundesverfassungsgericht auch in anderem Zusammenhang nicht beanstandet (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 25. Oktober 2005 - II ZR 327/03, ZIP 2005, 2107 f. zu 3; OLG Köln, GmbHR

2002, 94). Die außenstehenden Aktionäre dürfen im Konkurs des herrschenden Unternehmens zwar nicht schlechter, müssen aber auch nicht besser gestellt werden als andere Konkursgläubiger. Das geschieht, indem ihnen die Umwandlung ihres im Konkurs des herrschenden Unternehmens nicht durchsetzbaren Erwerbsverlangens (§ 305 Abs. 1 AktG) in einen zur Tabelle anzumeldenden Schadensersatzanspruch ermöglicht wird.

39 2. Was die von dem Berufungsgericht vorgenommene und von der Revision angegriffene "Anrechnung" der von den Klägern im Konkursverfahren der M. AG erzielten Quote auf die bis zur Konkurseröffnung über das Vermögen der Gemeinschuldnerin aufgelaufenen Zinsansprüche der Kläger (§ 305 Abs. 3 Satz 3 AktG) anbetrifft, so geht es zwar fehl, wenn die Revision meint, die Anrechnung sei auf diejenigen Zinsansprüche zu erstrecken, welche gemäß § 63 Nr. 1 KO im Konkurs nicht geltend gemacht werden könnten, aber gleichwohl entstanden seien (unter Hinweis auf BGHZ 134, 195, 198). Mit den Rechten eines absonderungsberechtigten oder sonst dinglich gesicherten Gläubigers (dazu BGHZ aaO) hat der vorliegende Fall keinen Zusammenhang. Im Ergebnis kommt es aber hierauf für einen Erfolg der Revision in diesem Punkt aus Rechtsgründen gar nicht an (§ 557 Abs. 3 Satz 1 ZPO), weil die von ihr bekämpfte Anrechnung schon wegen § 68 KO zu unterbleiben hat. Auf die entsprechenden Ausführungen zur Revision des Beklagten (oben A III 2) wird verwiesen.

40 Soweit die Kläger darüber hinaus in ihrer Revisionsbegründung ausführen, die Frage einer Anrechnung auf die nach Konkurseröffnung entstandenen Zinsansprüche stelle sich auch hinsichtlich des von dem Berufungsgericht auf vorkonkursliche Zinsen angerechneten Erlöses aus dem Aktienverkauf, fehlt es schon an einem entsprechenden Revisionsantrag. Davon abgesehen ist insoweit auf die obigen Ausführungen (zu A III 3) zu verweisen.

41 Da der Erfolg der Revision der Kläger, soweit sie im Hinblick auf § 68 KO begründet ist, von den noch erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen zum Anspruchsgrund abhängt (vgl. oben A II 3), ist die Sache in dem genannten Punkt nicht entscheidungsreif und daher auch insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Streitwert:

vorinstanzliche Urteilssumme 378.874,32 €	
40 % erwartete Quote	151.549,72 €
Revision der Kläger	87.542,60 €
Summe	239.092,32 €

Goette Kraemer Strohn

Caliebe Reichart

Vorinstanzen:
LG Bayreuth, Entscheidung vom 17.06.2005 - 32 O 673/04 -
OLG Bamberg, Entscheidung vom 30.12.2005 - 1 U 149/05 -