BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 314/14

Verkündet am:
9. Juni 2016
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

InsO §§ 104, 119

Treffen Parteien von Aktienoptionsgeschäften, die dem deutschen Recht unterliegen, für den Fall der Insolvenz einer Partei eine Abrechnungsvereinbarung, die § 104 InsO widerspricht, ist diese insoweit unwirksam und die Regelung des § 104 InsO unmittelbar anwendbar.

BGH, Urteil vom 9. Juni 2016 - IX ZR 314/14 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

ECLI:DE:BGH:2016:090616UIXZR314.14.0

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, den Richter Vill, die Richterin Lohmann, den Richter Dr. Pape und die Richterin Möhring

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerinnen wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 5. Dezember 2013 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerinnen erkannt worden ist.

Die Anschlussrevision der Beklagten wird zurückgewiesen.

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

Der Streitwert des Revisionsverfahrens wird auf 30.000.000 € festgesetzt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten nach dem Eintritt der Insolvenz der Beklagten um Ansprüche aus zuvor geschlossenen Optionsgeschäften.

2 Die Klägerin zu 1 ist eine gemeinnützige Stiftung in der Rechtsform einer GmbH. Ihr Vermögen besteht im Wesentlichen aus SAP-Aktien. Die Klägerin zu 2 ist eine Kommanditgesellschaft, deren Gegenstand das Halten und Verwalten von Vermögen ist. Ihr Vermögen besteht unter anderem aus SAP-Aktien. Die Beklagte hat ihren Sitz in London. Sie ist eine Handelsgesellschaft englischen und walisischen Rechts und gehört zu der aus der Finanzkrise 2008 bekannten Lehman-Gruppe.

3 Am 26. Oktober 2005 schloss die Beklagte mit beiden Klägerinnen telefonisch je vier inhaltsgleiche Optionsgeschäfte (Serien A-D) in Bezug auf SAP-Aktien ab. Dabei räumten die Klägerinnen der Beklagten Kaufoptionen für SAP-Aktien dergestalt ein, dass die Beklagte das Recht hatte, zu einem bestimmten Stichtag eine bestimmte Anzahl von SAP-Aktien zu einem bestimmten Kaufpreis (Ausübungspreis) zu erwerben. Nach den von den Parteien unterzeichneten Bestätigungsschreiben vom 19. Dezember 2005 sollten die Optionen als ausgeübt gelten, wenn der Börsenkurs der Aktien am Stichtag höher oder gleich dem vereinbarten Ausübungspreis sein würde. Anderenfalls sollten die Optionen verfallen.

4 Die Optionsgeschäfte wurden in der Folgezeit mehrfach durch Nachtragsvereinbarungen in Bezug auf die Zahl der veroptionierten SAP-Aktien, den Optionspreis und den Stichtag geändert.

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

5 Den Einzelabschlüssen lag unter anderem der "Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte" (im Folgenden: Rahmenvertrag) zugrunde. Dieser beruht auf dem vom Bundesverband Deutscher Banken publizierten Muster "Deutscher Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte".

6 Aufgrund eines mit den Klägerinnen jeweils abgeschlossenen "Security Agreement" verfügt die Beklagte über SAP-Aktien, die die Klägerinnen ihr als Sicherheit für ihre Optionsverbindlichkeiten in Verwahrung gegeben und verpfändet haben.

7 Am 15. September 2008 stellten die Direktoren der Beklagten in Bezug auf deren Vermögen beim zuständigen High Court of Justice in London Antrag auf eine "administration" nach englischem Insolvenzrecht. Dieses Verfahren wurde noch am selben Tag eröffnet.

8 Zu diesem Zeitpunkt war zwischen der Beklagten einerseits und den Klägerinnen andererseits noch jeweils ein Optionsgeschäft der Serie C mit Ausübungsstichtag 18. Dezember 2009 über jeweils 2 Millionen SAP-Aktien zu einem Kaufpreis in Höhe von 36,10 € je Aktie offen. Der Schlusskurs der SAP-Aktie belief sich am 15. September 2008 auf 38,15 €. Am 18. Dezember 2009, dem vorgesehenen Stichtag, betrug der Schlusskurs 32,205 €.

9 Die Parteien streiten darüber, welche Auswirkungen die Insolvenz der Beklagten vor dem Hintergrund insbesondere der in den Nrn. 3, 7, 8 und 9 des Rahmenvertrags enthaltenen Regelungen hat.

10 Diese Regelungen lauten auszugsweise wie folgt:

"**3. Zahlungen und sonstige Leistungen**

...

(4) Zahlt eine Partei nicht rechtzeitig, so werden bis zum Zeitpunkt des Eingangs der Zahlung des fälligen Betrags Zinsen hierauf zu dem Satz berechnet, der um den in Nr. 12 Abs. 3 festgelegten Zinszuschlag über dem Zinssatz liegt, den erstklassige Banken für jeden Tag, für den diese Zinsen zu berechnen sind, untereinander für täglich fällige Einlagen am Zahlungsort in der Währung des fälligen Betrages berechnen. ...

..."

"**7. Beendigung**

(1) Sofern Einzelabschlüsse getätigt und noch nicht vollständig abgewickelt sind, ist der Vertrag nur aus wichtigem Grund kündbar. ...

(2) Der Vertrag endet ohne Kündigung im Insolvenzfall. Dieser ist gegeben, wenn das Konkurs- oder ein sonstiges Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Partei beantragt wird und diese Partei entweder den Antrag selbst gestellt hat oder zahlungsunfähig oder sonst in einer Lage ist, die die Eröffnung eines solchen Verfahrens rechtfertigt.

(3) Im Fall der Beendigung durch Kündigung oder Insolvenz (nachstehend "Beendigung" genannt) ist keine Partei mehr zu Zahlungen oder sonstigen Leistungen nach Nr. 3 Abs. 1 verpflichtet, die gleichtägig oder später fällig geworden wären; an die Stelle dieser Verpflichtungen treten Ausgleichsforderungen nach Nrn. 8 und 9."

"**8. Schadensersatz und Vorteilsausgleich**

(1) Im Fall der Beendigung steht der kündigenden bzw. der solventen Partei (nachstehend "ersatzberechtigte Partei" genannt) ein Anspruch auf Schadensersatz zu. Der Schaden wird auf der Grundlage von unverzüglich abzuschließenden Ersatzgeschäften ermittelt, die dazu führen, dass die ersatzberechtigte Partei alle Zahlungen und sonstigen Leistungen erhält, die ihr bei ordnungsgemäßer Vertragsabwicklung zugestanden hätten. Sie ist berechtigt, nach ihrer Auffassung dazu geeignete Verträge abzuschließen. Wenn sie von dem Abschluss derartiger Ersatzgeschäfte absieht, kann sie denjenigen Betrag der Schadensberechnung zugrunde legen, den sie für solche Ersatzgeschäfte auf der Grundlage von Zinssätzen, Terminsätzen, Kursen, Marktpreisen, Indices und sonstigen Wertmessern sowie Kosten und Auslagen zum Zeitpunkt der Kündigung bzw. der Kenntniserlangung von dem Insolvenzfall hätte aufwenden müssen. Der Schaden wird unter Berücksichtigung aller Einzelab-

schlüsse berechnet; ein finanzieller Vorteil, der sich aus der Beendigung von Einzelabschlüssen (einschließlich solcher, aus denen die ersatzberechtigte Partei bereits alle Zahlungen oder sonstigen Leistungen der anderen Partei erhalten hat) ergibt, wird als Minderung des im Übrigen ermittelten Schadens berücksichtigt.

(2) Erlangt die ersatzberechtigte Partei aus der Beendigung von Einzelabschlüssen insgesamt einen finanziellen Vorteil, so schuldet sie vorbehaltlich Nr. 9 Abs. 2 und, falls vereinbart, Nr. 12 Abs. 4 der anderen Partei einen Betrag in Höhe dieses ihres Vorteils, höchstens jedoch in Höhe des Schadens der anderen Partei. Bei der Berechnung des finanziellen Vorteils finden die Grundsätze des Absatzes 1 über die Schadensberechnung entsprechende Anwendung."

"9. Abschlusszahlung

(1) Rückständige Beträge und sonstige Leistungen und der zu leistende Schadensersatz werden von der ersatzberechtigten Partei zu einer einheitlichen Ausgleichsforderung in Euro zusammengefasst, wobei für rückständige sonstige Leistungen entsprechend Nr. 8 Abs. 1 Sätze 2 bis 4 ein Gegenwert in Euro ermittelt wird.

(2) Eine Ausgleichsforderung gegen die ersatzberechtigte Partei wird nur fällig, soweit diese keine Ansprüche aus irgendeinem rechtlichen Grund gegen die andere Partei ("Gegenansprüche") hat. Bestehen Gegenansprüche, so ist deren Wert zur Ermittlung des fälligen Teils der Ausgleichsforderung vom Gesamtbetrag der Ausgleichsforderung abzuziehen. Zur Berechnung des Werts der Gegenansprüche hat die ersatzberechtigte Partei diese, (i) soweit sie sich nicht auf Euro beziehen, zu einem nach Möglichkeit auf der Grundlage des am Berechnungstag geltenden, amtlichen Devisenkurses zu bestimmenden Brief-Kurs in Euro umzurechnen, (ii) soweit sie sich nicht auf Geldzahlungen beziehen, in eine in Euro ausgedrückte Schadensersatzforderung umzuwandeln und (iii) soweit sie nicht fällig sind, mit ihrem Barwert (unter Berücksichtigung auch der Zinsansprüche) zu berücksichtigen. Die ersatzberechtigte Partei kann die Ausgleichsforderung der anderen Partei gegen die nach Satz 3 errechneten Gegenansprüche aufrechnen. Soweit sie dies unterlässt, wird die Ausgleichsforderung fällig, sobald und soweit ihr keine Gegenansprüche mehr gegenüberstehen."

11 Die Beklagte errechnet auf der Basis von Nr. 8 und 9 des Rahmenvertrags für sich einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 12,974 Mio. € je streitgegenständlichem Optionsgeschäft und verweigerte vor diesem Hintergrund die Herausgabe der verpfändeten Aktien. Sie argumentiert damit, dass der Marktwert der Optionsgeschäfte im Zeitpunkt der Insolvenz bei je 12,974 Mio. € gelegen habe. In dieser Höhe sei den Klägerinnen durch die Befreiung von dem Optionsgeschäft ein finanzieller Vorteil und ihr, der Beklagten, ein Schaden entstanden, den die Klägerinnen ausgleichen müssten.

12 Die Klägerinnen haben zunächst auf Feststellung geklagt, dass der Beklagten gegen sie kein Zahlungsanspruch aus Nrn. 8 und 9 des Rahmenvertrags zustehe. Nachdem die Beklagte Widerklage auf Leistung (Zug um Zug gegen Übertragung der verpfändeten Aktien) zuzüglich vertraglich geschuldeter Zinsen für den Zeitraum vom 16. September 2008 bis zum 9. August 2010 erhoben hatte, haben die Klägerinnen die Feststellungsklage in der Hauptsache einseitig für erledigt erklärt. Die Klägerinnen haben gegen die Widerklageforderung hilfsweise die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte wegen fehlerhafter Beratung im Hinblick auf die streitgegenständlichen Optionsgeschäfte erklärt. Die Beklagte hat diesbezüglich die Einrede der Verjährung erhoben.

13 Das Landgericht hat festgestellt, dass die Klage in der Hauptsache erledigt ist. Die Widerklage hat es abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das Urteil des Landgerichts im Hinblick auf die Widerklage abgeändert und dieser bis auf einen kleinen Teil der geltend gemachten Hauptforderung und das Zinsbegehren stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Klägerinnen ihre Widerklageabwei-

sungsanträge weiter. Mit der Anschlussrevision verfolgt die Beklagte ihr Zinsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

14 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Anschlussrevision ist unbegründet.

I.

15 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, ausgeführt:

16 Der Beklagten stehe gemäß Nr. 9 Abs. 1 in Verbindung mit Nr. 8 Abs. 2 des Rahmenvertrags gegen jede Klägerin ein Ausgleichsanspruch in Höhe von 12.862.000 € zu.

17 Infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ("administration") über das Vermögen der Beklagten sei gemäß Nr. 7 Abs. 3 des Rahmenvertrags keine Partei mehr zu Zahlungen oder sonstigen Leistungen aus dem Rahmenvertrag und den Optionsgeschäften verpflichtet, die gleichtägig oder später fällig geworden wären. An deren Stelle träten Ausgleichsforderungen nach Nr. 8 und Nr. 9 des Rahmenvertrags. Dabei schulde die solvente Partei nach Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 des Rahmenvertrags der insolventen Partei einen Betrag in der Höhe, in der die solvente Partei aus der gemäß Nr. 7 Abs. 2 des Rahmenvertrags auto-

matisch eingetretenen Beendigung der Einzelverträge insgesamt einen finanziellen Vorteil erlangt habe, höchstens jedoch in Höhe des Schadens der insolventen Partei.

18 Die Klägerinnen hätten aus der vorzeitigen Beendigung der Optionsgeschäfte insgesamt einen finanziellen Vorteil in Höhe von je 12.862.000 € erlangt. Da sie Ersatzgeschäfte nicht getätigt hätten, sei bei der Berechnung des Vorteils gemäß Nr. 8 Abs. 2 Satz 4 in Verbindung mit Nr. 8 Abs. 1 des Rahmenvertrags auf hypothetische Ersatzgeschäfte abzustellen.

19 Die Klägerinnen hätten durch solche Ersatzgeschäfte einen finanziellen Vorteil von 25,5 bis 30 Mio. € erhalten können. Dies sei der Wert der Leistungsansprüche eines Optionsinhabers gegenüber den Klägerinnen im Zeitpunkt der Beendigung der Optionen am 15. September 2008. Die Klägerinnen seien in einem Anwaltsschreiben vom 17. April 2009 selbst von einem Betrag von 25,5 Mio. € ausgegangen, und eine von der Beklagten eingeholte Bewertung durch die w. GmbH & Co. KG habe 25,948 Mio. € ergeben. Nach dem klaren Wortlaut von Nr. 8 Abs. 2 in Verbindung mit Nr. 8 Abs. 1 des Rahmenvertrags komme es auf den weiteren Verlauf des Werts der Optionen oder den ursprünglich vorgesehenen Ausübungsstichtag nicht an.

20 Der Begriff des "Absehens" von Ersatzgeschäften im Sinne von Nr. 8 Abs. 1 Satz 4 des Rahmenvertrags setze keinen freiwilligen Verzicht voraus. Es sei nicht zu erkennen, dass den Klägerinnen ein Ersatzgeschäft unmöglich gewesen wäre. Gehe man davon aus, dass sie es genauso hätten besichern müssen wie das mit der Beklagten geschlossene Geschäft, hätten sie 4 Mio. SAP-Aktien vorhalten müssen. Die Klägerinnen hätten nicht vorgetragen, dass ihnen der Erwerb von 4 Mio. SAP-Aktien, der sie nach eigenen Angaben

152,6 Mio. € gekostet hätte, aus finanziellen Gründen nicht möglich gewesen wäre. Zudem sei anzunehmen, dass die Klägerinnen weitere 4 Mio. SAP-Aktien besessen hätten und hätten einsetzen können. Insofern stelle sich eher die Frage nach der Zumutbarkeit der Durchführung von Ersatzgeschäften, die aber im Rahmen der Nr. 8 des Rahmenvertrags nicht zu berücksichtigen sei.

21 Irrelevant sei, dass die Klägerinnen zum Zeitpunkt der Insolvenz nicht zu einer Lieferung von Aktien verpflichtet gewesen seien. Die potenzielle Verpflichtung zur Lieferung am Ausübungsstichtag habe nämlich im Zeitpunkt der Insolvenz einen negativen Wert besessen.

22 Für die Berechnung des Vorteils sei es unerheblich, dass die Optionen nicht handelbar gewesen seien. Auch im Rahmen des § 104 InsO sei der Begriff des "Markt- und Börsenpreises" weit auszulegen, weshalb es nicht auf die Frage der Handelbarkeit, sondern auf die Möglichkeit, objektiv einen Preis feststellen zu können, ankomme. Dies sei angesichts der von beiden Parteien vorgelegten Bewertungen möglich. Nach § 287 ZPO sei der Marktwert mit dem Mittelwert beider Werte zu bemessen. Zwar hätten die Klägerinnen im Hinblick auf die in ihrem Anwaltsschreiben vom 17. April 2009 mitgeteilten Quotierungen von 25,5 Mio. € darauf hingewiesen, dass sie nur unverbindlich und unter dem Vorbehalt einer Besicherung mittels 4 Mio. SAP-Aktien gestellt worden seien. Dennoch würden sie damit eine denkbare Größenordnung für den maßgeblichen Marktwert wiedergeben. Dieser werde im Wesentlichen bestätigt durch die Bewertung der w. GmbH & Co. KG über 25,948 Mio. €, die im Übrigen ebenfalls von der Annahme ausgehe, dass der Käufer der Option kein Kontrahentenausfallrisiko gehabt hätte.

23 In Höhe dieses finanziellen Vorteils der Klägerinnen sei der Beklagten ein Schaden im Sinne von Nr. 8 Abs. 2 des Rahmenvertrags entstanden. Problematisch sei allerdings, dass sich dem Rahmenvertrag nicht ausdrücklich entnehmen lasse, wie und auf welchen Tag bezogen ein möglicher Schaden der Beklagten als "anderer Partei" zu berechnen sei. Nr. 8 Abs. 2 des Rahmenvertrags sehe lediglich für die Berechnung des finanziellen Vorteils eine entsprechende Anwendung der Grundsätze der Nr. 8 Abs. 1 des Rahmenvertrags über die Schadensberechnung vor, enthalte aber keine ausdrückliche Regelung zur Berechnung des Schadens der anderen Partei.

24 Der Begriff des Schadens könne entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht auf den entgangenen Gewinn im Sinne des § 252 BGB reduziert werden. Vielmehr umfasse dieser Begriff grundsätzlich jede Vermögenseinbuße. Eine solche könne bereits darin liegen, dass die Beklagte durch die Insolvenz eine für sie positive Vermögensposition gegenüber den Klägerinnen eingebüßt habe. Nach der Systematik des Rahmenvertrags sei die Höhe der Ausgleichszahlung in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Beendigung der Geschäfte zu bestimmen. Die Optionsgeschäfte seien nämlich nach Nr. 7 Abs. 2 des Rahmenvertrags mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beendet, und an die Stelle der Leistungspflichten träten Ausgleichsforderungen, die in eine Abschlusszahlung nach Nr. 9 des Rahmenvertrags münden.

25 Auch wenn man in Rechnung stellte, dass die Beklagte im Zeitpunkt ihrer Insolvenz keinen Anspruch aus den Optionen hatte, weil letztere erst am Ende ihrer Laufzeit hätten ausgeübt werden können, habe der Beklagten zum Zeitpunkt der Insolvenz zumindest ein möglicher künftiger Lieferanspruch zugestanden, der wegen des damals über dem Ausübungspreis liegenden Marktpreises einen Wert gehabt habe.

26 Unschädlich sei der so entstehende Gleichlauf zu Ausgleichsansprüchen nach § 104 InsO. Es sei zwar zutreffend, dass bei § 104 Abs. 3 InsO die Höhe der Schadensersatzforderung unabhängig davon berechnet werde, ob der Schaden in Wirklichkeit größer oder geringer sei, indem es allein auf den Unterschied zwischen dem Vertragspreis und dem ermittelten Markt- oder Börsenpreis ankomme, während Nr. 8 des Rahmenvertrags von einer konkreten Schadensberechnung anhand tatsächlicher oder hypothetischer Ersatzgeschäfte ausgehe. Unter der Prämisse, dass der weitere Verlauf der Optionsgeschäfte außer Betracht zu bleiben habe, könne auch hier der Schaden nur an Hand des Marktwerts der Optionen berechnet werden.

27 Im Übrigen schlössen sich § 104 InsO und der Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte, auf dem der vorliegende Rahmenvertrag beruhe, nicht gegenseitig aus, was sich daraus ergebe, dass beide zeitlich parallel zueinander entstanden seien. § 104 InsO komme eine Hilfs- und Auffangfunktion zu und könne zur Auslegung des Rahmenvertrags herangezogen werden.

28 Da die Klägerinnen auch in dem Fall, dass die Parteien den Rahmenvertrag nicht geschlossen hätten, nach § 104 InsO zur Zahlung hätten verpflichtet sein können, sei Nr. 8 Abs. 2 des Rahmenvertrags auch nicht überraschend im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB oder unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB. Sie sei auch nicht unklar im Sinne des § 305c Abs. 2 BGB.

29 Die zur hilfsweisen Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche wegen Aufklärungspflichtverletzung hinsichtlich des unbegrenzten Haftungsrisikos bestünden mangels Pflichtverletzung der Beklagten nicht, weil es sich bei

Nrn. 8 und 9 des Rahmenvertrags lediglich um eine Konkretisierung des in § 104 InsO normierten Liquidationsnettings handele.

30 Dagegen habe die Beklagte keinen Anspruch auf vertragliche Zinsen für den Zeitraum vom 16. September 2008 bis zum 9. August 2010. Gemäß Nr. 3 Absatz 4 des Rahmenvertrags seien Ausgleichsansprüche erst ab Fälligkeit zu verzinsen. Der der Beklagten zustehende Ausgleichsanspruch sei jedoch im genannten Zeitraum nicht fällig gewesen, da den Klägerinnen gegen die Beklagte ein Anspruch auf Herausgabe der Aktien zustehe, die als Sicherheit für das Optionsgeschäft begeben worden seien. Bei diesem Anspruch handele es sich um einen Gegenanspruch im Sinne von Nr. 9 Abs. 2 des Rahmenvertrags. Mangels Fälligkeit der Ausgleichsforderung seien die Klägerinnen auch weder durch die Erhebung der negativen Feststellungsklage in Verzug geraten, noch hätten sie Zinsen seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

II.

31 Die Ausführungen, die mit der Revision der Klägerinnen angegriffen werden, halten rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten Stand.

32 1. Die - auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu prüfende (BGH, Urteil vom 28. November 2002 - III ZR 102/02, BGHZ 153, 82, 84 ff; vom 9. Juli 2009 - Xa ZR 19/08, BGHZ 182, 24 Rn. 9; vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 17; vom 3. Mai 2011 - XI ZR 373/08, WM 2011, 1465 Rn. 21; vom 20. Dezember 2012 - IX ZR 130/10, WM 2013, 333 Rn. 10; vom 8. Januar 2015 - IX ZR 300/13, WM 2015, 485 Rn. 9) internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte liegt vor, weil die Parteien in den Bestätigungsschreiben

vom 19. Dezember 2005 Frankfurt am Main wirksam als nicht ausschließlichen Gerichtsstand vereinbart haben.

33 a) Dieser Vereinbarung steht nicht die nach der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 12. Februar 2009 - Deko Marty Belgium NV, Slg. 2009, I-791 Rn. 20 ff) nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren eröffnete internationale Zuständigkeit der Gerichte des insolvenzeröffnenden Mitgliedstaats für Klagen entgegen, die im Sinne von Erwägungsgrund 6 dieser Verordnung unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgehen und in engem Zusammenhang damit stehen. Diese Verordnung ist vorliegend nicht anwendbar, weil die Beklagte eine Wertpapierfirma im Sinne des Art. 1 Abs. 2 der Verordnung ist.

34 b) Offen bleiben kann, ob die Vereinbarung bereits aufgrund des Art. 23 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 (nachfolgend: EuGVVO aF; die Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 ist ausweislich ihres in Art. 66 Abs. 1 geregelten zeitlichen Anwendungsbereichs vorliegend noch nicht anwendbar) die Zuständigkeit deutscher Gerichte wirksam begründet hat. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift wären zwar erfüllt. Die EuGVVO aF ist aber gemäß ihres Art. 1 Abs. 2 Buchst. b nicht auf Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren anzuwenden. Der Europäische Gerichtshof hat dazu entschieden, dass diese Vorschrift nur Klagen ausschließt, die sich unmittelbar aus einem Insolvenzverfahren herleiten und in engem Zusammenhang damit stehen (EuGH, Urteil vom 19. April 2012 - Lietuvos Aukšèiausiasis Teismas, ZIP 2012, 1049 Rn. 29). Ob die vorliegende Klage danach in den Anwendungsbereich der EuGVVO aF fällt, erscheint nicht ganz zweifelsfrei, weil sie sich zwar nicht unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren, aber doch unmittelbar aus der Insolvenz der Beklagten herleitet.

35 c) Selbst wenn Art. 23 Abs. 1 EuGVVO aF nicht anwendbar wäre, begründete die Vereinbarung die Zuständigkeit deutscher Gerichte, wie sich aus dem gegenüber der EuGVVO aF subsidiären § 38 Abs. 1 ZPO ergibt (Zöller/ Vollkommer, ZPO, 31. Aufl., § 38 Rn. 24 mwN).

36 aa) Bei den Parteien handelt es sich um Kaufleute, die gemäß § 38 Abs. 1 ZPO Gerichtsstandvereinbarungen treffen können. § 38 Abs. 1 ZPO lässt für den von dieser Vorschrift erfassten Personenkreis angesichts seines offenen Wortlauts alle Prorogationen einschließlich einer internationalen Prorogation uneingeschränkt zu.

37 bb) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 38 Abs. 2 Satz 3 ZPO, wonach dann, wenn eine der Parteien einen inländischen allgemeinen Gerichtsstand hat, für das Inland nur ein Gericht gewählt werden kann, bei dem diese Partei ihren allgemeinen Gerichtsstand hat oder ein besonderer Gerichtsstand begründet ist.

38 (1) Die Klägerinnen haben zwar einen inländischen allgemeinen Gerichtsstand, und weder ist dieser Gerichtsstand Frankfurt am Main noch ist dort ein besonderer Gerichtsstand begründet. Allerdings betreffen die Absätze 2 und 3 des § 38 ZPO Gerichtsstandvereinbarungen solcher Personen, die nicht schon unter Absatz 1 fallen. Dies lässt sich den Worten "ferner" in § 38 Abs. 2 Satz 1 ZPO und "im Übrigen" in § 38 Abs. 3 ZPO entnehmen (Stein/Jonas/Bork, ZPO, 23. Aufl., § 38 Rn. 21; vgl. auch Prütting/Gehrlein/Lange, ZPO, 6. Aufl., § 38 Rn. 9; vgl. auch den Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 7/1384, S. 4), wonach § 38 Abs. 2 ZPO nF "auch anderen Personen als Vollkaufleuten" die Möglichkeit zugestehe, Gerichtsstandvereinbarungen abzuschließen.

39 (2) Sinn und Zweck des § 38 Abs. 2 Satz 3 ZPO ist es, inländische Verbraucher zu schützen, indem im Fall ihrer Beteiligung die Wahl der möglichen Gerichtsstände im Inland auf solche begrenzt wird, für die nach dem geltenden Recht ohnehin ein Anknüpfungspunkt gegeben ist (Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, BT-Drucks. 7/1384, S. 4). Der inländische Verbraucher soll bei Vereinbarung eines inländischen Gerichtsstands nicht schlechter stehen, als wenn er einen inländischen Vertragspartner hätte (Samtleben, NJW 1974, 1590, 1595 f). Ist aber kein inländischer Verbraucher beteiligt, kommt diese Erwägung nicht zum Tragen (vgl. OLG München, Urteil vom 23. März 2000 - 1 U 5958/99, nv).

40 (3) Würde § 38 Abs. 2 Satz 3 ZPO auch für Gerichtsstandvereinbarungen unter Kaufleuten gelten, hätte dies die unverständliche Folge, dass inländische Kaufleute, wenn sie mit anderen inländischen Kaufleuten eine Gerichtsstandvereinbarung treffen, in der Wahl des inländischen Gerichtsstands frei wären, während sie mit ausländischen Kaufleuten nur solche Gerichte wählen könnten, bei denen sie ihren allgemeinen Gerichtsstand haben oder ein besonderer Gerichtsstand begründet ist.

41 (4) Im Ergebnis muss deshalb in dem hier gegebenen Fall, dass alle Parteien Kaufleute sind und zumindest eine der Parteien einen inländischen Gerichtsstand hat, nicht gemäß § 38 Abs. 2 Satz 3 ZPO zwingend ein Gericht gewählt werden, bei dem diese Partei den allgemeinen Gerichtsstand hat oder ein besonderer Gerichtsstand begründet ist (vgl. OLG Saarbrücken, NJW 2000, 670, 671; OLG München, aaO; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 23. Aufl., § 38 Rn. 21; Prütting/Gehrlein/Lange, ZPO, 7. Aufl., § 38 Rn. 9; MünchKomm-ZPO/Patzina,

4. Aufl., § 38 Rn. 24; Musielak/Voit/Heinrich, ZPO, 13. Aufl., § 38 Rn. 13; Samtleben, NJW 1974, 1590, 1595 f).

42 d) Jedenfalls wäre Frankfurt am Main als Gerichtsstand und damit die Zuständigkeit deutscher Gerichte durch die rügelosen Einlassungen der Klägerinnen begründet worden. § 39 ZPO ist auch auf die internationale Zuständigkeit entsprechend anwendbar (BGH, Urteil vom 26. Januar 1979 - V ZR 75/76, WM 1979, 445, 446). Seine Voraussetzungen sind erfüllt. Die Klägerinnen haben zur Hauptsache mündlich verhandelt, ohne die Unzuständigkeit des Gerichts geltend zu machen. Eine Ausnahme nach § 40 ZPO liegt nicht vor.

43 2. Der Stattgabe der Berufungsanträge der Beklagten stand nicht die Rechtskraft der erstinstanzlichen Erledigungsfeststellung entgegen.

44 a) Zwar hat die Beklagte mit ihren Berufungsanträgen die Zahlung des mit der Widerklage geforderten Betrags begehrt, ohne zugleich durch einen Klagabweisungsantrag der erstinstanzlichen Erledigungsfeststellung entgegenzutreten. Diese Antragstellung hat aber nicht zu einer Rechtskraftwirkung dieser Erledigungsfeststellung dergestalt geführt, dass diese der Widerklage entgegensteht. Dies gilt auch auf der Grundlage der in der obergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur vorherrschenden Ansicht (vgl. OLG Saarbrücken, NJW 1967, 2212, 2213; OLG Nürnberg, NJW-RR 1987, 1278; OLG Nürnberg, NJW-RR 1989, 444; Musielak/Voit/Flockenhaus, aaO § 91a Rn. 46; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl. § 91a Rn. 54; Prütting/Gehrlein/Hausherr, aaO § 91a Rn. 60; Habscheid, JZ 1963, 624, 625; aA Jost/Sundermann, ZZP 1992, 261, 285; offen lassend BGH, Beschluss vom 26. April 2001 - IX ZB 25/01, WM 2001, 1274, 1275), wonach im Falle der Feststellung der Erledigung zugleich

rechtskräftig feststeht, dass die ursprüngliche Klage zulässig und begründet war.

45 b) Durch ihren auf Zug-um-Zug-Zahlung von je 13.723.758,45 € nebst Zinsen gerichteten Berufungsantrag hat die Beklagte nämlich klar zum Ausdruck gebracht, dass sie sich mit einer diesen Anträgen entgegenstehenden Rechtskraft nicht abfinden und auch gegen solch eine etwa eintretende Rechtskraft vorgehen wolle.

46 aa) Auch im Prozessrecht darf die Auslegung nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks haften, sondern es ist der wirkliche Wille der Partei zu erforschen (BGH, Beschlüsse vom 11. November 1993 - VII ZB 24/93, NJW-RR 1994, 568; vom 22. Mai 1995 - II ZB 2/95, NJW-RR 1995, 1183 f). Im Zweifel ist zugunsten einer Partei davon auszugehen, dass sie mit ihrer Prozesshandlung das bezweckt, was nach Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und ihrer recht verstandenen Interessenlage entspricht (BGH, Beschluss vom 22. Mai 1995 - II ZB 2/95, aaO S. 1184; Urteil vom 24. November 1999 - XII ZR 94/98, NJW-RR 2000, 1446). Deshalb ist ein Berufungsantrag nicht nach seinem Wortlaut allein, sondern nach seinem erkennbaren Sinn auszulegen (BVerfG, Beschluss vom 21. April 2006 - 1 BvR 2140/05). Dies dient der Verwirklichung des durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip gewährleisteten Anspruchs des Einzelnen auf einen wirkungsvollen Rechtsschutz (BVerfG, aaO).

47 bb) Demzufolge ist davon auszugehen, dass die Beklagte mit ihrer Antragstellung eine aus der erstinstanzlichen Erledigungsfeststellung etwa resultierende, entgegenstehende Rechtskraft nicht hinnehmen und diese ebenfalls angreifen wollte. Folgte man der klägerischen Auffassung, würde die Beklagte

so behandelt, als ob sie mit ihrer Antragstellung in der Berufungsinstanz einen von ihr selbst als unbegründet anerkannten Anspruch verfolgte. Dies wäre mit dem oben genannten Auslegungsgrundsatz unvereinbar.

48 cc) Dieses Ergebnis ergibt sich auch daraus, dass die Streitgegenstände der negativen Feststellungsklage und der Widerklage identisch sind (vgl. BGH, Beschluss vom 30. Januar 1992 - IX ZR 222/91, WM 1992, 1129, 1130). Die Beklagte hat in der Berufung beantragt, das Urteil des Landgerichts dahin abzuändern, dass die Klägerinnen antragsgemäß verurteilt werden. Das beinhaltete den Antrag auf Aufhebung einer entgegenstehenden Erledigungsfeststellung. Um formal widersprüchliche Entscheidungen zu vermeiden, hätte das Berufungsgericht im Umfang der Stattgabe der Widerklage die im Streitgegenstand identische negative Feststellungsklage, die wegen weggefallenen Feststellungsinteresses unzulässig geworden war, zur Klarstellung abweisen müssen (vgl. BGH, Beschluss vom 27. September 2011 - II ZR 256/09, nv).

49 Dass es hiervon mit der Begründung abgesehen hat, die Erledigungsfeststellung sei nicht angegriffen, führte entgegen der Annahme der Revisionsklägerinnen nicht zu einer der Verurteilung entgegenstehenden Rechtskraft des Feststellungsurteils. Da, wie auch das Berufungsgericht angenommen hat, der Streitgegenstand identisch war, konnte das Berufungsgericht über die Begründetheit nicht gleichzeitig gegensätzlich entscheiden. Es hat vielmehr der Zahlungsklage stattgegeben und eine entgegenstehende Rechtskraft des Feststellungsurteils nicht angenommen. Dabei ist es ersichtlich davon ausgegangen, dass das Feststellungsurteil nur bezüglich der Erledigung, nicht der Zulässigkeit und Begründetheit dieser Klage in Rechtskraft erwachse. Dementsprechend hat das Berufungsurteil über die Begründetheit auch der Feststellungsklage erst mit

der Zahlungsklage entscheiden wollen und entschieden. Diese einheitliche Entscheidung ist insgesamt Gegenstand der Revision.

50 3. Zutreffend ist das Berufungsgericht unausgesprochen davon ausgegangen, dass auf den Rahmenvertrag deutsches Recht Anwendung findet. Dies folgt aus Nr. 11 Abs. 2 des Rahmenvertrags, wo die Anwendung deutschen Rechts vereinbart wurde.

51 a) Zu einer solchen Rechtswahl waren die Parteien ausweislich des bei Vertragsschluss noch anwendbaren (vgl. Art. 28 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 - "Rom I") Art. 27 Abs. 1 Satz 1 EGBGB aF befugt. Insbesondere stand der Rechtswahl nicht Art. 4 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren entgegen. Danach gälte für das Insolvenzverfahren (um ein solches handelt es sich bei der "administration", vgl. Art. 2 Buchst. a der Verordnung in Verbindung mit Anhang A Stichwort: United Kingdom, 3. Spiegelstrich) und seine Wirkungen grundsätzlich das Insolvenzrecht des Mitgliedstaats, in dem das Verfahren eröffnet worden ist. Die Verordnung und damit auch deren Art. 4 Abs. 1 findet vorliegend aber - wie oben unter 1. ausgeführt - keine Anwendung.

52 b) Die zulässige Wahl deutschen Rechts als das auf den Rahmenvertrag anzuwendende Recht führt dazu, dass in Abweichung von der in § 335 InsO angeordneten *lex fori concursus* (hier: dem englischen Recht) gemäß § 340 Abs. 2 InsO deutsches Recht auch hinsichtlich der Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf rahmenvertragliche Aufrechnungsvereinbarung im Sinne finanzmarktspezifischer Verrechnungsformen, die sogenannten Netting-Vereinbarungen, Anwendung findet (zur Auslegung des Begriffs Aufrechnungsvereinbarung im Sinne von Netting-Vereinbarung vgl. FK-InsO/Wenner/Schuster, 8. Aufl.,

§ 340 Rn. 11; Dahl in Andres/Leithaus/Dahl, InsO, 3. Aufl., § 340 Rn. 7; MünchKomm-InsO/Jahn/Fried, 3. Aufl., § 340 Rn. 6; Paulus in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2014, § 340 Rn. 12; Braun/Tashiro, InsO, 6. Aufl., § 340 Rn. 4; Uhlenbruck/Lüer, InsO, 14. Aufl., § 340 Rn. 16). Bei Nrn. 8 und 9 des Rahmenvertrags handelt es sich um eine derartige Netting-Vereinbarung, weil darin die Saldierung verschiedener Zahlungsströme geregelt wird. Dass es hier letztlich nur um Ansprüche der Beklagten geht, also keine Saldierung im Raum steht, ändert daran nichts.

53 4. Das Berufungsgericht ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass der Beklagten gegenüber den Klägerinnen ein Anspruch in Höhe des Marktpreises der Optionen zusteht. Dies folgt allerdings nicht aus dem Rahmenvertrag, sondern aus § 104 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 und 2 InsO. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist allerdings nicht der Marktpreis vom 15. September 2008, sondern derjenige vom 17. September 2008 maßgeblich.

54 a) Das in § 104 InsO geregelte Ausgleichsregime im Insolvenzfall ist gegenüber dem Rahmenvertrag vorrangig. Dies ergibt sich aus § 119 InsO, wonach Vereinbarungen, die wie die Vorliegende im Voraus die Anwendung von § 104 InsO beschränken, unwirksam sind.

55 aa) Ob die abweichend von § 104 InsO bereits für den Fall des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens getroffene Vereinbarung der auflösenden Bedingung wirksam ist, weil sie als solche die in § 104 InsO vorgesehenen Rechtsfolgen nicht ändert (vgl. FK-InsO/Wegener, aaO § 104 Rn. 33; Uhlenbruck/Lüer, aaO § 104 Rn. 38; Böhm, Rechtliche Aspekte grenzüberschreitender Nettingvereinbarungen, 2001, S. 175 f.; Jaeger/Jacoby, InsO, § 119 Rn. 41;

Zimmer/Fuchs, ZGR 2010, 597, 633; Zeuner in Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO, 3. Aufl., § 104 Rn. 33), insbesondere nicht ein gemäß § 104 Abs. 2 InsO ohnehin nicht bestehendes Wahlrecht des Insolvenzverwalters aushöhlen kann (Graf-Schlicker/Bornemann, InsO, 4. Aufl., § 104 Rn. 37), kann dahinstehen.

56 bb) Die Vereinbarung ist jedenfalls unwirksam, soweit die darin vorgesehene Berechnungsmethode für den Ausgleichsanspruch im Insolvenzfall von § 104 Abs. 2 und 3 InsO abweicht (vgl. FK-InsO/Wegener, aaO Rn. 34; HK-InsO/Marotzke, InsO, 8. Aufl., § 104 Rn. 16; Ehricke, NZI 2006, 564, 566; Uhlenbruck/Lüer, aaO § 104 Rn. 38; Kieper, Abwicklungssysteme in der Insolvenz, 2004, S. 69; Berger in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., S. 351).

57 (1) In der Literatur wird teilweise vertreten, dass vertragliche Abweichungen von der in § 104 Abs. 3 InsO angeordneten Berechnungsweise zulässig seien, wenn sie - wie vorliegend - an einen vor Verfahrenseröffnung liegenden Zeitpunkt anknüpfen (Jaeger/Jacoby, aaO § 119 Rn. 42; Zimmer/Fuchs, aaO S. 633 f.; Benzler, ZinsO 2000, 1, 8; Benzler, Nettingvereinbarungen im außerbörslichen Derivatehandel, 1999, S. 272 f).

58 (2) Der Bundesgerichtshof hat jedoch im Zusammenhang mit einer vertraglich vereinbarten und unter anderem bereits an den Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung anknüpfenden Lösungsklausel, die im Voraus das von § 119 InsO ebenfalls gewährleistete Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO ausgeschlossen hat, bereits entschieden, dass § 119 InsO - soll dieser nicht leerlaufen - eine Vorwirkung jedenfalls ab dem Zeitpunkt hat, in dem wegen eines zulässigen Insolvenzantrags mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ernsthaft zu rechnen ist (BGH, Urteil vom 15. November 2012 - IX ZR

169/11, BGHZ 195, 348 Rn. 19). Könnte eine Lösungsklausel wirksam an die Insolvenzantragstellung anknüpfen, würde in der Praxis die Eröffnung des Insolvenzverfahrens selbst als Anknüpfung für nur dann als unwirksam anzusehende Lösungsklauseln jede Bedeutung verlieren (BGH, aaO). Der vor §§ 104, 119 InsO beabsichtigte Masseschutz könnte ohne weiteres ausgeschlossen und der Zweck der Vorschrift unterlaufen werden (BGH, aaO).

59 Zwar hat der Bundesgerichtshof in jenem Urteil aus § 119 InsO einen masseschützenden Zweck speziell vor dem Hintergrund des in jenem Fall in Rede stehenden und den Masseschutz bezweckenden Insolvenzverwalterwahlrechts gemäß § 103 InsO entnommen (BGH, aaO, Rn. 14 und 19). Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, § 119 InsO könne im Zusammenhang mit § 104 Abs. 3 InsO kein solcher Zweck beigemessen werden. Wie sich aus § 104 Abs. 2 InsO ergibt, wird mit dem dort vorgesehenen Ausschluss des Insolvenzverwalterwahlrechts nicht nur der Zweck verfolgt, Ungewissheiten über den weiteren Verlauf des Geschäfts zu beseitigen (vgl. dazu FK-InsO/ Wegener, 8. Aufl. § 104 Rn. 2 und Jaeger/Jacoby, InsO § 104 Rn. 4 ff), sondern auch der Zweck, die Masse vor Kursspekulationen des Insolvenzverwalters zu schützen (FK-InsO/Wegener, aaO; Jaeger/Jacoby, aaO Rn. 7; vgl. auch BT-Drucks. 12/7302, S. 167 f).

60 Es wäre widersprüchlich, wenn einerseits die Masse durch § 104 Abs. 2 InsO geschützt werden soll, indem diese Vorschrift kein Insolvenzverwalterwahlrecht vorsieht, andererseits die Parteien gerade diesen Zweck des Masseschutzes durch individualvertragliche Vereinbarungen umgehen könnten, die eine von § 104 Abs. 3 InsO zu Lasten der Masse abweichende Berechnungsweise des Ausgleichsanspruchs vorsehen. Insbesondere die von den Klägerinnen reklamierte und im Rahmenvertrag, nicht jedoch in § 104 Abs. 3 InsO vor-

gesehene Beschränkung eines von der solventen Partei auszugleichenden finanziellen Vorteils auf den von der insolventen Partei erlittenen Schaden (Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 Rahmenvertrag) wäre geeignet, das durch § 104 Abs. 3 InsO gewährleistete Niveau des Masseschutzes abzusenken. Der Umstand, dass in § 104 Abs. 2 Satz 3 InsO Rahmenverträge über Finanzleistungen erwähnt werden, eröffnet nicht die Möglichkeit, über den in dieser Vorschrift vorgesehenen Regelungsrahmen hinaus Abweichungen von § 104 InsO vertraglich vorzusehen.

61 cc) Die Anwendung des § 104 InsO führt nicht zu einem unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten untragbaren Ergebnis.

62 (1) Die Klägerinnen können nicht damit gehört werden, dass es sich hier um Aktienoptionen handle, die nicht handelbar seien und vor dem vereinbarten Stichtag nicht ausgeübt werden könnten, weshalb sich ein Gewinn nur realisieren lasse, wenn die Optionen am vereinbarten Stichtag "im Geld" seien. § 104 Abs. 2 und 3 InsO zielen gerade darauf ab, im Insolvenzfall die Glattstellung solcher Geschäfte anzuordnen, deren Erfüllungszeitpunkt erst nach der Eröffnung liegt. Soweit die Klägerinnen mit Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 104 InsO meinen, dass der Gesetzgeber von gängigen Handelswaren ausgegangen sei und es auch deshalb auf die Handelbarkeit oder Ausübbarkeit der Optionen ankommen müsse, hat dies im Gesetz keinen Ausdruck gefunden.

63 (2) Soweit die Klägerinnen einwenden, dass sich auf der Grundlage der §§ 104, 119 InsO die ursprüngliche Risikoverteilung des Geschäfts ändere, indem die Klägerinnen nunmehr einem unbegrenzten Zahlungsanspruch ausgesetzt sein könnten, zwingt auch dies nicht zu einer abweichenden Auslegung.

64 (a) Die Klägerinnen tragen dazu vor, dass das Verlustrisiko des Stillhalters entscheidend davon abhänge, ob er im Falle der Ausübung der Option die Zahlung eines Ausgleichsbetrags (sog. Option mit Barausgleich) oder die Lieferung des Optionsgegenstandes (sog. Option mit Lieferverpflichtung) schulde. Nur der Stillhalter einer Option mit Barausgleich gehe mit Vertragsschluss das Risiko ein, zum Ausübungsstichtag einem theoretisch unbegrenzten Zahlungsanspruch ausgesetzt zu sein, während der Stillhalter einer Option mit Lieferverpflichtung nur die Gefahr laufe, trotz eines höheren Marktpreises zum Ausübungsstichtag den Optionsgegenstand zum vereinbarten Basispreis abgeben zu müssen. Vorliegend habe sich bei Vertragsschluss der spekulative Charakter der Geschäfte aus der Sicht der Klägerinnen darauf beschränkt, nicht mehr an einer positiven Kursentwicklung über den Basispreis hinaus partizipieren zu können.

65 Diese Sichtweise lässt unberücksichtigt, dass die Klägerinnen grundsätzlich im Anschluss an den Insolvenzzeitpunkt eine der Zahl der an die Beklagten verkauften Optionen entsprechende Zahl mit demselben Stichtag an Dritte hätten verkaufen und so Erlöse hätten erzielen können, die ebenso hoch gewesen wären wie die der Beklagten zu erstattende Ausgleichsforderung. Die Lage der Klägerinnen hätte dann derjenigen entsprochen, die ohne die Insolvenz der Beklagten bestanden hätte. Sie wären je nach dem weiteren Kursverlauf der SAP-Aktie zur Lieferung von 4 Mio. SAP-Aktien verpflichtet gewesen, nur eben nicht gegenüber der Beklagten, sondern dem Dritten gegenüber. Die der Beklagten zu erstattende Ausgleichszahlung wäre durch die Erlöse aus dem Optionsverkauf an den Dritten kompensiert worden. Der Rechtsausschuss des Bundestages hatte auch die Erwartung, dass solche Ersatzgeschäfte getätigt werden. Er wollte die Möglichkeit dazu durch das Merkmal "Markt- oder Börsenpreis" absichern. In der Begründung zu § 118 RegEInsO (BT-Drucks. 12/7302, S. 168),

welcher § 104 InsO entspricht, hat er ausgeführt, dass es für das Vorliegen dieses Merkmals "entscheidend ist, dass die Möglichkeit besteht, sich anderweitig einzudecken".

66 (b) Dem können die Klägerinnen nicht entgegen halten, dass sie an solchen Ersatzgeschäften gehindert gewesen seien, weil die Beklagte ihnen die zur Besicherung solcher Geschäfte nötigen Aktien nicht zurückgewährt habe, und dass es ihnen jedenfalls angesichts der Ungewissheit über die Rückgewähr der Aktien unzumutbar gewesen sei, dieselben Aktien mit einer neuerlichen Lieferverpflichtung zu veroptionieren.

67 Daran ist zutreffend, dass es auf die Verfügbarkeit der SAP-Aktien für die Besicherung von Ersatzgeschäften ankam. Im Fall des unbesicherten Verkaufs von Kaufoptionen wären die erzielbaren Prämien wegen des aus Sicht des Optionsberechtigten höheren Risikos geringer gewesen.

68 Im Zeitpunkt, in dem das Ersatzgeschäft hätte abgeschlossen werden können, war jedoch der Ausgleichsanspruch der Beklagten aus § 104 Abs. 3 InsO nach der Regelung in Nr. 9 Abs. 2 Satz 1 des Rahmenvertrags angesichts des Herausgabeanspruchs der Klägerinnen hinsichtlich der in Verwahrung gegebenen Aktien noch nicht fällig. Auch der Herausgabeanspruch der Klägerinnen war noch nicht fällig, solange die Ausgleichsforderung nicht erfüllt war. Die Klägerinnen hätten zur Auflösung dieser Pattsituation der Beklagten Zug um Zug die Erfüllung des Ausgleichsanspruchs anbieten müssen, damit sie wieder in den Besitz der Aktien gelangen, um nach dem 15. September 2008 ein Ersatzgeschäft tätigen zu können.

69 Hätte die Beklagte trotz eines solchen Angebots die Herausgabe der Aktien verweigert, hätten sich die Klägerinnen darauf berufen können, dass die Beklagte ihre Pflichten verletzt habe und den Klägerinnen dadurch ein Schaden entstanden sei, weil ihnen die erforderlichen Ersatzgeschäfte entgangen seien. Die Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs durch die Beklagte hätte sich dann auch als eine gemäß § 242 BGB unzulässige Rechtsausübung darstellen können.

70 Vorliegend haben die Klägerinnen lediglich vorgetragen, dass sie die Beklagte aufgefordert hätten, die der Beklagten zur Sicherheit übergebenen und verpfändeten 4 Mio. SAP-Aktien herauszugeben. Die Zahlung des gegen sie gerichteten Anspruchs verweigern sie bis zum heutigen Tag. Ein Zug-um-Zug-Angebot haben sie bis heute nicht abgegeben. Sie haben auch nicht die Behauptung der Beklagten bestritten, sie hätten zu keinem Zeitpunkt wegen einer Freigabe der Aktien zum Zwecke des Abschlusses eines Ersatzgeschäfts angefragt.

71 (c) Die Vorschrift des § 104 Abs. 3 InsO macht den Anspruch der Masse wegen Nichterfüllung nicht davon abhängig, dass tatsächlich ein (in gleicher Weise gesichertes) Deckungsgeschäft abgeschlossen werden konnte. § 104 InsO gibt eine abstrakte Berechnungsmethode für die Forderung wegen Nichterfüllung vor. Der Partei, die am maßgeblichen Stichtag "im Geld" steht, soll der durch die Vertragsbeendigung verloren gegangene Vorteil nach Marktpreisen erstattet werden. Bei der Abwicklung des beendeten Geschäftes können dagegen Schäden etwa infolge Verzugs oder sonstiger Pflichtverletzungen entstehen. Diese können vom Geschädigten geltend gemacht werden, lassen jedoch nicht den zuvor von Gesetzes wegen entstandenen Ausgleichsanspruch entfallen.

72 b) Das Berufungsgericht hat sich bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs zutreffend nicht an einem Vergleich des vereinbarten Basispreises mit dem Marktpreis der SAP-Aktie im Insolvenzzeitpunkt der Beklagten orientiert, sondern auf den hinsichtlich jenes Zeitpunkts geltenden Derivatpreis abgestellt.

73 § 104 Abs. 3 InsO stellt nach seinem Wortlaut für den anzustellenden Vergleich auf den Markt- oder Börsenpreis für einen Vertrag mit der vereinbarten Erfüllungszeit, also auf den Preis des Derivatvertrages ab, nicht auf den dem Derivatvertrag zugrunde liegenden Basiswert. Demnach bezieht sich das Tatbestandsmerkmal Markt- oder Börsenpreis in § 104 Abs. 3 InsO anders als in § 104 Abs. 2 InsO nicht auf die Finanzleistung selbst, sondern auf den Derivatvertrag. Dies hat schon das Reichsgericht (LZ 15, 539, 541 f) zu dem im Wesentlichen wortgleichen § 18 Abs. 2 KO angenommen und entspricht der überwiegenden Ansicht in der Literatur (MünchKomm-InsO/Jahn/Fried, 3. Aufl., § 104 Rn. 182b; Kieper, Abwicklungssysteme in der Insolvenz, 2004, S. 68; von Hall, Insolvenzverrechnung in bilateralen Clearingsystemen, 2011, S. 130 f).

74 Aufgrund der Regelung des § 104 Abs. 2 InsO endet das Finanzgeschäft automatisch. Will eine Vertragspartei die gewünschten Wertpapiere weiterhin am vereinbarten Stichtag erhalten oder weiterhin am vereinbarten Stichtag zur Lieferung verpflichtet sein, muss sie ein Ersatzgeschäft abschließen. Der Ersatzbeschaffungsaufwand oder -gewinn, der bei Wiedereindeckung durch ein vergleichbares Neugeschäft entstünde, drückt das Risiko des Wegfalls des Vertragspartners betragsmäßig aus (vgl. Kieper, aaO). Bei dem Ersatzbeschaffungsaufwand bzw. -gewinn handelt es sich um den Wert des Vertrags zu aktuellen Marktkonditionen, also den Markt- oder Börsenpreis des Vertrags, mit welchem der vereinbarte Preis, also der Preis des Ursprungsgeschäfts, zu ver-

gleichen ist (vgl. Kieper, aaO). Damit wird trotz des Umstands, dass § 104 Abs. 2 InsO Erfüllungsansprüche gerade ausschließt, das Erfüllungsinteresse der Parteien berücksichtigt, ohne dass das Ziel der Norm, die schwebenden Finanzgeschäfte zu beenden, beeinträchtigt wird.

75 Da die Optionsprämien von den Klägerinnen bereits vereinnahmt waren, schulden die Klägerinnen der Beklagten den vollen Marktwert der Optionen zum Insolvenzzeitpunkt.

76 c) Da sich die Ausgleichsforderung nach § 104 Abs. 3 InsO und nicht nach der unwirksamen Nr. 8 Abs. 1 des Rahmenvertrags richtet, hätte das Berufungsgericht bei seiner Berechnung aber nicht auf den 15. September 2008 abstellen dürfen, sondern gemäß § 104 Abs. 3 Satz 2 InsO auf den zweiten Werktag nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, also auf den 17. September 2008 abstellen müssen. Einen anderen Zeitpunkt nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, der spätestens am fünften Werktag nach der Eröffnung liegt (§ 104 Abs. 3 Satz 1 InsO), haben die Parteien nicht vereinbart. Es ist daher insoweit eine Neuberechnung des Anspruchs durchzuführen.

77 5. Die Berechnung der Höhe des Nichterfüllungsanspruchs durch das Berufungsgericht begegnet außerdem insoweit rechtlichen Bedenken, als es das von der Beklagten vorgelegte Privatgutachten und das Anwaltsschreiben der Klägerinnen vom 17. April 2009 berücksichtigt hat.

78 a) Ein Gericht darf ein Privatgutachten zwar verwerten, hierbei aber nicht außer Acht lassen, dass es sich nicht um ein Beweismittel im Sinne der §§ 355 ff ZPO, sondern um (qualifizierten) substantiierten Parteivortrag handelt (BGH, Urteil vom 11. Mai 1993 - VI ZR 243/92, NJW 1993, 2382, 2383; Be-

schluss vom 2. Juni 2008 - II ZR 67/07, WM 2008, 1453 Rn. 3; Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., § 402 Rn. 2). Eine eigene Beweisaufnahme des Gerichts, insbesondere die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens, wird durch ein Privatgutachten nur dann entbehrlich, wenn das Gericht allein schon aufgrund dieses Parteivortrags ohne Rechtsfehler zu einer zuverlässigen Beantwortung der Beweisfrage gelangen kann (BGH, Urteil vom 11. Mai 1993, aaO; vom 18. Februar 1987 - IVa ZR 196/85, VersR 1987, 1007, 1008) und die dafür erforderliche eigene Sachkunde darlegt (BGH, Urteil vom 11. Mai 1993, aaO).

79 b) Das Berufungsgericht hat zu dem Privatgutachten lediglich ausgeführt, dass dieses "im Wesentlichen" den Marktwert bestätige, der aus dem anwaltlichen Schreiben vom 17. April 2009 abgeleitet werden könne. Die in dem Schreiben genannten Quotierungen durfte es indes nicht heranziehen. Das Schreiben stammte zwar von der Klägerseite. Die Klägerinnen haben aber geltend gemacht, dass die darin genannten Quotierungen unverbindlich gewesen seien, und haben damit deren Richtigkeit bestritten. Eine darüber hinausgehende Würdigung des Privatgutachtens unter Darlegung einer dafür erforderlichen eigenen Sachkunde hat das Berufungsgericht nicht vorgenommen. Daher kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Berufungsgericht die sich auf den Marktwert der Optionen im Insolvenzzeitpunkt beziehende Beweisfrage allein anhand dieser Unterlagen und eigener Sachkunde beantworten konnte und aus diesem Grunde von einer Beweisaufnahme absehen durfte.

80 c) Im Rahmen der nachzuholenden Beweisaufnahme zum Marktwert der Optionen am 17. September 2008 wird das Berufungsgericht zu klären haben, ob die Ermittlung eines Marktwerts der Optionen überhaupt möglich ist. Die Klägerinnen haben erstinstanzlich vorgetragen, dass es wegen der mangelnden

Handelbarkeit der Optionen keinen Marktpreis dafür gebe und für diese Behauptung Sachverständigenbeweis angeboten, während die Beklagte Beweis für die gegenteilige Behauptung angeboten hat. Die Beweisaufnahme über diese Vorfrage wurde nicht dadurch entbehrlich, dass das Berufungsgericht auf das Anwaltsschreiben vom 17. April 2009 und das Privatgutachten der w. GmbH & Co. KG verwiesen hat, aus denen sich die Feststellbarkeit eines Marktpreises ergebe. Ebenso wurde die Beweisaufnahme über diese Vorfrage nicht durch den Verweis auf eine Literaturstelle entbehrlich. Für den Marktpreis ist im Übrigen nicht die Handelbarkeit der Optionen maßgeblich, sondern die bestehende Möglichkeit einer Ersatzeindeckung für denselben Ausübungsstichtag.

81 6. Zu Unrecht machen die Klägerinnen Schadensersatzansprüche geltend, mit denen sie hilfsweise die Aufrechnung gegen die Ausgleichsforderung der Beklagten erklärt haben. Sie leiten diese Ansprüche aus der angeblichen Verletzung von Aufklärungspflichten ab. Die Beklagte habe nicht darauf hingewiesen, dass sich das Risiko der Klägerinnen nicht allein darauf beschränke, nicht mehr an einer positiven Kursentwicklung der SAP-Aktie teilzunehmen, sondern aufgrund von Hebeleffekten unbegrenzt sei.

82 Eine solche Verletzung hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint. Zwar kann zu einer anleger- und anlagegerechten Beratung (vgl. dazu etwa BGH, Urteil vom 6. Juli 1993 - XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 128 ff; vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, BGHZ 191, 119 Rn. 22; vom 29. April 2014 - XI ZR 130/13, WM 2014, 1221 Rn. 16) im Einzelfall auch die Aufklärung über sich aus dem Gesetz ergebende Rechtsfolgen gehören. Eine Aufklärung der Klägerinnen durch die Beklagte über den Inhalt des § 104 InsO war jedoch nicht geschuldet. Wie das Berufungsgericht unangegriffen festgestellt hat, be-

stand im Zeitpunkt des Abschlusses der hier streitigen Optionsgeschäfte kein konkretes, der Beklagten bekanntes Insolvenzrisiko. Über das allgemeine, theoretisch immer bestehende Insolvenzrisiko muss jedoch regelmäßig nicht aufgeklärt werden (BGH, Urteil vom 27. September 2011, aaO Rn. 27), sondern nur über solche Risiken, die dem durchschnittlichen Anleger nicht allgemein bekannt sind (BGH, aaO). Die Klägerinnen sind jedoch keine durchschnittlichen Anleger, sondern mit eigenen spezialisierten Beratern ausgestattete Marktteilnehmer, die über die Bedingungen des Vertrages lange verhandelt hatten.

83 Zudem besteht das von den Klägerinnen behauptete Risiko nicht in dieser Form. Wie bereits ausgeführt, hätten die Klägerinnen bei Eintritt der Insolvenz eine der Zahl der an die Beklagte verkauften Optionen entsprechende Zahl von Optionen zum selben Ausübungs-Stichtag an Dritte verkaufen und so Erlöse oder Optionsprämien erzielen können, die der Ausgleichsforderung entsprechen, einschließlich etwaiger Hebeleffekte. War dies aber ausgeschlossen, besteht auch kein Ausgleichsanspruch.

84 Dem zwingenden Charakter des § 119 InsO liefe es zudem zuwider, wenn der durch § 104 InsO verpflichteten Partei ein Schadensersatzanspruch gegen die Masse zugebilligt würde, der die im Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen des § 104 InsO neutralisierte. Diese Vorschrift ermöglicht es den Vertragsparteien gerade, sich im Insolvenzfall neu einzudecken. Damit hat es grundsätzlich sein Bewenden. Gegen Schadensersatzansprüche wegen zu vertretender verzögerter Abwicklung der Ansprüche aus § 104 InsO bestünden, wie ausgeführt, keine Bedenken. Solche Ansprüche sind indessen nicht geltend gemacht worden. Dasselbe gilt für mögliche deliktische Ansprüche einer Vertragspartei wegen vorinsolvenzlichen Verhaltens. Auch derartiges wird nicht geltend gemacht.

III.

85 Die Anschlussrevision der Beklagten ist zulässig, jedoch unbegründet.

86 1. Die Klägerinnen meinen zu Unrecht, die Anschlussrevision sei wegen eines fehlenden Zusammenhangs mit dem von der Hauptrevision erfassten Streitgegenstand unstatthaft.

87 a) Allerdings hat der Bundesgerichtshof wiederholt entschieden, dass die Anschlussrevision als unselbständiges Rechtsmittel akzessorischer Natur ist und es dieser Abhängigkeit widerspräche, wenn mit ihr ein Streitstoff eingeführt werden könnte, der mit dem Gegenstand der Hauptrevision weder in einem rechtlichen noch in einem wirtschaftlichen Zusammenhang steht (BGH, Urteil vom 22. November 2007 - I ZR 74/05, BGHZ 174, 244 Rn. 40; vom 18. September 2009 - V ZR 75/08, NJW 2009, 3787 Rn. 27; vom 24. September 2014 - VIII ZR 394/12, WM 2015, 388 Rn. 69; vom 25. Juni 2015 - IX ZR 142/13, ZInsO 2015, 1563 Rn. 28).

88 b) Ein solcher Zusammenhang ist vorliegend gegeben, weil der mit der Anschlussrevision weiterhin geltend gemachte Zinsanspruch von der den Gegenstand der Hauptrevision bildenden Ausgleichsforderung abhängig ist. An dieser rechtlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit ändert auch der Einwand der Klägerinnen nichts, dass bei der Prüfung der mit der Anschlussrevision geltend gemachten Forderung anders als bei der den Streitgegenstand der Hauptrevision bildenden Forderung die Auswirkungen der Sicherheitenbestellung zu berücksichtigen seien.

89 c) Es bestehen auch keine rechtlichen Bedenken gegen die in der Revisionsinstanz vorgenommene Antragserweiterung, weil sich diese im Rahmen der Begründung der Anschlussrevision hält. Die Anschlussrevisionsbegründung hat innerhalb der Frist des § 554 Abs. 2 Satz 2 ZPO das die Abweisung der Zinsforderung insgesamt tragende Argument der mangelnden Fälligkeit der Hauptforderung angegriffen.

90 Der zunächst angekündigte Antrag bezog sich nur auf die kapitalisierten Zinsen in Höhe von jeweils 749.758,45 € für die Zeit vom 16. September 2008 bis 9. August 2010 sowie auf Zinsen aus diesen Beträgen ab 10. August 2010. Der weitere Anschlussrevisionsantrag erfasst nun auch den abgewiesenen Zinsanspruch auf den zugesprochenen Hauptsachebetrag ab 10. August 2010.

91 Für die Rechtsmittel der Berufung und der Revision ist nach ständiger Rechtsprechung eine Antragserweiterung zulässig, soweit sie sich im Rahmen der Rechtsmittelbegründung hält (BGH, Beschluss vom 10. Mai 1984 - BLw 2/83, BGHZ 91, 154, 159 mwN; Urteil vom 25. Oktober 1984 - VIII ZR 140/83, WM 1985, 144; Zöller/Heßler, ZPO, 31. Aufl., § 551 Rn. 7). Für die Anschlussberufung gilt dasselbe (BGH, Urteil vom 29. September 1992 - VI ZR 234/91, NJW 1993, 269). Für die Anschlussrevision (vgl. BAG, Urteil vom 17. Januar 2012 - 3 AZR 10/10, ZInsO 2012, 1265 Rn. 16 ff) kann nichts anderes gelten.

92 2. Die Anschlussrevision ist jedoch unbegründet.

93 a) Den Anspruch auf die kapitalisierten Zinsen für die Zeit bis 9. August 2010 und die Zinsen hierauf kann die Beklagte weder aus § 3 Abs. 4 Satz 1 des Rahmenvertrags noch aus dem Gesetz herleiten.

94 aa) Der Ausgleichsanspruch in dem von der Beklagten hier geltend gemachten Zeitraum vom 16. September 2008 bis zum 9. August 2010 war nicht fällig. Nach Nr. 9 Abs. 2 Satz 1 des Rahmenvertrags setzt die Fälligkeit voraus, dass den Klägerinnen keine Ansprüche aus irgendeinem Grund gegen die Beklagte zustehen. Hier besteht ein solcher Anspruch in Form des Herausgabeanspruchs hinsichtlich der zur Sicherheit übergebenen Aktien. Die Beklagte wendet zwar ein, Nr. 9 Abs. 2 des Rahmenvertrags sei auf den vorliegenden Herausgabeanspruch nicht anwendbar, da sich die Parteien auf eine Sicherheitenstellung nach dem "Securities Agreement" geeinigt haben, wonach sich der Herausgabeanspruch entgegen Nr. 9 Abs. 2 Satz 2 des Rahmenvertrags nicht in einen Zahlungsanspruch umwandele. Gründe dafür, dass die Parteien damit zugleich die Regelung in Nr. 9 Abs. 2 Satz 1 des Rahmenvertrags ändern wollten, sind indes nicht ersichtlich. Die Beklagte kann insofern auch nicht mit einer Pattsituation argumentieren, die entstünde, wenn weder die Ausgleichsforderung noch der Anspruch auf Herausgabe der Sicherheiten fällig werde. Auch der Beklagten wäre es zumutbar gewesen, eine Pattsituation dadurch zu beenden, dass sie die Herausgabe der Sicherheiten Zug um Zug gegen die Zahlung des Ausgleichsanspruchs anbietet.

95 bb) Auch wenn Nr. 9 Abs. 2 Satz 1 des Rahmenvertrags unanwendbar wäre, ist nicht ersichtlich, dass die Klägerinnen mit der Ausgleichszahlung, was den Zeitraum vom 16. September 2008 bis zum 9. August 2010 anlangt, nicht rechtzeitig geleistet haben. Selbst wenn die Ausgleichsforderung dann als fällig anzusehen wäre, ist nicht ersichtlich, dass die Klägerinnen sich darüber hinaus in Verzug befunden hätten. Soweit die Beklagte meint, die Klägerinnen hätten mit der negativen Feststellungsklage die Erfüllung des Ausgleichsanspruchs ernsthaft und endgültig verweigert, weshalb sie in Verzug geraten seien (§ 286

Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 3 BGB), ist dem zu entgegnen, dass die Klage erst am 10. August 2010 anhängig gemacht wurde, also nach dem Zeitraum, hinsichtlich dessen die Beklagte hier Zinsen begehrt.

96 cc) Soweit Nr. 3 Abs. 4 des Rahmenvertrages Zinszahlungen schon ab Fälligkeit auch für die Ausgleichszahlung anordnen sollte, wäre diese Regelung wegen Abweichung von § 104 Abs. 2 und 3 InsO unwirksam; diese Vorschrift sieht keine Zinszahlungspflicht schon ab Fälligkeit vor.

97 b) Unbegründet ist die Anschlussrevision auch insoweit, als auf den Hauptsachebetrag Verzugs- oder Prozesszinsen verlangt werden ab dem Zeitpunkt der Klageeinreichung am 10. August 2010 oder etwa ab Zustellung der Widerklage vom 6. Juli 2011 am 14. Juli 2011, in der die Zahlung des Ausgleichsbetrags Zug um Zug gegen Herausgabe der Aktien verlangt worden ist.

98 Verzugszinsen gemäß § 286 BGB und Prozesszinsen gemäß § 291 BGB können nicht verlangt werden, wenn die Schuld noch nicht fällig ist. Besteht ein Zurückbehaltungsrecht, entfällt die Verzinsungspflicht (BGH, Urteil vom 25. Januar 2013 - V ZR 118/11, NJW-RR 2013, 825 Rn. 9). Ob dies auch für ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB gilt, kann dahinstehen. Dieses entfaltet im Insolvenzverfahren keine Wirkung mehr. Weiterhin wirksam ist jedoch ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 13. Dezember 2012 - IX ZR 9/12, WM 2013, 138 Rn. 8 ff). Ein solches stand den Klägerinnen hier zu, solange die Beklagte die Aktien nicht zurückgab. Das Zurückbehaltungsrecht ergibt sich, wie ausgeführt, aus Nr. 9 Abs. 2 des Rahmenvertrages. Wäre dieser nicht anwendbar, ergäbe es sich aus dem Vertrag als solchem. Wegen der Auflösung des Optionsvertrages durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens standen sich die Forderungen auf Ausgleichszahlung und auf Rückgabe

der Aktien synallagmatisch verbunden gegenüber. Steht den Klägerinnen aber ein Zurückbehaltungsrecht zu und könnten sie deshalb nur Zug um Zug verurteilt werden, sind Verzugs- und Prozesszinsen nicht zu zahlen (BGH, Urteil vom 14. Januar 1971 - VII ZR 3/69, BGHZ 55, 198, 200; vom 25. Januar 2013 - V ZR 118/11, NJW-RR 2013, 825 Rn. 9 ff; vom 27. September 2013 - V ZR 52/12, WM 2013, 2315 Rn. 28).

IV.

99 Das Berufungsurteil ist deshalb auf die Revision der Klägerinnen hin aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Bei einer neuerlichen Verurteilung der Klägerinnen wird das Berufungsgericht die Zahl der in die Zug-um-Zug-Verurteilung einbezogenen Aktien zu bestimmen haben, um die Bestimmtheit und Vollstreckbarkeit des Urteilstenors zu gewährleisten.

V.

100 Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 39 Abs. 2, § 47 Abs. 1, § 45 Abs. 3 GKG.

Kayser Vill Lohmann

Pape Möhring

Vorinstanzen:
LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 22.08.2012 - 2-18 O 374/10 -
OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 05.12.2013 - 16 U 183/12 -