

Beglaubigte Abschrift

13 U 231/17
82 O 11/15
Landgericht Köln

Verkündet am 23.10.2024



Oberlandesgericht Köln

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

gegen

hat der 13. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln
auf die mündliche Verhandlung vom 26. April 2024
durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht sowie die Richter am
Oberlandesgericht
für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 20. Oktober 2017 verkündete Urteil
des Landgerichts Köln (Az. 82 O 11/15) wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlussberufung des Klägers zu 1) wird die Beklagte in Abänderung
der erstinstanzlichen Entscheidung verurteilt, an ihn über die erstinstanzlich
vom Landgericht zugesprochenen Beträge hinaus weitere Zinsen in Höhe von 5
%-Punkten über dem Basiszins aus einem Betrag in Höhe von 207.500 € für
den Zeitraum vom 20.9.2008 bis zum 3.12.2010 zu zahlen.

Auf die Anschlussberufung des Klägers zu 2) wird die Beklagte in Abänderung
der erstinstanzlichen Entscheidung verurteilt, an ihn über die erstinstanzlich
vom Landgericht zugesprochenen Beträge hinaus weitere Zinsen in Höhe von 5
%-Punkten über dem Basiszins aus einem Betrag in Höhe von 87.500 € für den
Zeitraum vom 20.9.2008 bis zum 3.12.2010 zu zahlen.

Auf die Anschlussberufung des Klägers zu 10) wird die Beklagte in Abänderung
der erstinstanzlichen Entscheidung verurteilt, an ihn über den erstinstanzlich
zugesprochenen Betrag hinaus weitere Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über

dem Basiszins für den Zeitraum vom 20.9.2008 bis zum 29.11.2010 aus einem Betrag von 458.000 € zu zahlen.

Auf die Anschlussberufung der Klägerin zu 11) wird die Beklagte in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung verurteilt, an sie über den erstinstanzlich zugesprochenen Betrag hinaus weitere Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins für den Zeitraum vom 20.9.2008 bis zum 3.12.2010 aus einem Betrag von 801.500 € zu zahlen.

Auf die Anschlussberufung des Klägers zu 12) wird die Beklagte in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung verurteilt, an ihn über den erstinstanzlich zugesprochenen Betrag hinaus weitere Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins für den Zeitraum vom 20.9.2008 bis zum 3.12.2010 aus einem Betrag von 4.308.062,50 € zu zahlen.

Auf die Anschlussberufung des Klägers zu 15) wird die Beklagte in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung verurteilt, an ihn über den erstinstanzlich zugesprochenen Betrag hinaus weitere Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins für den Zeitraum vom 20.9.2008 bis zum 21.1.2009 aus 53.271.125 € zu zahlen.

Hinsichtlich der erstinstanzlichen Kosten bleibt die Kostenentscheidung des Landgerichts unberührt. Die Beklagte trägt die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens und des Revisionsverfahrens II ZR 14/21 sowie die in diesen Verfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten der Kläger zu 1) bis 8), 10) bis 12), 15) und 16). Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

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

Die Kläger waren Aktionäre der Deutschen Postbank AG (im Folgenden: Postbank).

Am 12. September 2008 schloss die damalige Mehrheitsgesellschafterin der Postbank, die Deutsche Post AG (im Folgenden: Post) mit der Beklagten einen als "Sale and Purchase Agreement" bezeichneten Vertrag (im Folgenden: Ursprungsvereinbarung), nach dem die Beklagte Aktien im Umfang von 29,75 % des Grundkapitals der Postbank zum Preis von 57,25 € je Aktie (im Folgenden: Verkaufsaktien) erwerben sollte. Für die Dividendenberechtigung der Aktien und etwaiger zusätzlicher aus einer Kapitalerhöhung herrührender Aktien im Geschäftsjahr 2008 wurde dabei in § 3.1.1 der Ursprungsvereinbarung eine Zahlung in Höhe von 110.000.000 € vereinbart. Wegen des näheren Vertragsinhalts wird auf die von der Beklagten vorgelegten Anlagen B 77 und B 95 Bezug genommen.

Die Vertragsparteien erwarteten den Eintritt des Vollzugsdatums (Closing Date) im ersten Quartal 2009 und die Durchführung einer Hauptversammlung bei der Postbank im zweiten Quartal 2009.

Am 22. Dezember 2008 vereinbarten die Beklagte und die Post, den Vollzug der Ursprungsvereinbarung zu verschieben. Am 14. Januar 2009 schlossen sie ein "Amendment Agreement regarding the Acquisition of Shares in Deutsche Postbank AG" (im Folgenden: Nachtragsvereinbarung). In Abänderung der Ursprungsvereinbarung sollte die Beklagte zunächst 50.000.000 Postbankaktien (22,9 % des Grundkapitals) zu je 23,92 € von der Post erwerben. Weitere 60.000.000 Postbankaktien (27,4 % des Grundkapitals) sollte sie im ersten Quartal 2009 für je 45,45 € über eine Pflichtumtauschanleihe mit Fälligkeit am 25. Februar 2012 erwerben. Ende Februar 2009 erwarb die Beklagte über eine Tochtergesellschaft Aktien im Umfang von 22,9 % des Grundkapitals der Postbank und zeichnete die Pflichtumtauschanleihe.

Die Beklagte veröffentlichte am 7. Oktober 2010 ein freiwilliges Übernahmeangebot in Bezug auf die Aktien der Postbank zum Preis von 25 € je Aktie. Die Kläger zu 1) bis 12), zur Gruppe des Klägers zu 15) gehörende Unternehmen und die Klägerin zu 16) nahmen das Angebot in unterschiedlichem Umfang an. Der Beklagten wurden am 3. Dezember 2010 insgesamt 48.194.431 Postbankaktien gegen Zahlung von 25 € je Aktie übertragen.

Die Kläger zu 1) bis 12), 15) und 16) haben die Auffassung vertreten, dass die Beklagte verpflichtet gewesen sei, bereits im Jahr 2008 ein Pflichtangebot zu veröffentlichen. Sie verlangen zuletzt unter Anrechnung der Gegenleistung von 25 € je Aktie im Wesentlichen die Berücksichtigung des am 12. September 2008 in der Ursprungsvereinbarung vereinbarten Erwerbspreises von 57,25 € nebst Zinsen. Hilfsweise hat ein Teil der Kläger geltend gemacht, dass die Beklagte jedenfalls zu späteren Anknüpfungszeitpunkten zur Veröffentlichung eines Pflichtangebots verpflichtet gewesen sei. Auch zu diesen Zeitpunkten ergebe sich ein höherer Preis als der des freiwilligen Übernahmeangebots.

Das Landgericht, auf dessen Entscheidung wegen des Sachverhalts, der Entscheidungsgründe und der erstinstanzlich gestellten Anträge verwiesen wird (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), hat die Beklagte überwiegend antragsgemäß verurteilt, was die Kläger zu 1) bis 12), 15) und 16) betrifft. Deren Anspruch ergebe sich in der jeweils zuerkannten Höhe aus § 31 Abs. 1 WpÜG. Zur Begründung hat es unter anderem ausgeführt, dass die Ursprungsvereinbarung eine Zurechnung nach § 30 Abs. 1 Nr. 2 WpÜG begründe. Die Post habe die Aktien nach Abschluss der Vereinbarung für Rechnung der Beklagten gehalten. Diese habe sämtliche Risiken und Chancen der Postbankübernahme getragen. Die Klagen der Kläger zu 13), 14) und 17) hat das Landgericht abgewiesen.

Mit Urteil vom 16. Dezember 2020 hat der Senat die Berufung des Klägers zu 13) zurückgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat es die Klage der Kläger zu 1) bis 12), 15) und 16) abgewiesen und die auf den Zinsspruch bezogenen Anschlussberufungen der Kläger zu 1), 2), 10) bis 12) und 15) sowie die auf einen weiteren Differenzbetrag von 8,40 € je Aktie und den Zinsspruch gerichtete Anschlussberufung des Klägers zu 9) zurückgewiesen.

Auf die Revision der Kläger zu 1) bis 12), 15) und 16) hat der Bundesgerichtshof das Urteil vom 16. Dezember 2020 aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2022 – II ZR 14/21; im Folgenden: Revisionsurteil). Der Kläger zu 9) hat die Klage nach der wiedereröffneten Berufungsverhandlung zurückgenommen.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass eine Zurechnung der Verkaufsaktien nach § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpÜG auf Grund der Ursprungsvereinbarung unter Berücksichtigung der nach dem Revisionsurteil zu beachtenden Maßstäbe, ausscheide. Ein Übergang der wesentlichen Chancen und Risiken sei schon wegen der seinerzeit bestehenden Vollzugsrisiken nicht anzunehmen. Das Insolvenzrisiko sei auf Grund der vertraglichen Vereinbarungen und im Hinblick auf die Haftung gegenüber dem Einlagensicherungsfonds weitgehend bei der Post verblieben. Eine Einflussnahme auf die Stimmrechtsausübung sei wegen des kartellrechtlichen Vollzugsverbots bis zur Genehmigung durch das Bundeskartellamt nicht möglich gewesen. Selbst im Falle einer Zurechnung habe sie im relevanten Zeitraum kein Pflichtangebot abgeben müssen, weil sie eine Kenntnis von der Kontrollerlangung seinerzeit weder gehabt habe noch den Umständen nach hätte haben müssen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Köln vom 20.10.2017 (82 O 11/15) abzuändern und die Klagen der Kläger zu 1) bis 8), 10) bis 12), 15) und 16) abzuweisen.

Die Kläger zu 1) bis 8), 10) bis 12), 15) und 16) beantragen,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Der Kläger zu 1) beantragt ferner im Wege der Anschlussberufung,

die Beklagte in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung zu verurteilen, an ihn über die erstinstanzlich vom Landgericht zugesprochenen Beträge in Höhe von 267.675 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit dem 20.9.2008 sowie in Höhe von 3.015,70 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit dem 23.1.2015 weitere Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins aus einem Betrag in Höhe von 207.500 € für den Zeitraum vom 20.9.2008 bis zum 3.12.2010 zu zahlen.

Der Kläger zu 2) beantragt ferner im Wege der Anschlussberufung,

die Beklagte in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung zu verurteilen, an ihn über die erstinstanzlich vom Landgericht zugesprochenen Beträge in Höhe von 112.875 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit dem 20.9.2008 sowie in Höhe von 1.999,32 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit dem 23.1.2015 weitere Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins aus einem Betrag in Höhe von 87.500 € für den Zeitraum vom 20.9.2008 bis zum 3.12.2010 zu zahlen.

Der Kläger zu 10) beantragt ferner im Wege der Anschlussberufung,

die Beklagte in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung zu verurteilen, an ihn über den erstinstanzlich zugesprochenen Betrag von 258.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit 30.11.2010 weitere Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins für den Zeitraum vom 20.9.2008 bis zum 29.11.2010 aus einem Betrag von 458.000 € zu zahlen.

Die Klägerin zu 11) beantragt ferner im Wege der Anschlussberufung,

die Beklagte in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung zu verurteilen, an sie über den erstinstanzlich zugesprochenen Betrag von 451.500 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit 4.12.2010 weitere Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins für den Zeitraum vom 20.9.2008 bis zum 3.12.2010 aus einem Betrag von 801.500 € zu zahlen.

Der Kläger zu 12) beantragt ferner im Wege der Anschlussberufung,

die Beklagte in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung zu verurteilen, an ihn über den erstinstanzlich zugesprochenen Betrag von 2.426.812 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit 4.12.2010 weitere Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins für den Zeitraum vom 20.9.2008 bis zum 3.12.2010 aus einem Betrag von 4.308.062,50 € zu zahlen.

Der Kläger zu 15) beantragt ferner im Wege der Anschlussberufung,

die Beklagte in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung zu verurteilen, an ihn 30.008.625 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins seit 4.12.2010 sowie weitere Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszins für den Zeitraum vom 20.9.2008 bis zum 3.12.2010 aus 53.271.125 € zu zahlen.

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

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.

A.

Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht im Umfang der erstinstanzlich gestellten Anträge verurteilt, an die Kläger die Differenz zwischen der nach Annahme des Übernahmeangebots tatsächlich gezahlten Gegenleistung (25 € je Aktie) und der angemessenen Gegenleistung (57,25 € je Aktie) zu zahlen.

1.

Die Beklagte erlangte am 12. September 2008 gemäß § 29 Abs. 2 WpÜG die Kontrolle über die Postbank.

a)

Mit Abschluss der Ursprungsvereinbarung an diesem Tag waren der Beklagten gemäß § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpÜG die Verkaufsaktien im Umfang von 29,75 % des Grundkapitals der Postbank zuzurechnen. Die Post hielt diese Aktien nach Abschluss der Ursprungsvereinbarung für Rechnung der Beklagten.

(1)

Aus dem Merkmal "für Rechnung" in § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpÜG ergibt sich, dass der Bieter die wesentlichen Risiken und Chancen aus den betreffenden Aktien tragen muss. Dazu gehören etwa die Risiken und Chancen einer Veränderung des Börsenkurses, die Chancen einer Dividendenzahlung und das Insolvenzrisiko der Zielgesellschaft. Maßgeblich ist die Zuordnung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Die dafür erforderliche Tatsachenfeststellung und Auslegung darf sich nicht nur auf die rechtliche Bestimmung des Vertragsinhalts richten, sondern muss auch die wirtschaftlichen Gegebenheiten unter Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall würdigen und gewichten (Revisionsurteil Rn. 92 f.).

(a)

Die Dividendenchance aus den Verkaufsaktien ist bei der danach gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung bereits mit Abschluss der Ursprungsvereinbarung auf die Beklagte übergegangen. Diese Zuordnung ergibt sich aus der für die Dividendenberechtigung aus den Verkaufsaktien für das Geschäftsjahr 2008 in § 3.1.1 vereinbarten zusätzlichen Zahlung von 110.000.000 €, der gemeinsamen Vorstellung der Kaufvertragsparteien, dass die nächste Hauptversammlung, auf der eine Ausschüttung hätte beschlossen werden können, erst nach der Übertragung der Aktien stattfinden würde, und der in § 9.1 getroffenen Regelung, nach der die Post mit ihren Stimmrechten eine Dividendenausschüttung bei einer wider Erwarten doch vor dem Vollzugsdatum einberufenen Hauptversammlung verhindern musste (vgl. Revisionsurteil Rn. 101).

(b)

Das Börsenkursrisiko ist in Anbetracht des vereinbarten Festpreises der Beklagten zuzuordnen. Diese war nach der Ursprungsvereinbarung auch bei einer nachteiligen Kursentwicklung zur Abnahme der Aktien gegen Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, so dass sich künftige Wertveränderungen wirtschaftlich allein in ihrem Vermögen auswirkten (vgl. Revisionsurteil Rn. 100, 120).

(c)

Das Insolvenzrisiko ist nach den in der Ursprungsvereinbarung getroffenen Regelungen überwiegend der Beklagten, teilweise aber auch der Post zuzuordnen.

Beim Kauf von Gesellschaftsanteilen trägt grundsätzlich der Käufer das Risiko einer Insolvenz der Zielgesellschaft, weil die Insolvenz nicht zur Folge hat, dass der Kaufvertrag nicht mehr erfüllt werden kann. Der Bundesgerichtshof hat im Revisionsurteil (Rn. 120) ausgeführt, dass im vorliegenden Fall die Vereinbarung des festen Erwerbspreises für die Verkaufsaktien für den Übergang nicht nur des Börsenkurs-, sondern auch des Insolvenzrisikos auf die Beklagte spricht. Er hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die Verpflichtung zur Abnahme der Aktien zum vereinbarten Preis auch bei einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse bei der Postbank galt.

Allerdings übernahm die Post in § 5.2.1 b) der Ursprungsvereinbarung eine Garantie dafür, dass keine Konkurs- oder gerichtlichen Vergleichsverfahren anhängig oder beantragt worden sind. Diese Garantie bezog sich gemäß § 5.1 nicht nur auf das

Datum des Vertragsschlusses, sondern auch auf den Zeitpunkt des Vollzuges. Inwieweit diese Garantie dem Übergang des Insolvenzrisikos auf die Beklagte entgegensteht, hängt entscheidend von den Rechtsfolgen einer Garantieverletzung ab (Revisionsurteil Rn. 121).

Die von der Beklagten im wiedereröffneten Berufungsverfahren ungeschwärzt vorgelegten Klauseln sehen in § 7.8 eine Beschränkung der Haftung auf 25 % der Gesamtsumme der in § 3.1 und § 3.3 geregelten Kaufpreiskomponenten vor. Weitergehende Rechte, unter anderem auch Rücktrittsrechte und Ansprüche wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage, sind ausgeschlossen (§ 6.4.1). Hinzu kommen weitere Beschränkungen der Einstandspflicht, die sich etwa aus der Haftungsfreistellung für gemäß der Kenntnisfiktion nach § 7.2.2 bekannte Umstände ergeben können.

Die Beklagte hält die Regelung in § 7.8 im Zusammenhang mit dem Insolvenzrisiko für praktisch bedeutungslos, weil Ansprüche infolge vorsätzlicher oder absichtlicher Pflichtverletzungen ("willful or intentional breaches") von der Haftungsbegrenzung ausgenommen sind. Die Beklagte meint, dass der Post eine Insolvenz der Postbank nicht verborgen bleiben könne, der Versuch der Aktienübertragung am Vollzugstag daher stets unter diese Ausnahme falle. Dem kann nicht gefolgt werden, weil sich die Garantie gemäß § 5.1 ausdrücklich nicht auf die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes (also der Aktien) bezieht, die Übertragung der Verkaufsaktien dementsprechend keine Pflichtverletzung darstellt und die Beklagte deren Übernahme auch im Garantiefall nicht hätte ablehnen können. Es bleibt zunächst festzuhalten, dass die von der Post übernommene Garantie das Insolvenzrisiko unter Berücksichtigung der Haftungsgrenze und der weiteren Einschränkungen überwiegend bei der Beklagten beließ.

Keine Bedeutung für die Zuweisung des Insolvenzrisikos aus den Verkaufsaktien hat das von der Beklagten mit Schriftsatz vom 12. Juni 2024 erstmals hervorgehobene Risiko der Post, im Falle einer Insolvenz der Postbank gegenüber dem Einlagensicherungsfonds des Bundesverbands deutscher Banken zu haften. Dieses Risiko traf die Post nach dem Vorbringen der Beklagten auf Grund einer nach Maßgabe der Statuten des Fonds abgegebenen Freistellungserklärung. Diese sei erst mit dinglicher Beendigung des Mehrheitsbesitzes an der Postbank widerrufenlich gewesen. Auch nach dem Widerruf hätte die Post aus der Erklärung gehaftet, wenn bereits vorher eingetretene Tatsachen zu Maßnahmen des Fonds hinsichtlich der Postbank geführt hätten. Die von der Beklagten geschilderten Regelungen zeigen,

dass es sich bei dem hier erörterten Risiko nicht um ein Risiko aus den Verkaufsaktien handelt. Die nach dem Revisionsurteil vorzunehmende wirtschaftliche Zuordnung bezieht sich aber nur auf die Chancen und Risiken aus den Aktien. Ein Risiko, das selbst bei dinglicher Übertragung der Aktien nicht ohne Weiteres auf den Erwerber übergeht, ist für deren Zurechnung nach § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpÜG irrelevant.

Die Frage, ob der Umstand, dass das Insolvenzrisiko infolge der vertraglichen Garantie teilweise bei der Post verblieb, im Rahmen der anzustellenden Gesamtbetrachtung einer Zuordnung der wesentlichen Chancen und Risiken entgegensteht, hängt nicht nur von der Aufteilung des Risikos zwischen den Kaufvertragsparteien, sondern auch davon ab, wie wahrscheinlich eine solche Insolvenz in der damaligen Situation tatsächlich war. Aus den Ausführungen des Bundesgerichtshofs zur Bedeutung der Rechtsfolgen einer Garantieverletzung (Revisionsurteil Rn. 121) folgt nicht, dass es allein darauf ankommt, welche Vertragspartei das abstrakte Insolvenzrisiko der Postbank zu tragen hatte. Die Behandlung der Dividendenchance, deren Wesentlichkeit nach den Ausführungen im Revisionsurteil (Rn. 97) auch davon abhängt, ob es bei Vertragsschluss realistisch war, dass die Postbank im Geschäftsjahr 2008 ausschüttungsfähige Gewinne erzielt, zeigt, dass es im Rahmen der Gewichtung von Chancen und Risiken unter anderem auf deren konkrete Wahrscheinlichkeit ankommen kann.

Die Beklagte behauptet zuletzt, dass das Risiko, dass es zu einer Insolvenz der Postbank kommen könnte, bei Unterzeichnung der Ursprungsvereinbarung nicht rein theoretisch gewesen sei. Ihr Ausfallrisiko habe am 12. September 2008 deutlich über dem regulatorisch erwünschten Höchstmaß gelegen. Nach dem in Bezug genommenen Gutachten vom 10. Juni 2024 (Anlage B 128, dort S. 14) lag das Risiko eines Ausfalls innerhalb des folgenden Jahres bei 0,5 %. Danach ist das Insolvenzrisiko nicht von vornherein zu vernachlässigen. Ob die von der Post übernommene Garantie einer Zuordnung der wesentlichen Chancen und Risiken zur Beklagten entgegensteht, lässt sich erst im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung (siehe unten (e)) entscheiden.

(d)

Die Beklagte vertritt die Auffassung, dass ihr die wesentlichen Risiken und Chancen aus den Verkaufsaktien nach Abschluss der Ursprungsvereinbarung schon deshalb nicht zugeordnet werden konnten, weil seinerzeit nicht sicher war, ob die

Ursprungsvereinbarung vollzogen werden würde. Die Unsicherheit ergebe sich insbesondere aus den in ihrem Schriftsatz vom 5. April 2024 nochmals zusammenfassend dargestellten Risiken (Freigabe durch das Bundeskartellamt und durch die österreichischen Kartellbehörden, Genehmigung durch die BaFin, Zustimmung durch Bundesrepublik, letztlich alle Bedingungen erfüllt am 29. Dezember 2008).

Soweit die Beklagte das Vollzugsrisiko in ihrem Schriftsatz vom 12. Juni 2024 mit dem im Revisionsurteil (Rn. 120) angesprochenen Risiko der Unmöglichkeit der Übertragung der Aktien vergleicht und ebenfalls als Unmöglichkeitsrisiko im Sinne einer rechtlichen Unmöglichkeit der Aktienübertragung behandelt sehen will, kann ihr schon im Ansatz nicht gefolgt werden. Wie die Beklagte selbst ausführt, hatte der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang eine spezifische Konstellation der Unmöglichkeit vor Augen, nämlich die Unmöglichkeit, die Aktie als verkörpertes Papier nach § 929 BGB zu übertragen, insbesondere in den Fällen der Wertloserklärung. Dieses Risiko trifft grundsätzlich den Aktionär als solchen; es ist ein Risiko aus der Aktie. Demgegenüber bezieht sich das von der Beklagten geltend gemachte Vollzugsrisiko von vornherein auf die Transaktion selbst. Es trifft grundsätzlich beide Kaufvertragsparteien und ist deshalb ungeeignet, etwas darüber auszusagen, wem die verkaufte Aktie wirtschaftlich zuzuordnen ist.

Die Beklagte stützt ihre Überlegungen zum Vollzugsrisiko auch darauf, dass der Übergang der wesentlichen Chancen und Risiken aus den Aktien auf den Bieter dem Revisionsurteil (Rn. 140) zufolge typischerweise bewirkt, dass der Inhaber der Stimmrechte kein eigenes Interesse mehr an der Ausübung der Stimmrechte hat. Sie zieht daraus den Umkehrschluss, dass eine Zurechnung ausscheidet, solange der Inhaber ein eigenes Interesse hat, weil ihn mit der Aktie verbundene wirtschaftliche Chancen und Risiken treffen können. Der Bundesgerichtshof beschreibt in der von der Beklagten aufgegriffenen Passage jedoch keine notwendige Voraussetzung, sondern nur eine typische Folge des Übergangs der wesentlichen Chancen und Risiken, um auf Grund dieser Überlegung die Anforderungen an die zweite Zurechnungsvoraussetzung, die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Stimmrechtsausübung, zu konkretisieren. Wenn jedwedes Eigeninteresse des Aktieninhabers zurechnungshindernd wäre, dann dürfte es schon nicht ausreichen, dass nur die wesentlichen Chancen und Risiken auf den Bieter übergehen, wie es nach dem Revisionsurteil der Fall ist.

Die Beklagte zeigt auch nicht in nachvollziehbarer Weise auf, dass der Eintritt der vertraglich vereinbarten Vollzugsbedingungen am 12. September 2008 ungewiss

war. Um die Erheblichkeit des geltend gemachten Vollzugsrisikos zu begründen, greift die Beklagte in ihren Ausführungen wiederholt auf die tatsächliche Entwicklung der Bankenkrise nach dem 12. September 2008 vor. Auf die spätere Entwicklung kann es für die Frage, ob die an diesem Tag unterzeichnete Ursprungsvereinbarung eine Zurechnung nach § 30 Abs. 1 Nr. 2 WpÜG und bei Erreichen der Kontrollschwelle eine Angebotspflicht ausgelöst hat, nicht ankommen. Selbst die später tatsächlich abgeschlossene Nachtragsvereinbarung mit einer Verringerung der Verkaufsaktien führt nicht dazu, dass eine durch kontrollbegründende Zurechnung der ursprünglich vorgesehenen Verkaufsaktien ausgelöste Verpflichtung zur Abgabe eines Übernahmeangebots entfällt (Revisionsurteil Rn. 175). Die Ausführungen der Beklagten berücksichtigen auch nicht hinreichend, dass es sich bei den behördlichen Genehmigungen um rechtlich gebundene Entscheidungen handelte. Dass die Genehmigungen richtigerweise hätten versagt werden müssen, macht die Beklagte selbst nicht geltend.

Soweit die Beklagte ein Vollzugsrisiko aus ihrem angeblich wenige Tage nach dem 12. September 2008 entstandenen Wunsch nach Nachverhandlungen herleitet, stellt sie wiederum nicht auf den für die Frage nach einer Zurechnung auf Grund der Ursprungsvereinbarung maßgeblichen Zeitpunkt ab. Am 12. September 2008 wogen die Sorgen wegen der sich abzeichnenden Bankenkrise nicht so stark, dass sie die Beklagte vom Vertragsschluss abgehalten hätten. Mit Unterzeichnung der Ursprungsvereinbarung war die Beklagte an eine damit gegebenenfalls verbundene Übernahme von Chancen und Risiken zunächst gebunden. Daran und an den übernahmerechtlichen Folgen kann die selbstverständliche Möglichkeit von Nachverhandlungen nichts ändern.

(e)

Bei der für die Zurechnungsentscheidung erforderlichen Gewichtung der Chancen und Risiken aus den Verkaufsaktien im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung kommt der Dividendenchance schon deshalb keine wesentliche Bedeutung zu, weil nach der Transaktionsplanung vor dem geplanten Vollzug keine Hauptversammlung stattfinden sollte. Hinzu kommt, dass eine Dividendenzahlung, die – wenn überhaupt realistisch – in der konkreten Situation wohl nicht allzu umfangreich hätte ausfallen können, in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung hinter den mit Kursschwankungen verbundenen Wertveränderungsrisiken deutlich zurückbliebe.

Damit stellt sich entscheidend die Frage danach, welches Gewicht dem Umstand zukommt, dass das Insolvenzrisiko auf Grund der Garantie nach § 5.2.1 b) der Ursprungsvereinbarung teilweise bei der Post verblieb. Im Einklang mit den vom Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit der Dividendenchance vorgenommenen Erwägungen (Revisionsurteil Rn. 97 a. E.) ist das Insolvenzrisiko nicht isoliert, sondern im Verhältnis zum Börsenkursrisiko zu bewerten. Das von der Beklagten durch Bezugnahme auf die Anlage B128 behauptete Ausfallrisiko von 0,5 % bezieht sich auf den Zeitraum eines ganzen Jahres ab dem 12. September 2008. Das maßgebliche Ausfallrisiko bis zum avisierten Vollzugsdatum im ersten Quartal 2009 lässt sich der Anlage nicht entnehmen. Es muss aber geringer sein. Hiervon unabhängig mag das Ausfallrisiko deutlich über dem regulatorisch erwünschten Höchstmaß gelegen haben. In seiner Eintrittswahrscheinlichkeit bleibt es jedoch weit hinter dem Risiko einer Veränderung des Börsenkurses zurück. Berücksichtigt man außerdem, dass die Post selbst im Garantiefall nur bis zu der vereinbarten Haftungsgrenze von 25 % und nur unter Berücksichtigung der Haftungsfreistellung für der Beklagten bekannte Umstände (§ 7.2) einzustehen hatte, so ist der bei der Post verbliebene Teil des Insolvenzrisikos im Rahmen der unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten vorzunehmenden Gesamtbetrachtung nicht als wesentlich anzusehen. Die wesentlichen Chancen und Risiken aus den Verkaufsaktien hatte mit Abschluss der Ursprungsvereinbarung vielmehr die Beklagte zu tragen.

(2)

Die für eine Zurechnung nach § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpÜG weiter erforderliche Möglichkeit, Einfluss auf die Stimmrechtsausübung zu nehmen (ausführlich Revisionsurteil Rn. 124 ff.) ist hinsichtlich der Verkaufsaktien durch den Zustimmungsvorbehalt (§ 9.1 der Ursprungsvereinbarung) und die sich aus den Verträgen ergebende Pflicht der Post zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Beklagten eröffnet (Revisionsurteil Rn. 144).

Die von der Beklagte unter Bezugnahme auf verschiedene Entscheidungen zum Vollzug von Wareneinkaufsvereinbarungen aufgeworfene Frage, ob die tatsächliche Einflussnahme vor Erteilung der Freigabe durch das Bundeskartellamt am 17. November 2008 gegen das kartellrechtliche Vollzugsverbot (§ 41 Abs. 1 Satz 1 GWB) verstoßen hätte, ist nicht entscheidungserheblich. Für die Frage, ob die Post die Verkaufsaktien im Sinne von § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpÜG für Rechnung

der Beklagten hielt, kommt es auf die vertraglichen Absprachen der Parteien und deren wirtschaftliche Bedeutung, nicht aber auf deren kartellrechtliche Bewertung an.

b)

Am 12. September 2008 hielt die Beklagte außerdem einen zu diesem Zeitpunkt noch nicht befreiten Handelsbestand im Umfang zwischen 0,25 % und 3 % des Grundkapitals der Postbank. Dem entsprechenden Vorbringen der Kläger (z. B. Schriftsatz der Kläger zu 3) bis 8) und 16) vom 18. Juni 2023, S. 32 ff.) tritt die Beklagte auch nach Erörterung in der letzten Berufungsverhandlung nicht entgegen.

c)

Damit wurde in Verbindung mit der Zurechnung der Stimmrechte aus den Verkaufsaktien (29,75 %) bereits durch Abschluss der Ursprungsvereinbarung die Kontrollschwelle nach § 29 Abs. 2 WpÜG erreicht.

2.

Von der Kontrollerlangung hatte die Beklagte am 12. September 2008 Kenntnis.

a)

Im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 2 WpÜG hat ein Bieter jedenfalls dann Kenntnis von der Kontrollerlangung, wenn ihm die den Kontrollerwerb begründenden Tatsachen bekannt sind und er außerdem damit rechnet, dass eine von ihm geschlossene Vereinbarung vom zuständigen Gericht als kontrollbegründend beurteilt wird. Es ist nicht erforderlich, dass er diese Beurteilung teilen oder mit Gewissheit oder auch nur überwiegender Wahrscheinlichkeit vorhersehen muss.

Ein Rechtsirrtum des Bieters ist damit unter denselben strengen Voraussetzungen beachtlich wie der Rechtsirrtum des Schuldners (dazu BGH, Urteil vom 11. Juni 2014 – VIII ZR 349/13, Rn. 34 ff.) und der Verbotsirrtum des Adressaten eines Schutzgesetzes (dazu BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 63 ff.) im Zusammenhang mit einer verschuldensabhängigen Schadensersatzhaftung. Dieser Maßstab entspricht der Stellung des Bieters als Adressat der in § 35 WpÜG geregelten Angebotspflicht.

(1)

Dieser Auslegung steht nicht entgegen, dass § 35 Abs. 1 Satz 2 WpÜG nicht die Folgen einer Pflichtverletzung, sondern den Beginn der Frist regelt, innerhalb deren die Veröffentlichungspflicht zu erfüllen ist. Daraus folgt nicht, dass vor Fristbeginn überhaupt keine Pflicht besteht, die es rechtfertigt, den Erwerber bei den Anforderungen an einen entschuldigenden Rechtsirrtum hinsichtlich der Kontrollerlangung ebenso zu behandeln wie andere Verpflichtete.

Als Fristregelung soll § 35 Abs. 1 Satz 2 WpÜG nicht bestimmen, ob eine Veröffentlichung überhaupt, sondern wann sie spätestens zu erfolgen hat. Sie regelt nicht die Voraussetzungen, sondern – in zeitlicher Hinsicht – den näheren Inhalt der Veröffentlichungspflicht. Daraus, dass es in § 35 Abs. 1 Satz 2 WpÜG nicht um Sekundäransprüche, sondern um die zeitliche Konkretisierung der Veröffentlichungspflicht selbst geht, ergibt sich sogar, dass der Geltungsanspruch des Rechts, der in ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als Grund für die strengen Anforderungen an einen den Schuldner entlastenden Rechtsirrtum angeführt wird (BGH, Urteil vom 11. Juni 2014 – VIII ZR 349/13, Rn. 34) hier unmittelbar betroffen ist. Die Beklagte verkehrt diese Überlegung in ihr Gegenteil, wenn sie sich mit dem Argument, dass die Veröffentlichungspflicht gar nicht galt, solange sie keine Kenntnis vom Kontrollerwerb haben musste, gegen die Anwendung dieses Maßstabs wendet und das Erfordernis des Kennenmüssens so eng verstanden wissen will, dass im Zweifel kein Pflichtangebot abzugeben ist. Das wäre angesichts der Auslegungsfragen, die die verschiedenen Zurechnungstatbestände in § 30 WpÜG sowohl im Grundsatz als auch in der Anwendung auf den Einzelfall aufwerfen, im Ergebnis eine ganz erhebliche Selbstbeschränkung des Geltungsanspruchs der Angebotspflicht.

Weder der Gesetzestext noch seine Entstehungsgeschichte bieten eine tragfähige Grundlage für die Annahme, dass der Fristregelung in § 35 Abs. 1 Satz 2 WpÜG eine derart weitgehende Bedeutung zukommen soll. Nach dem Gesetzestext versteht es sich nicht einmal von selbst, dass neben der Höchstfrist von sieben Kalendertagen auch die in § 35 Abs. 1 Satz 1 WpÜG zunächst unbedingt ausgesprochene Verpflichtung, den Kontrollerwerb "unverzüglich" zu veröffentlichen, eine Frist im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 2 WpÜG darstellt. Davon ist im Einklang mit dem vom Bundesgerichtshof erteilten Hinweis, dass die für den Zeitpunkt, zu dem das Angebot zu veröffentlichen wäre, maßgeblichen Fristen an die Kenntnis bzw. das

Kennenmüssen eines Kontrollerwerbs anknüpfen (Revisionsurteil Rn. 169), zwar auszugehen. Daraus folgt aber nicht, dass die spätere Annahme eines Kontrollerwerbs durch die zuständigen Gerichte in einer Weise vorhersehbar sein muss, dass die maßgeblichen Fristen selbst dann nicht beginnen, wenn der Bieter mit einer entsprechenden Beurteilung rechnet oder rechnen muss.

Die Erläuterungen zu § 35 WpÜG im Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 14/7034, S. 59) beginnen mit der in § 35 Abs. 1 Satz 1 WpÜG festgelegten Verpflichtung "zu unverzüglicher Publizität". Die Fristregelung in § 35 Abs. 1 Satz 2 WpÜG wird ohne nähere Kommentierung wiedergegeben. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Anknüpfung des Fristbeginns an Kenntnis und Kennenmüssen die Pflicht zur Veröffentlichung des Kontrollerwerbs und damit mittelbar auch die Angebotspflicht Einschränkungen unterwerfen sollte, die dem Gebot, den Kontrollerwerb unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB), zu veröffentlichen, nicht ohnehin immanent sind. Dagegen, dass die Regelung des Fristbeginns dem Bieter einen weitergehenden Schutz verschaffen sollte, spricht auch der Umstand, dass die Bundesregierung anlässlich der Umsetzung der Richtlinie 2004/25/EG betreffend Übernahmeangebote feststellte, dass die in Art. 5 der Richtlinie vorgesehene Angebotspflicht bereits nach geltendem Recht bestehe (BR-Drs. 154/06, S. 20). Vor dem Hintergrund, dass das Pflichtangebot nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie "unverzüglich" ("dans les plus brefs délais", "at the earliest opportunity") zu unterbreiten ist, ging man im Gesetzgebungsverfahren implizit davon aus, dass § 35 Abs. 1 Satz 2 WpÜG insoweit keinen abweichenden Maßstab festlegt. Im Ergebnis legen Gesetzgebungsgeschichte und unionsrechtlicher Hintergrund es nahe, die Anforderungen an Kenntnis und Kennenmüssen im Lichte des Gebots zur unverzüglichen Veröffentlichung des Kontrollerwerbs und der Stellung des Bieters als Adressat der Angebotspflicht zu bestimmen.

(2)

Der Regelungszweck von § 35 Abs. 1 Satz 2 WpÜG spricht ebenfalls für einen weiten Kenntnisbegriff, der den Fall einschließt, dass der Erwerber weder mit Gewissheit weiß noch vermutet, aber damit rechnet, dass die zuständigen Gerichte die Erwerbsvereinbarung als kontrollbegründend ansehen werden.

Indem diese Vorschrift den Fristbeginn an Kenntnis oder Kennenmüssen des Kontrollerwerbs knüpft, schützt sie den Bieter im Falle eines für diesen nicht erkennbaren

Kontrollerwerbs vor dem Ablauf der Veröffentlichungsfrist und den daran anknüpfenden Rechtsfolgen. Soweit der Kontrollerwerb von der rechtlichen Bewertung eines dem Bieter bekannten Sachverhalts abhängt, geht es, wie die Beklagte zutreffend ausführt, um die Vorhersehbarkeit dieser Beurteilung durch die zuständigen Gerichte. Damit stellt sich im Rahmen der Auslegung des Kenntnisbegriffs die Frage, mit welchem Grad an Wahrscheinlichkeit die spätere gerichtliche Entscheidung bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vorhersehbar sein muss. Dabei können nicht allein die Interessen des Bieters berücksichtigt werden, denn dessen Schutz erfolgt auf Kosten der Minderheitsaktionäre, denen wegen der Abhängigkeit der Angebotspflicht von der Veröffentlichung des Kontrollerwerbs (§ 35 Abs. 2 Satz 1 WpÜG) zunächst kein Angebot unterbreitet werden muss und die, wenn der Fristbeginn um mehr als sechs Monate hinausgeschoben wird, selbst auf Grund eines späteren Angebots keine angemessene Gegenleistung nach Maßgabe der in der kontrollbegründenden Vereinbarung vereinbarten Gegenleistung verlangen können.

Im Hinblick auf die Interessenlage der Minderheitsaktionäre argumentiert die Beklagte, dass die durch den objektiven Kontrollerwerb begründete Gefährdungslage entschärft sei oder entfalle, wenn der Kontrollerwerb dem Bieter gar nicht bewusst sei. Das mag bei Unkenntnis der den Kontrollerwerb begründenden Tatsachen im Einzelfall denkbar sein. Dagegen hat eine die rechtliche Bewertung, ob ein dem Bieter bekannter Sachverhalt einen Zurechnungstatbestand erfüllt und deshalb als Kontrollerwerb zu bewerten ist, betreffende Ungewissheit auf das Interesse der Minderheitsaktionäre an einem Übernahmeangebot zu einer angemessenen Gegenleistung keinen Einfluss. Es bleibt bei einem deutlichen Interessengegensatz, der unter anderem durch die an die fristauslösende Kenntnis des Bieters zu stellenden Anforderungen entschieden und daher bei der Auslegung des Kenntnisbegriffs beachtet werden muss.

Im Hinblick auf den durch § 35 Abs. 1 Satz 2 WpÜG zu entscheidenden Interessengegensatz zwischen Bieter und Minderheitsaktionären lässt sich der zum Tatbestandsmerkmal der Kenntnis in anderen Vorschriften entwickelte Maßstab nicht ohne Weiteres heranziehen. Dies gilt insbesondere für diejenigen Vorschriften, nach denen der Ausschluss oder der Verlust eines Rechts voraussetzt, dass der Berechtigte einen bestimmten Umstand kennt oder kennen muss. Dabei geht es regelmäßig darum, dass die Kenntnis den Schutzzweck des Rechts entfallen lässt (z. B. §§ 122 Abs. 2, 814 BGB) oder es rechtfertigt, das Recht nach Ablauf eines angemessenen Zeitraums zu seiner Ausübung erlöschen zu lassen (z. B. § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder zumindest einer Einrede auszusetzen (z. B. § 199 Abs. 1

Nr. 2 BGB). In solchen Zusammenhängen werden vergleichsweise hohe Anforderungen an die Kenntnis gestellt (siehe zu § 121 BGB etwa BGH, Urteil vom 26. April 1973 – III ZR 116/71, juris Rn. 22: "zuverlässige Kenntnis" in Abgrenzung zur Vermutung oder dem Verdacht eines Irrtums). Ein derart enger Kenntnisbegriff, in dessen Konsequenz nicht einmal eine Vermutung der Beklagten, die Kontrolle erlangt zu haben, die Veröffentlichungsfrist in Gang gesetzt hätte, wäre mit der Funktion, die das Tatbestandsmerkmal der Kenntnis gerade in § 35 Abs. 1 Satz 2 WpÜG zu erfüllen hat, unvereinbar.

Wegen der Stellung des Bieters als Adressat der Veröffentlichungspflicht wäre es auch nicht richtig, einen Rechtsirrtum hinsichtlich des Kontrollerwerbs im Rahmen von § 35 Abs. 1 Satz 2 WpÜG so zu behandeln wie den Rechtsirrtum eines (vermeintlichen) Gläubigers, der sich zu Unrecht eines Anspruchs berührt. Im Zusammenhang mit der Schadensersatzhaftung für die Geltendmachung unberechtigter Forderungen verneint die Rechtsprechung ein Verschulden bereits dann, wenn die Rechtslage in besonderem Maße unklar ist und der Anspruchsteller sorgfältig prüft, ob dem eigenen Rechtsstandpunkt und der darauf beruhenden Anspruchsberührung eine vertretbare rechtliche Beurteilung zugrunde liegt (BGH, Urteil vom 18. Januar 2011 – XI ZR 356/09, Rn. 31). Das beruht auf der Erwägung, dass dem Gläubiger die Durchsetzung seiner Rechte unzumutbar erschwert würde, wenn man von ihm verlangte, die sicher nur in einem Rechtsstreit zu klärende Berechtigung einer geltend gemachten Forderung schon im Vorfeld oder außerhalb eines Rechtsstreits vorausszusehen (BGH, Urteil vom 11. Juni 2014 – VIII ZR 349/13, Rn. 33). Diese Erwägungen passen nicht zu § 35 WpÜG, weil der Bieter im Hinblick auf die dort geregelten Pflichten keine gläubigerähnliche, sondern eine schuldnerähnliche Stellung innehat.

Die schuldnerähnliche Stellung und das Verständnis von § 35 Abs. 1 Satz 2 WpÜG als Konkretisierung des Gebots der unverzüglichen Publizität nach § 35 Abs. 1 Satz 1 WpÜG legen es vielmehr nahe, den Fristbeginn nur unter denselben engen Voraussetzungen an einem Rechtsirrtum des Bieters scheitern zu lassen, unter denen der Rechtsirrtum eines Schuldners oder der Verbotsirrtum eines Schutzgesetzadressaten einer verschuldensabhängigen Schadensersatzhaftung entgegenstehen. In Fällen, in denen der Bieter damit rechnet (oder damit rechnen muss), dass der ihm bekannte Sachverhalt von den zuständigen Gerichten später als Kontrollerlangung bewertet wird, gibt es keinen sachlichen Grund, dem Schutz des Bieters den Vorrang gegenüber den Interessen der Minderheitsaktionäre einzuräumen.

(3)

Die strengen Anforderungen an den entlastenden Rechtsirrtum eines Schuldners gehen nicht so weit, dass eine diesem ungünstige Entscheidung der Rechtsfrage undenkbar gewesen sein müsste (BGH, Urteil vom 7. März 1972 – VI ZR 169/70, juris Rn. 9). Maßgeblich ist vielmehr, ob er mit einer solchen Beurteilung rechnen musste. Dies gilt insbesondere bei einer unklaren Rechtslage. Hier handelt ein Schuldner regelmäßig bereits dann fahrlässig, wenn er sich erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt, in dem er eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit des fraglichen Verhaltens in Betracht ziehen muss. Der Schuldner darf das Risiko einer zweifelhaften Rechtslage nicht dem Gläubiger zuschieben. Entscheidet er sich bei einer unsicheren Rechtslage dafür, die von ihm geforderte Leistung nicht zu erbringen, geht er – von besonderen Sachlagen abgesehen – das Risiko, dass sich seine Einschätzung später als falsch erweist, zumindest fahrlässig ein und hat deshalb seine Nichtleistung zu vertreten, wenn er – wie in einem späteren Rechtsstreit festgestellt wird – zur Leistung verpflichtet war (BGH, Urteil vom 11. Juni 2014 – VIII ZR 349/13, Rn. 36; ähnlich zur Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 69). Diese Grundsätze gelten für den Bieter, der bei unsicherer Rechtslage von der Veröffentlichung des Kontrollerwerbs absieht, in gleicher Weise.

(4)

Gegen die Anwendung dieses Maßstabs lässt sich nicht einwenden, dass einem Bieter, der nach sorgfältiger Prüfung einer zweifelhaften Rechtslage in vertretbarer Weise zu der Rechtsauffassung gelangt, keine Kontrolle über die Zielgesellschaft erlangt zu haben, der aber mit einer abweichenden Beurteilung durch die zuständigen Gerichte rechnet oder rechnen muss, die Veröffentlichung gemäß § 35 Abs. 1 WpÜG nicht zugemutet werden könne. Die Situation des Bieters ist misslich, dies aber nicht in anderer Weise als die eines Schuldners, der bei objektiv zweifelhafter Rechtslage nicht zuverlässig zu beurteilen vermag, ob er zur Leistung verpflichtet ist oder nicht. Sie ist insbesondere nicht mit der Lage eines WEG-Verwalters vergleichbar, der die Zustimmung zu einem Vorhaben entweder zu erteilen oder zu versagen hat und dessen rechtliche Beurteilung, wenn sie mit Sorgfalt gebildet wurde, nicht als schuldhaft angesehen wird (BGH, Beschluss vom

21. Dezember 1995 – V ZB 4/94, juris Rn. 22). Anders als der Verwalter nimmt der Bieter seine eigenen Interessen auf Kosten der Minderheitsaktionäre wahr, wenn er sich bei zweifelhafter Rechtslage gegen die Veröffentlichung nach § 35 Abs. 1 WpÜG entscheidet. Eine vorsorgliche Veröffentlichung ist daher zumutbar (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 1991 – II ZR 231/90, juris Rn. 27 zur Mitteilungspflicht nach § 20 AktG).

(5)

Gegen strenge Anforderungen an einen den Fristbeginn hindernden Rechtsirrtum lässt sich auch nicht anführen, dass der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpÜG das Ziel einer rechtssicheren Bestimmung der Zurechnungsvoraussetzungen angesprochen und zur Begründung des Erfordernisses einer Möglichkeit der Einflussnahme auf die Stimmrechtsausübung herangezogen hat (Revisionsurteil Rn. 135). Daraus folgt nicht, dass die Veröffentlichungsfrist bei einer vertretbaren Fehleinschätzung des Bieters nicht beginnen darf. Im Gegenteil wäre der Hinweis auf die "einschneidenden Folgen einer Fehleinschätzung" kaum verständlich, wenn eine Fehleinschätzung in dem Bereich, "in dem die Grenzen der Zurechnung nicht rechtssicher vorausbestimmt werden können", regelmäßig bereits dem Beginn der Veröffentlichungsfrist entgegenstünde. Umgekehrt würde der bei der Auslegung des Zurechnungstatbestands erklärtermaßen ebenfalls angestrebte Schutz vor Umgehungen durch einen engeren Kenntnisbegriff nicht unerheblich in Frage gestellt, weil die Beteiligten der kontrollbegründenden Vereinbarung es in der Hand haben, durch die Vertragsgestaltung Rechtsfragen aufzuwerfen, die sich nicht zuverlässig beantworten lassen.

b)

Nach dem danach anzuwendenden Maßstab hatte die Beklagte die für den Fristbeginn nach § 35 Abs. 1 Satz 2 WpÜG erforderliche Kenntnis.

(1)

Die den Kontrollerwerb begründenden Tatsachen (insbesondere der Inhalt der Ursprungsvereinbarung, die Vorstellungen der Vertragsparteien vom zeitlichen Ablauf der Transaktion sowie vom Zeitpunkt der nächsten Hauptversammlung und der Umfang des eigenen Handelsbestandes) waren der Beklagten beim Abschluss der Ursprungsvereinbarung bekannt.

(2)

Die Beklagte hat außerdem damit gerechnet, dass die Ursprungsvereinbarung von den zuständigen Gerichten als kontrollbegründend beurteilt werden wird.

Das ergibt sich aus § 15 der Ursprungsvereinbarung, in dem die Vertragsparteien zwar einerseits ihre Annahme festhielten, dass die Ursprungsvereinbarung keine Angebotspflicht der Beklagten auslöst, andererseits aber Regelungen für den Fall trafen, dass diese Annahme nicht zutraf. Indem sie das rechtliche Risiko, dass die getroffene Vereinbarung von den Gerichten entgegen den eigenen Annahmen doch als kontrollbegründend beurteilt werden wird, vertraglich regelten, offenbarten die Vertragsparteien ein Vorstellungsbild, das bereits das Wissenselement eines bedingten Vorsatzes verwirklicht, weil der maßgebliche Umstand für möglich und nicht ganz fernliegend gehalten wird (BGH, Urteil vom 8. Januar 1991 – VI ZR 109/90, juris Rn. 22). Darin zeigt sich, dass auch die Beklagte mit einer von ihrem eigenen Rechtsstandpunkt abweichenden Beurteilung durch die Gerichte rechnete. Das genügt als Kenntnis im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 2 WpÜG für den Fristbeginn. Insbesondere ist es nicht zu rechtfertigen, an die Kenntnis derart strenge Anforderungen zu stellen, dass das vom Bieter erkannte Risiko einer Fehleinschätzung selbst dann den Minderheitsaktionären zugeschoben würde, wenn die Parteien der kontrollbegründenden Vereinbarung dieses Risiko immerhin so ernst nahmen, dass sie im Vertrag dafür Vorsorge trafen.

c)

Da die Beklagte ausweislich von § 15 der Ursprungsvereinbarung tatsächlich damit gerechnet hat, dass die Vereinbarung als kontrollbegründend beurteilt wird, kommt für den Fristbeginn nicht mehr darauf an, ob sie mit einer entsprechenden Bewertung hätte rechnen müssen. Das Vorbringen der Beklagten, insbesondere zur Verwaltungspraxis der BaFin und zu den im Vorfeld der Ursprungsvereinbarung geführten Gesprächen, mit der sie die Unvermeidbarkeit ihres Irrtums darzulegen versucht, ist deshalb unerheblich (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, Rn. 15).

Auch unabhängig hiervon wären die Ausführungen der Beklagten allerdings nicht geeignet, einen unvermeidbaren Rechtsirrtum aufzuzeigen.

(1)

Auf einen anwaltlichen Rat durfte die Beklagte ihre Überzeugung kontrollrechtlicher Unbedenklichkeit nur dann stützen, wenn dem Berater der relevante Sachverhalt umfassend mitgeteilt wurde, die erteilte Auskunft einer Plausibilitätskontrolle unterzogen wird und dieser Kontrolle standhält (BGH, Urteil vom 20. September 2011 – II ZR 234/09, Rn. 18). Insbesondere bei komplexen Sachverhalten und erkennbar schwierigen Rechtsfragen ist regelmäßig ein detailliertes, schriftliches Gutachten erforderlich, um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen (BGH, Urteil vom 16. Mai 2017 – VI ZR 266/16, Rn. 30). Nach diesem Maßstab kommt die Beklagte ihrer zumindest sekundären Darlegungslast für eine Unvermeidbarkeit ihres Irrtums unter dem Gesichtspunkt der anwaltlichen Beratung nicht hinreichend nach. Angesichts der Anforderungen an die Plausibilitätskontrolle genügt es insbesondere nicht, dass eine sorgfältige Beratung in ganz allgemeiner Form – wie hier – behauptet und unter Zeugenbeweis gestellt wird. Ein schriftliches Gutachten oder den schriftsätzlich erwähnten „Bericht“ legt die Beklagte nicht vor, so dass ihre Erklärung, den erteilten Rechtsrat sorgfältig geprüft zu haben, nicht durch entsprechende Unterlagen untermauert ist, anhand deren eine solche Prüfung hätte erfolgen können. Im Ergebnis handelt es sich lediglich um eine nicht durch ausreichenden Tatsachenvortrag gestützte Rechtsauffassung der Beklagten.

(2)

Die Beklagte konnte sich bei Abschluss der Ursprungsvereinbarung nicht auf eine Rechtsauskunft der BaFin verlassen. Sie trägt vor, dass die Behörde nach der Ankündigung vom 29. August 2008 und vor Vertragsabschluss am 12. September 2008 über „die Transaktionsstruktur und alle maßgeblichen Gesichtspunkte“ informiert worden sei und in den „Diskussionen“ bestätigt habe, dass die Transaktion aus ihrer Sicht kein Übernahmeangebot auslöst. Dass der BaFin nicht nur der Letter of Intent, sondern alle notwendigen Unterlagen vorlagen, um die Zurechnungsfrage in diesem kurzen Zeitraum sorgfältig zu prüfen und in einer Art und Weise zu beantworten, auf die sich die Beklagte im Sinne der Rechtsprechung zum unvermeidbaren Verbotsirrtum (vgl. etwa BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 64: "in allen maßgebenden Einzelheiten") verlassen konnte, lässt sich dem Vorbringen der Beklagten nicht entnehmen. Das Vorbringen, dass der BaFin nach Abschluss der Nachtragsvereinbarung die vollständige Vertragsdokumentation überlassen worden sei und ihr die Ursprungsvereinbarung bei Einleitung des Missstandsverfahrens im Ja-

nuar 2009 vorlag, deutet vielmehr darauf hin, dass dies in der ersten Septemberhälfte 2008 noch nicht der Fall war. Im Rahmen von Besprechungen auf Arbeitsebene (vgl. Anlage B88) abgegebene Behördenäußerungen auf dieser Grundlage rechtfertigen bei Rechtsfragen der hier im Raum stehenden Komplexität nicht die Annahme eines unvermeidbaren Rechtsirrtums.

(3)

Das tatsächliche Vorbringen der Beklagten bietet auch keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die BaFin bei vollständiger Kenntnis des Vertragsinhalts und aller maßgeblichen Einzelheiten bereits Anfang September 2008 im Sinne einer hypothetischen Auskunft erklärt hätte, dass die Verkaufsaktien auf der Grundlage der Ursprungsvereinbarung kontrollrechtlich nicht der Beklagten zugerechnet werden würden. Das Vorbringen der Beklagten, dass die BaFin im Rahmen des ab Januar 2009 über einen Zeitraum von fünfzehn Monaten durchgeführten Missstandsverfahrens die Frage, ob ein Pflichtangebot bereits auf Grund der Ursprungsvereinbarung hätte abgegeben werden müssen, geprüft und letztlich verneint habe, erlaubt schon auf Grund der mitgeteilten Dauer der Prüfung nicht den Rückschluss, dass die Behörde eine entsprechende Auskunft bereits im September 2008 erteilt hätte. Die hypothetische Auskunft der zuständigen Fachbehörde entschuldigt einen Rechtsirrtum, wenn feststeht, dass eine ausreichende Erkundigung die Fehlvorstellung bestätigt hätte (BGH, Urteil vom 27. Juni 2017 – VI ZR 424/16, Rn. 16). Die Schlussfolgerung, dass eine später geäußerte Rechtsauffassung der Behörde schon zum Zeitpunkt der hypothetischen Erkundigung geäußert worden wäre (vgl. BGH, aaO, Rn. 17), ist fernliegend, wenn diese Rechtsauffassung erst auf Grund einer zeitintensiven Prüfung gebildet wurde, die zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht abgeschlossen sein konnte. Das Vorbringen der Beklagten spricht eher dafür, dass die Behörde bei Offenbarung aller maßgeblichen Einzelheiten mitgeteilt hätte, dass sie die Rechtslage gründlich prüfen muss. Eine solche Erklärung hätte der Beklagten das Risiko, die Rechtslage falsch zu beurteilen, nicht abgenommen und den Beginn der Veröffentlichungsfrist nach § 35 Abs. 1 Satz 2 WpÜG nicht verhindert.

3.

Nach Kenntniserlangung vom Kontrollerwerb mit Abschluss der Ursprungsvereinbarung am 12. September 2008 (einem Freitag) hätte die Beklagte die Erlangung der

Kontrolle über die Zielgesellschaft gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 WpÜG innerhalb von sieben Kalendertagen (spätestens am 19. September 2008) veröffentlichen müssen. Die Angebotsunterlage hätte sie gemäß § 35 Abs. 2 Satz 1 WpÜG innerhalb weiterer vier Wochen (spätestens am 17. Oktober 2008) der BaFin übermitteln und nach Verstreichen von weiteren zehn Werktagen (am 31. Oktober 2008) veröffentlichen müssen.

4.

Dementsprechend ist der Referenzzeitraum nach § 4 Satz 1 WpÜG-AngVO auf den entsprechenden Zeitraum vor dem 31. Oktober 2008 vorzulegen. Die in der Ursprungsvereinbarung vom 12. September 2008 vereinbarte Gegenleistung in Höhe von 57,25 €/Aktie ist daher für die Bestimmung der angemessenen Gegenleistung maßgeblich (Revisionsurteil Rn. 35, 168).

B.

Die Entscheidung des Landgerichts ist auch hinsichtlich der zuerkannten Nebenforderungen zutreffend.

1.

Die Beklagte hat die angemessene Gegenleistung entsprechend § 38 Nr. 1 und 2 WpÜG ab dem 20. September 2008 zu verzinsen, weil sie die Erlangung der Kontrolle über die Postbank entgegen § 35 Abs. 1 Satz 1 WpÜG nicht bis zum 19. September 2008 veröffentlicht und danach entgegen § 35 Abs. 2 Satz 1 WpÜG kein Pflichtangebot unterbreitet hat. Für den Zeitraum ab dem 4. Dezember 2010 ist die Differenz zwischen der angemessenen und der tatsächlich gezahlten Gegenleistung zu verzinsen. Insoweit wirkt der Verstoß trotz des freiwilligen Übernahmeangebots fort, weil dieses den preisbestimmenden Vorerwerb vom 12. September 2008 nicht berücksichtigte. Das jedenfalls mittelbar aus § 35 Abs. 1 Satz 2 WpÜG folgende Verschuldenserfordernis (Revisionsurteil Rn. 176) ist erfüllt. Ein entschuldigender Rechtsirrtum liegt nicht vor, weil die Beklagte, wie bereits erörtert, von der Kontrollerlangung am 12. September 2008 Kenntnis hatte, jedenfalls aber Kenntnis haben musste.

2.

Die von den Klägern zu 1) und 2) geltend gemachten vorgerichtlicher Anwaltskosten hat die Beklagte im Hinblick auf die Zahlungsaufforderungen vom Dezember 2010 als Verzugsschaden zu ersetzen (§§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1 BGB).

III.

Die Anschlussberufungen der Kläger zu 1) und 2), 10) bis 12) und 15) haben Erfolg.

Die mit den Anschlussberufungen über die erstinstanzliche Antragstellung hinaus geltend gemachten Zinsansprüche sind entsprechend § 38 Nr. 1 und 2 WpÜG begründet.

IV.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1 Satz 1, 92 Abs. 2 Nr. 1, 100 Abs. 2, 269 Abs. 2 Satz 3, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Sache hat keine über die Rechtsanwendung auf den Einzelfall hinausgehende grundsätzliche Bedeutung; weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die an eine Zurechnung nach § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpÜG grundsätzlich zu stellenden Anforderungen sind durch das Revisionsurteil hinreichend geklärt. Zum im Rahmen von § 35 Abs. 1 Satz 2 WpÜG anzuwendenden Maßstab gibt es keine gegenteilige Rechtsprechung und keine begründeten Gegenstimmen in der Kommentarliteratur. Unter diesen Umständen hat die Frage nicht allein deshalb grundsätzliche Bedeutung, weil der Bundesgerichtshof sie noch nicht entschieden hat (BGH, Beschluss vom 24. September 2013 – II ZR 396/12, Rn. 2). Im Übrigen beruht die Entscheidung auf einer Würdigung der konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalls.

Streitwert des Berufungsverfahrens: 30.000.000 € (§ 39 Abs. 2 GKG)