



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

II ZB 24/14

vom

10. Juli 2018

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

WpHG § 37b in der bis 29. Oktober 2004 geltenden Fassung

- a) Ob ein ehemaliges Mitglied des Vorstands seine Pflichten verletzt hat, ist eine rechtliche Würdigung, die als Meinungsäußerung mangels Beweisbarkeit keine Tatsache ist.
- b) Für die Auslegung des Begriffs der Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder den allgemeinen Geschäftsverlauf ist auf die im Rahmen der Regelpublizität des Emittenten zu offenbarenden Tatsachen abzustellen.
- c) Die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen ein ehemaliges Mitglied des Vorstands wegen der Verletzung von Sorgfalts- und Treupflichten kann wegen des durch das Verhalten geschaffenen Ergebnisses oder der aus dem Verhalten abgeleiteten Einschätzung von der Qualität des Managements kursrelevant sein, wenn diese Einschätzung auch nach dem Ausscheiden noch von Bedeutung ist.

KapMuG § 15 Abs. 1

Die einen Antrag auf Erweiterung des Musterverfahrens zurückweisende Entscheidung des Oberlandesgerichts ist unanfechtbar und unterliegt daher nicht der Überprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht.

BGH, Beschluss vom 10. Juli 2018 - II ZB 24/14 - OLG Frankfurt am Main

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. Juli 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, die Richter Born und Sunder, die Richterin B. Grüneberg sowie den Richter V. Sander

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerden der Musterbeklagten, der Musterklägerin und der Beteiligten zu 2 wird der Beschluss - Musterentscheid - des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 20. August 2014 unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel aufgehoben, soweit Feststellungen zu Lasten der Musterbeklagten getroffen wurden und soweit das Feststellungsziel A. 1) c) abgewiesen wurde.

Hinsichtlich der Feststellungsziele A. 2) bis A. 5) erfolgt die Zurückweisung der Rechtsbeschwerden der Musterklägerin und der Beteiligten zu 2 mit der Maßgabe, dass diese Feststellungsziele gegenstandslos sind, soweit sie in Bezug auf die in den Feststellungszielen A. 1) a), b), f) und g) bezeichneten Informationen verfolgt werden.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache an das Oberlandesgericht zur erneuten Entscheidung - auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens - zurückverwiesen.

Der Streitwert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf bis 6.350.000 € festgesetzt.

Der Gegenstandswert für die außergerichtlichen Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird für den Prozessbevollmächtigten der Musterklägerin, der Beteiligten zu 2 und der Beigetretenen zu 1 bis 23 auf 3.359.379,68 € festgesetzt.

Der Antrag des Prozessbevollmächtigten der Musterklägerin, ihm in entsprechender Anwendung des § 41a RVG eine besondere Gebühr zu bewilligen, wird abgelehnt.

Gründe:

A.

- 1 Die Musterbeklagte war bis zur Aufhebung des Hypothekbankgesetzes mit Wirkung zum 19. Juni 2005 eine Hypothekbank; danach war sie unter anderem als Pfandbriefbank tätig. In den Jahren 1996 bis 1999 emittierte sie bzw. ihre Rechtsvorgängerinnen Genussscheine, die an verschiedenen Börsen gehandelt wurden. In den Bedingungen der Genussscheine war u.a. geregelt, dass durch Ausschüttungen kein Bilanzverlust eintreten durfte. Daneben sollte sich der Rückzahlungsanspruch der Genussscheininhaber anteilig vermindern, wenn ein Bilanzverlust ausgewiesen oder das Grundkapital zur Deckung von Verlusten herabgesetzt werden würde.
- 2 Ab Anfang 2001 führte die Musterbeklagte in erheblichem Umfang Zinsderivategeschäfte aus. Da sich diese Geschäfte zunehmend negativ entwickelten, kam es am 4./5. April 2002 zu einer Vereinbarung der Hauptaktionäre

der Musterbeklagten (im Folgenden: Aktionärsvereinbarung 2001), um die Bildung einer Rückstellung für drohende Zinsverluste zu vermeiden und der Musterbeklagten Liquidität zu verschaffen. Zu diesem Zweck sollten zunächst 200 Mio. € durch die Aktionäre in einen bei der Musterbeklagten gebildeten Fonds zur Absicherung von Zinsrisiken eingezahlt und später weitere Beträge bis zu einer Höhe von insgesamt 350 Mio. € bereit gestellt werden, sofern dies zur Abdeckung von Zinsrisiken im Zusammenhang mit späteren Jahresabschlüssen notwendig sein sollte. Parallel dazu löste die Musterbeklagte einen Teil der Zinsderivategeschäfte vorzeitig auf.

3            Verschiedene Rating-Agenturen stufen im ersten Halbjahr 2002 das Rating der Musterbeklagten herab, was zu einer Verschlechterung der Refinanzierungsbedingungen führte. Auf Veranlassung des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen (im Folgenden: BAKred) führte die P.

(im Folgenden: P. ) bei der Musterbeklagten eine Prüfung nach § 44 KWG durch, über die sie einen Prüfbericht mit Datum vom 15. August 2002 anfertigte. Dieser hielt fest, dass sich der Nominalwert aller Derivate vom 31. Dezember 2000 von etwa 76,4 Milliarden € auf über 206 Milliarden € zum 28. Juni 2002 erhöht habe. Für den Bilanzstichtag 31. Dezember 2001 ergebe sich ein drohender Verlust von 436,1 Mio. €, für den im Jahresabschluss in gleicher Höhe eine Rückstellung für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften gemäß § 249 Abs. 1 HGB erforderlich sei. Dieser drohende Verlust werde sich auf 836,3 Mio. € erhöhen, sofern die Musterbeklagte Zinsen auf stille Einlagen und Genussscheine zahle. Zur Deckung der Risiken stünde, auch wenn die Musterbeklagte eine Rückstellung nicht gebildet habe, u.a. aufgrund der Mittel der Hauptaktionäre aus der Aktionärsvereinbarung ein Betrag von 460 Mio. € zur Verfügung. Für den Stich-

tag 30. Juni 2002 sei mit drohenden Verlusten von 257,4 Mio. € bzw. bei Zinszahlung von 637,5 Mio. € zu rechnen.

4 Im Februar 2003 gewährten die Hauptaktionäre der Musterbeklagten ein nachrangiges Darlehen in Höhe von 100 Mio. €, wobei dies mit einem Teil des Anspruchs der Musterbeklagten aus der Aktionärsvereinbarung 2001 verrechnet werden konnte. Im März 2003 trafen die Hauptaktionäre erneut eine Übereinkunft, in der sie sich zum Zweck der Abdeckung von Zinsrisiken verpflichteten, weitere finanzielle Unterstützung im Umfang von 456,7 Mio. € zu leisten. Daneben erklärten sie sich bereit, den zur Ausschüttung vorgesehenen Bilanzgewinn des Jahres 2002 (24,9 Mio. €) der Musterbeklagten im Rahmen eines sog. Schüttaus-Holzurück-Verfahrens wieder zur Verfügung zu stellen.

5 Das BAKred beauftragte im Februar 2003 P. erneut mit einem Gutachten nach § 44 KWG, das diese Anfang Mai 2003 erstattete. Dabei führte P. die Erhebungen aus dem Jahre 2002 weiter und gelangte zu dem Ergebnis, dass der Nominalwert der Derivategeschäfte sich zum 31. Dezember 2002 auf 206,6 Milliarden € und zum 28. Februar 2003 auf 147,7 Milliarden € belaufen habe. Der negative Marktwert der Zinsswapgeschäfte habe nach Berechnungen der Musterbeklagten zum 31. Dezember 2002 saldiert fast 2,7 Milliarden € und zum 28. Februar 2003 etwa 3,5 Milliarden € betragen. Auf Grundlage der Planungen des Vorstands der Musterbeklagten wurde auftragsgemäß zudem die Fortführungsfähigkeit der Musterbeklagten geprüft, welche P. nur mittelfristig für die Geschäftsjahre 2003 und 2004 bejahen konnte. Ausdrücklich wies P. darauf hin, dass die Liquiditätsslage der Musterbeklagten seit dem zweiten Halbjahr 2002 nach deren eigenen Angaben stark angespannt sei.

6 In der Folge erteilte der Aufsichtsrat der Musterbeklagten P. den Auftrag, gutachterlich die in den Jahren 2001 und 2002 abgeschlossenen Zinsswapgeschäfte zu prüfen, wobei auch die Erfüllung der Sorgfaltspflichten durch den Vorstand bewertet werden sollte. Das Gutachten vom 24. Juni 2004 kam u.a. zu dem Ergebnis, dass die Musterbeklagte im untersuchten Zeitraum in einem Umfang Derivategeschäfte abgeschlossen habe, der das Volumen der Bilanzgeschäfte bei weitem überstiegen habe. Das Gutachten verwies abermals auf den negativen Barwert der Zinsswaps von fast 2,7 Milliarden € Ende Dezember 2002 und stellte fest, dass im Zeitraum bis 30. Juni 2002, in dem Derivategeschäfte nach der bis dahin geltenden Fassung des Hypothekendarlehenbankgesetzes nur als Hilfsengeschäfte zulässig gewesen seien, bei mehreren Abschlüssen das Risiko erheblicher Verluste gegeben gewesen sei. Die Geschäfte hätten nicht der Schließung bzw. Verminderung offener Positionen im Hauptgeschäft gedient. Unter Saldierung der von Vertragspartnern erhaltenen Zahlungen sei aus acht zwischen dem 1. August 2001 und dem 1. November 2001 abgeschlossenen Einzelgeschäften ein Verlust von 182.036.439,28 € entstanden.

7 Nach Erhalt dieses Gutachtens beschloss der Aufsichtsrat der Musterbeklagten am 18. August 2004, die inzwischen ausgeschiedenen Vorstände der Jahre 2001/2002 auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Die Klage wurde am 21. Oktober 2004 beim Landgericht Frankfurt am Main eingereicht. Gegenstand der Klage war eine Schadensersatzforderung von 182.036.439,28 € aus der vorzeitigen Auflösung der Derivategeschäfte in 2001 und ein Betrag von 68.423.041,67 € aus den im Jahre 2002 abgeschlossenen bzw. vorzeitig aufgelösten Geschäften sowie die Feststellung der Einstandspflicht für etwaige Verluste aus den noch laufenden Zinsderivategeschäften, wobei das Verlustrisiko mit über einer Milliarde Euro angegeben wurde.

- 8 Zum Ende November/Anfang Dezember 2004 trafen die Hauptaktionäre erneut eine Vereinbarung zur Stützung der Musterbeklagten, nach der ein Fonds gebildet wurde, in den sie einen Betrag von 600 Mio. € einzahlten und der der Musterbeklagten ggfs. zur Verfügung stehen sollte. Im Jahr 2005 kam es aufgrund der andauernden wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu weiteren Herabstufungen des Ratings der Musterbeklagten.
- 9 Die Musterklägerin bzw. deren Rechtsvorgängerin erwarb in der Zeit vom 23. Juni 2005 bis 26. Juni 2005 Genussscheine mit der WKN 800287 für einen Betrag von 1.851.081,25 € und am 27. Juli 2005 für 1.343.419,42 € mit der WKN 810304, wobei letztere wieder veräußert wurden. Am 25. Oktober 2005 teilte die Musterbeklagte in einer Ad-hoc-Mitteilung mit, dass im Rahmen des Verkaufs der B. AG (im Folgenden: B. ) an die bank die Anteile von B. und der BG. AG (im Folgenden: BG. ) an der Musterbeklagten auf eine Zweckgesellschaft übertragen worden seien und dass weiterhin ein Erwerber für die Musterbeklagte gesucht werde. Daneben wurde auf die Möglichkeit einer vollständigen Liquidation der Musterbeklagten hingewiesen und für diesen Fall in Aussicht gestellt, dass die haftenden Eigenmittel, darunter auch das börsennotierte Genussscheinkapital, aufgezehrt werden könnten. Folge dieser Mitteilungen waren Kursverluste der Genussscheine.
- 10 In der Folgezeit veräußerte die BG. ihre Anteile an der Musterbeklagten, wozu auch die von der Zweckgesellschaft gehaltenen gehörten, an einen Finanzinvestor, worüber die Musterbeklagte per Ad-hoc-Mitteilung vom 8. Dezember 2005 die Öffentlichkeit unterrichtete.

11 Dass die Musterbeklagte ihre ehemaligen Vorstände gerichtlich in Anspruch genommen hatte, veröffentlichte zuerst das Handelsblatt in einem Artikel am 22. Dezember 2005. Eine Information durch die Musterbeklagte selbst erfolgte nicht.

12 Anfang Januar 2006 teilte die Musterbeklagte per Ad-hoc-Mitteilung mit, dass sie für das Geschäftsjahr 2005 mit einem negativen Ergebnis in einer Größenordnung von 1,1 bis 1,3 Milliarden € rechne. Daneben hieß es in der Mitteilung, dass angesichts des zu erwartenden Bilanzverlusts das durch Genussscheingläubiger und stille Beteiligte bereit gestellte haftende Eigenkapital maßgeblich in Anspruch genommen werde.

13 Ab 2007 sind vor dem Landgericht Frankfurt am Main gegen die Musterbeklagte eine Vielzahl von Klagen auf Schadensersatz erhoben worden, die sich darauf stützen, dass diese es pflichtwidrig unterlassen habe, bestimmte Tatsachen unverzüglich zu veröffentlichen. Am 18. Juli 2008 hat das Landgericht einen Vorlagebeschluss erlassen. Nach Ergänzung des Musterverfahrens und Zurückweisung weitergehender Ergänzungs- und Änderungsanträge der Musterklägerin hat das Oberlandesgericht über folgende Feststellungsziele entschieden:

A. Auf Antrag der Musterklägerin,

- 1) a) dass das Vorliegen von Pflichtverletzungen früherer Vorstände, darunter des Herrn H. S. , im Zusammenhang mit Zinsderivatgeschäften im Zeitraum 1.01.2001 bis 30.06.2002,
- b) konkret bezifferte Verluste in Höhe von € 182.036.439,28 im Jahr 2001 und € 68.423.041,67 im Jahr 2002 und bezifferbare Ver-



lustrisiken in der Zukunft in Höhe von über 1 Milliarde Euro,

- c) das Vorliegen eines kritischen und negativen Sonderprüfungsgutachtens der P. vom 24.06.2004 gemäß § 111 AktG mit den darin festgehaltenen Inhalten,
- d) der diesbezügliche Beschluss des Aufsichtsrats der Beklagten zur Erhebung einer Schadensersatzklage gegen den Altvorstand vom 18.08.2004,
- e) die Klageeinreichung der Beklagten gegen den Altvorstand wegen Schadensersatz vor dem 31.12.2004,
- f) die Feststellungen des vom Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BAKred) beauftragten Sonderberichts der P. vom 15.08.2002 zum Fehlen von Rückstellungen für das Geschäftsjahr 2001 in Höhe von ca. € 436,1 Mio. und des Sonderberichts der P. für das Geschäftsjahr 2002 vom 08.05.2003 erneut zum Fehlen von erforderlichen Rückstellungen in erheblicher Höhe für drohende Verluste aus Zinsderivatgeschäften,
- g) die Beklagte sich seit September 2004 in einer derartigen finanziellen Schieflage befand, dass in dem Geschäftsjahr 2005 mit Jahresfehlbeträgen zu rechnen gewesen ist,

Insiderinformationen gemäß § 37b Abs. 1 WpHG a.F. bzw. § 13 WpHG n.F. waren;

- 2) dass die unter 1) bezeichneten Insiderinformationen die Beklagte unmittelbar gemäß § 37b Abs. 1 WpHG betrafen;
- 3) dass es die Beklagte seit dem Sonderprüfungsgutachten der P. vom 24.06.2004 oder jedenfalls zu irgendeinem späteren Zeitpunkt, insbesondere seit dem 18.08.2004,

spätestens aber mit Klageeinreichung gegen den früheren Vorstand, Ende 2004 unterlassen hat, die unter Ziffer 1) bezeichneten Insiderinformationen unverzüglich gemäß § 37b Abs. 1 WpHG zu veröffentlichen;

- 4) dass die Beklagte seit dem Sonderprüfungsgutachten der P. vom 24.06.2004 oder jedenfalls zu irgendeinem späteren Zeitpunkt, insbesondere seit dem Aufsichtsratsbeschluss vom 18.08.2004, spätestens aber seit dem 31.12.2004 nicht gemäß § 15 Abs. 3 WpHG von der Pflicht zur Veröffentlichung befreit war, da dies entweder kein Schutz ihrer Interessen erforderte oder eine Irreführung der Öffentlichkeit zu befürchten war, oder die Beklagte die Vertraulichkeit der Insiderinformation seit diesem Zeitpunkt nicht gewährleisten konnte;
- 5) dass die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast für das unter A. 4) angegebene Feststellungsziel trägt;
- 6) dass die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale Rechtswidrigkeit und Schuld, ausgenommen Fragen der individuellen Kausalität und Schadensberechnung, als Voraussetzungen einer zivilrechtlichen Haftung der Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 331 HGB sämtlich vorliegen;
- 7) dass die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale Rechtswidrigkeit und Schuld, ausgenommen Fragen der individuellen Kausalität und Schadensberechnung, als Voraussetzung einer zivilrechtlichen Haftung der Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 400 Abs. 1 AktG sämtlich vorliegen und
- 8) dass die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale Rechtswidrigkeit und Schuld, ausgenommen Fragen der individuellen Kausalität und Schadensberechnung, als Voraussetzungen einer zivilrechtlichen Haftung der Beklagten aus § 826 BGB sämtlich vorliegen.

B. Auf Antrag der Musterbeklagten,

- 1) dass es für den Beginn der Verjährung von Ansprüchen nach § 37b WpHG wegen des Unterlassens einer Mitteilung über die vorgenannten Kapitalmarktinformationen ausschließlich auf den Zeitpunkt der Vornahme der Zinsderivatgeschäfte im Zeitraum vom 1. Januar 2001 bis 30. Juni 2002 ankommt und daher solche Ansprüche spätestens mit dem Ablauf des 30. Juni 2005 verjährt gewesen wären;
- 2) dass die Richtlinie 2006/48/EG und § 10 Abs. 5 KWG der Inanspruchnahme der Beklagten wegen des Unterlassens einer Mitteilung über die vorgenannten Kapitalmarktinformationen entgegenstehen;
- 3) dass ein Anspruch wegen des Unterlassens einer Mitteilung über die vorgenannten Kapitalmarktinformationen aus § 37b WpHG voraussetzen würde, dass die betreffende Kapitalmarktinformation vor dem Erwerb des streitgegenständlichen Genussscheins entstanden ist.

14 Das Oberlandesgericht (OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 20. August 2014 - 23 Kap 1/08, juris, auszugsweise abgedruckt in AG 2015, 37 ff.) hat mit Musterentscheid Feststellungen entsprechend der Feststellungsziele A. 1) d) und e) sowie - bezogen auf die Feststellungen A. 1) d) und e) - der Feststellungsziele A. 2), A. 3), A. 4) für den Zeitraum ab dem 18. August 2004 und A. 5) getroffen. Die weitergehenden Feststellungsziele hat das Oberlandesgericht abgewiesen.

15 Die Rechtsbeschwerden der Musterklägerin und der Beteiligten zu 2 wenden sich gegen die Abweisung der Feststellungsziele A. 1) a) bis c), f) und g) sowie die daraus folgende teilweise Abweisung der Feststellungsziele A. 2) bis 5) sowie gegen die Ablehnung einer Erweiterung des Musterverfahrens.

Dem Rechtsbeschwerdeverfahren sind 23 Beigeladene auf Seiten der Musterklägerin beigetreten. Die Musterbeklagte begehrt mit ihrer Rechtsbeschwerde die Abänderung des Musterentscheids, soweit Feststellungen zu ihren Lasten getroffen und die Feststellungsziele B. 1) bis 3) abgewiesen wurden.

B.

16 Die zulässige Rechtsbeschwerde der Musterbeklagten, die gemäß § 20 Abs. 1 Satz 2 KapMuG kraft Gesetzes stets grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO hat, hat in der Sache Erfolg, soweit sie sich gegen die zu ihren Lasten getroffenen Feststellungen des Oberlandesgerichts richtet. Im Übrigen ist die Rechtsbeschwerde unbegründet.

17 I. Das Oberlandesgericht hat die Feststellung zum Feststellungsziel A. 1) d) nicht rechtsfehlerfrei getroffen.

18 1. Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung zu diesem Feststellungsziel im Wesentlichen wie folgt begründet:

19 Bei dem Beschluss des Aufsichtsrats der Musterbeklagten vom 18. August 2004 zur Erhebung einer Schadensersatzklage gegen frühere Vorstandsmitglieder habe es sich um eine nicht öffentlich bekannte Tatsache gehandelt, die geeignet gewesen sei, den Börsenpreis der Genussscheine zu beeinflussen. Ihrer Veröffentlichungspflicht sei die Musterbeklagte nicht nachgekommen.

20 Die Veröffentlichungspflicht beziehe sich hier zum einen auf die durch den Beschluss zum Ausdruck gekommene konkrete Kenntnis des Aufsichtsrats

der Musterbeklagten und einer entsprechenden Meinungsbildung, zum anderen aber auch auf die sich im Beschluss manifestierende Reaktion auf diese Kenntnis. Dem Aufsichtsrat der Musterbeklagten seien erstmals der Umfang und die Folgen der Zinsderivategeschäfte deutlich gemacht worden. Aus der damit einhergehenden Überzeugung von der Pflichtwidrigkeit dieser Geschäfte resultiere die Entscheidung des Aufsichtsrats, die ehemaligen Vorstandsmitglieder in Regress zu nehmen.

21           Umfang und Folgen der Zinsderivategeschäfte seien damals weder im Markt noch in der Öffentlichkeit bekannt gewesen. Eine konkrete Kenntnis des Markts von dem Umfang der Geschäfte und der möglichen Pflichtwidrigkeit bzw. eines dadurch entstandenen Schadens sei von der Musterbeklagten nicht vorgetragen. Den Geschäftsberichten lasse sich die besondere wirtschaftliche Bedeutung dieser Geschäfte für das weitere Schicksal der Musterbeklagten nicht entnehmen; etwaige negative Wertungen würden sogleich relativiert. Gegen einen deutlichen Hinweis auf die wirtschaftliche Bedeutung und Gefahren der Zinsderivategeschäfte spreche auch die Anordnung der Prüfungen nach § 44 KWG durch die Aufsichtsbehörde. Eine entsprechende Kenntnis der Öffentlichkeit lasse sich aus der vorgelegten Presseberichterstattung oder den Ratingänderungen nicht herleiten. Es handele sich bei dem Gutachten auch nicht um eine bloße interne Information, die der Aufsichtsrat im Rahmen seiner Kontrollpflichten angefordert habe, weil die Musterbeklagte sich auf Grund des Gutachtens verpflichtet gesehen habe, Klage zu erheben.

22           In Anbetracht der im Raum stehenden Ansprüche und der darin zum Ausdruck kommenden existenzgefährdenden Risiken habe der Beschluss auch Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder den allgemeinen Geschäftsverlauf der Musterbeklagten gehabt. Die Musterbeklagte habe vor exis-

tenzgefährden Risiken gestanden und angestrebt, zumindest einen Teil des ihr entstandenen Schadens ersetzt zu erhalten. Gerade dem letztgenannten Umstand komme nicht unerhebliche Bilanzrelevanz zu. Für den Genussscheininhaber sei nicht allein die Frage, ob ein Bilanzverlust eintreten werde, eine wesentliche und zu offenbarende Tatsache. Die Kenntnis von den streitgegenständlichen Maßnahmen des Aufsichtsrats beeinflusse die Entscheidung, das Papier zu veräußern oder zu erwerben. Dies wirke neben dem inneren Wert auf den allgemeinen Wert des Genussscheins ein. Eine Reduzierung des Informationsanspruchs auf Aspekte, die unmittelbaren Bezug zu einem Bilanzverlust hätten, schränkte die Rechte der Genussscheininhaber zu sehr ein. Die in § 15 Abs. 1 Satz 1 WpHG aF vorgesehene Einschränkung der Publizitätsvorschriften habe nur für Schuldverschreibungen und nicht für Genussscheine gegolten. Auch der Emittentenleitfaden der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht enthalte keine entsprechende Einschränkung für Genussscheine. Dort werde die Wahrscheinlichkeit vom Eintreten eines Bilanzverlusts lediglich als ein Beispielsfall für eine Veröffentlichungspflicht genannt.

23 Das Gutachten gebe auch nicht nur bereits in der Vergangenheit abgeschlossene Umstände wieder, weil es nicht nur um die entsprechenden Geschäfte, sondern den mit dem Bericht begründeten und sich sukzessiv steigenden Informationsgewinn der für die Musterbeklagte handelnden Organe gehe, denen zuvor die existenzgefährdende Wirkung der Geschäfte nicht deutlich gewesen sei.

24 Schließlich sei die Beschlussfassung des Aufsichtsrats der Musterbeklagten auch geeignet gewesen, den Börsenpreis der Genussscheine erheblich zu beeinflussen. Seien Vorstandsmitglieder von dem Beschluss betroffen, dann liege eine Kursrelevanz nahe. Im Übrigen komme es jedenfalls im Musterfest-

stellungsverfahren nicht darauf an, ob eine positive oder negative Kursentwicklung vorliege, da die Frage, welche Auswirkungen die Kenntnis von der jeweiligen Tatsache für den einzelnen Genussscheininhaber gehabt habe, individuell zu klären sei. Ein Vergleich mit der tatsächlichen Kursentwicklung der Genussscheine der Musterbeklagten nach Bekanntwerden der Inanspruchnahme der Vorstände aufgrund der Presseberichterstattung im Dezember 2005 lasse keine Rückschlüsse auf die Kursrelevanz zu, da es hier um die Berichterstattung über das Vorliegen des Gutachtens und nicht um das Vorgehen gegen die Vorstandsmitglieder gehe. Es sei zu berücksichtigen, dass zwischen dem Gutachten und der Berichterstattung fast eineinhalb Jahre gelegen hätten und die Öffentlichkeit im Dezember 2005 bereits Kenntnis von der Lage der Musterbeklagten gehabt habe. Insoweit sei unter anderem auch die Ad-hoc-Mitteilung vom 25. Oktober 2005 zu berücksichtigen, in der erstmals eine vollständige Liquidation der Musterbeklagten in den Raum gestellt worden sei.

25                    2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Prüfung nicht stand.

26                    a) Das Feststellungsziel ist zunächst klarstellend dahin auszulegen, dass es sich bei dem Beschluss des Aufsichtsrats um eine kursbeeinflussende Tatsache i.S.d. § 37b WpHG in der bis 29. Oktober 2004 geltenden Fassung (im Folgenden: § 37b WpHG aF) sowie um eine Insiderinformation gem. § 13 WpHG in der ab dem 30. Oktober 2004 geltenden Fassung (im Folgenden: WpHG AnSVG) handeln soll. Der Begriff der Insiderinformation ist erst durch Art. 1 Nr. 5 des Gesetzes zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz - AnSVG) vom 28. Oktober 2004 (BGBl. I S. 2630) in § 37b WpHG eingefügt worden.

27            b) Ein Sachentscheidungsinteresse besteht entgegen der Sicht der Rechtsbeschwerde der Beklagten sowohl hinsichtlich der Feststellung des Vorliegens einer "kursbeeinflussenden Tatsache" gem. § 37b WpHG aF sowie einer "Insiderinformation" gem. § 13 WpHG AnSVG.

28            aa) Ungeachtet der Bindungswirkung des Vorlagebeschlusses (§ 6 Abs. 1 Satz 2 KapMuG) haben das Oberlandesgericht und das Rechtsbeschwerdegericht im Kapitalanleger-Musterverfahren fortlaufend zu prüfen, ob für die einzelnen Feststellungsziele ein Sachentscheidungsinteresse fortbesteht. Das ist dann nicht der Fall, wenn auf Grundlage der bisherigen Ergebnisse durch die beantragte Feststellung keines der ausgesetzten Verfahren weiter gefördert werden kann (BGH, Beschluss vom 9. Januar 2018 - II ZB 14/16, ZIP 2018, 578 Rn. 60). Das Musterverfahren dient nicht dazu, abstrakte Tatsachen- oder Rechtsfragen ohne Bezug zur Entscheidung in zumindest einem der ausgesetzten Ausgangsverfahren zu beantworten (BGH, Beschluss vom 22. November 2016 - XI ZB 9/13, BGHZ 213, 65 Rn. 106).

29            bb) Hieran gemessen besteht ein Sachentscheidungsinteresse an der Feststellung am Maßstab des bis zum 29. Oktober 2004 geltenden Rechts einerseits und des ab dem 30. Oktober 2004 geltenden Rechts andererseits. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass in den ausgesetzten Verfahren eine rechtliche Würdigung sowohl am Maßstab des bis zum 29. Oktober 2004 geltenden Rechts als auch des ab dem 30. Oktober 2004 geltenden Rechts erfolgen muss.

30            (1) Im Schrifttum wird die Frage des anzuwendenden Rechts bei einem vor einer Rechtsänderung begonnenen, aber noch nicht abgeschlossenen Unterlassen unterschiedlich beantwortet. Eine Ansicht stellt entsprechend den



Grundsätzen des intertemporalen Privatrechts, wie sie in Art. 170 EGBGB verankert sind, maßgeblich auf die Verwirklichung des individuellen Schadens ab (Maier-Reimer/Webering, WM 2002, 1857, 1863; Zimmer/Grotheer, in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl., §§ 37b, 37c WpHG Rn. 17). Eine andere Ansicht stützt sich auf den Rechtsgedanken des Art. 232 § 10 EGBGB und stellt auf den Zeitpunkt der Verletzungshandlung ab. Sie nimmt an, eine durch ein Unterlassen begründete Pflichtverletzung bestehe bis zur Veröffentlichung der jeweiligen Tatsache bzw. bis zum Fortfall der Voraussetzungen der Veröffentlichungspflicht fort, so dass es für das anzuwendende Recht auf den Zeitpunkt der Beendigung der Unterlassung ankomme (Möllers/Leisch in KK-WpHG, § 37b, c Rn. 492; Sethe in Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl., §§ 37b, 37c Rn. 48, 169). Es käme danach darauf an, ob die Mitteilung als pflichtgemäße Handlung nach dem Inkrafttreten des geänderten Rechts noch hätte erfolgen müssen (vgl. Palandt/Putzo, BGB, 64. Aufl., Art. 232 § 10 EGBGB Rn. 1).

31 (2) Unabhängig davon, welcher Ansicht zu folgen ist, kann auf der Grundlage der Feststellungen des Oberlandesgerichts nicht ausgeschlossen werden, dass in den ausgesetzten Verfahren eine Mitteilungspflicht nach dem WpHG aF und/oder nach dem WpHG AnSVG in Betracht zu ziehen ist. Nach der ersten Ansicht käme es stets auf den Eintritt des individuellen Schadens an. Es ist vom Oberlandesgericht nicht festgestellt worden, wann die in den ausgesetzten Verfahren geltend gemachten individuellen Schäden entstanden sein könnten, mithin die jeweiligen Wertpapiertransaktionen stattgefunden haben. Nach der zweiten Ansicht würde zwar ein über den 29. Oktober 2004 hinausgehendes Unterlassen der Musterbeklagten am Maßstab der §§ 37b, 13 WpHG in der ab dem 30. Oktober 2004 geltenden Fassung zu beurteilen sein. Abgesehen davon, dass das Oberlandesgericht keine Feststellungen über den Zeit-

punkt der Beendigung des Unterlassens getroffen hat, käme ein Ersatz vor dem 30. Oktober 2004 entstandener Schäden nur in Betracht, wenn bei Schadenseintritt bereits eine Veröffentlichungspflicht bestanden hätte (vgl. Möllers/Leisch in KK-WpHG, § 37b, c Rn. 490).

32 c) Das Oberlandesgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, dass der Beschluss des Aufsichtsrats vom 18. August 2004 eine kursbeeinflussende Tatsache i.S.d. § 37b Abs. 1 Satz 1 WpHG aF darstellt. Es hat schon nicht hinreichend klar zum Ausdruck gebracht bzw. abgegrenzt, welche Tatsachen es ausgehend vom Feststellungsziel der Musterklägerin einer rechtlichen Prüfung am Maßstab des § 37b WpHG aF unterzogen hat. Die rechtliche Bewertung lässt schon aufgrund dieser fehlenden Abgrenzung nicht erkennen, dass ausgehend von der bei dem Emittenten vorhandenen Informationslage von einer kursbeeinflussenden Tatsache auszugehen ist.

33 aa) Das Musterverfahren ist auf die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens anspruchsbegründender oder anspruchsausschließender Voraussetzungen oder die Klärung von Rechtsfragen gerichtet (Feststellungsziele), § 2 Abs. 1 Satz 1 KapMuG. Geht es um das Unterlassen einer Ad-hoc-Mitteilung, kann die Frage, ob, und wenn ja, ab wann eine kursbeeinflussende Tatsache vorgelegen hat, zum Gegenstand eines Musterverfahrens gemacht werden (Möllers/Leisch in KK-WpHG, 2. Aufl., § 37b, c Rn. 539). So wie ein auf die Feststellung eines Prospektfehlers gerichtetes Feststellungsziel nur dann hinreichend bestimmt ist, wenn es die beanstandete Aussage oder Auslassung der Kapitalmarktinformation selbst wiedergibt (BGH, Beschluss vom 19. September 2017 - XI ZB 17/15, ZIP 2017, 2253 Rn. 65; Beschluss vom 9. Januar 2018 - II ZB 14/16, ZIP 2018, 578 Rn. 56), muss das Feststellungsziel auch bestimmt bezeichnen, welche kursbeeinflussende Tatsache Gegenstand

der rechtlichen Prüfung im Musterverfahren sein soll, wobei es sich auch um mehrere Tatsachen bzw. einen Sachverhalt handeln kann, der insgesamt eine kursbeeinflussende Tatsache bzw. Insiderinformation bildet (vgl. Kümpel/ Assmann in Assmann/Schneider, WpHG, 3. Aufl., § 15 Rn. 73; Klöhn in KK-WpHG, 2. Aufl., § 13 Rn. 44 f.). Das Oberlandesgericht hat - ggf. nach Auslegung des Feststellungsziels und Feststellung des ihm zu Grunde liegenden Sachverhalts - seine rechtliche Prüfung zum Vorliegen einer Insiderinformation bzw. kursbeeinflussenden Tatsache hieran zu orientieren. Dies folgt aus der auf das Feststellungsziel begrenzten Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts, § 11 Abs. 1 Satz 1 KapMuG, § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO (BGH, Beschluss vom 19. September 2017 - XI ZB 17/15, ZIP 2017, 2253 Rn. 64; noch offen gelassen in BGH, Beschluss vom 29. Juli 2014 - II ZB 30/12, ZIP 2014, 2284 Rn. 52 zum KapMuG aF). Die Auslegung des Feststellungsziels durch das Oberlandesgericht unterliegt dabei der uneingeschränkten Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht (BGH, Beschluss vom 19. September 2017 - XI ZB 17/15, ZIP 2017, 2253 Rn. 57).

34           bb) Diesen Vorgaben genügt die Entscheidung des Oberlandesgerichts nicht. Die Auslegung des Oberlandesgerichts über den Gegenstand des Feststellungsziels hält einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Es hat nicht klar abgegrenzt, auf welche Tatsache bzw. welchen Sachverhalt es die Prüfung vom Vorliegen einer kursbeeinflussenden Tatsache stützt.

35           (1) Das Feststellungsziel bezeichnet den Beschluss des Aufsichtsrats der Musterbeklagten zur Erhebung einer Schadenersatzklage gegen den Altvorstand vom 18. August 2004 als Insiderinformation gem. § 37b WpHG aF bzw. § 13 WpHG AnSVG, der sich nach dem Vorlagebeschluss auf eine Inanspruchnahme wegen Verlusten aus pflichtwidrig abgeschlossenen Zinsderivatege-

schäften in Höhe 182.036.439,28 € im Jahr 2001 und 68.423.041,67 € im Jahr 2002 bezieht. Der konkrete Inhalt der Beschlussfassung wurde vom Oberlandesgericht nicht festgestellt. Entsprechend fehlt es auch an Feststellungen dazu, ob und ggf. inwieweit die Beschlussfassung selbst zum Ausdruck bringt, welche konkreten Kenntnisse der Aufsichtsrat über den Umfang der Zinsderivategeschäfte der Musterbeklagten, den sich hieraus für sie ergebenden Folgen und der Überzeugung des Aufsichtsrats von der Pflichtwidrigkeit der Geschäfte hatte.

36 (2) Die Annahme des Oberlandesgerichts, die Kenntnis des Aufsichtsrats vom Umfang der (insgesamt abgeschlossenen) Zinsderivategeschäfte und die sich daraus für die Musterbeklagte ergebenden Folgen seien vom Feststellungsziel A. 1) d) umfasst, findet im Vorlagebeschluss keine Grundlage. Die in den Vorlagebeschluss aufgenommenen Feststellungsziele benennen jeweils einzelne Aspekte bzw. Ausschnitte eines Gesamtsachverhalts, die schon aufgrund unterschiedlicher zeitlicher Anknüpfungspunkte jeweils für sich veröffentlichungspflichtige Tatsachen iSd § 37b Abs. 1 WpHG aF beschreiben. Die Feststellungsziele greifen beginnend mit der Vorlage des Sonderprüfungsberichts von P. vom 24. Juni 2004 einzelne Entwicklungsstufen eines Sachverhalts auf, der seinen Ausgangspunkt im Jahr 2001 mit dem Abschluss von Zinsderivategeschäften hatte (vgl. zu sog. gestreckten Geschehensabläufen BGH, Beschluss vom 23. April 2013 - II ZB 7/09, ZIP 2013, 1165 Rn. 19). Inhalt des Feststellungsziels A. 1) d) ist nur die Entscheidung des Aufsichtsrats über die Erhebung einer Klage gegen ehemalige Vorstandsmitglieder.

37 (3) Das Oberlandesgericht hat damit jenseits der ihm obliegenden Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis aus der von ihm angenommenen Informationslage im Aufsichtsrat abgeleitet, dass eine kursbeeinflussende Tatsache vor-

liegt, ohne einen Bezug zum Feststellungsziel herzustellen und deutlich zu machen, dass diese - entsprechend dem Feststellungsziel - auf der Entscheidung über die Erhebung einer Schadenersatzklage beruht. Es stützt seine Argumentation über die Auswirkungen der Aufsichtsratsentscheidung maßgeblich auf den Inhalt des Prüfberichts von P. vom 24. Juni 2004, der Kenntnisnahme dieses Berichts durch den Aufsichtsrat und die von diesem gezogene Schlussfolgerung, im Hinblick auf die existenzgefährdende Wirkung dieser Geschäfte für die Musterbeklagte seien ehemalige Mitglieder des Vorstands auf Schadenersatz in Anspruch zu nehmen, ohne jedoch deutlich zu machen, ob und in welchem Umfang eine Information über die Entscheidung zur Klageerhebung entsprechende Kenntnisse überhaupt hätte vermitteln können. Es liegt auch nicht auf der Hand, dass die vom Oberlandesgericht herangezogenen Umstände zwangsläufig mit einer Information über die Beschlussfassung bekannt geworden wären. So hat das Sonderprüfungsgutachten von P. zwar sämtliche Zinsderivategeschäfte der Musterbeklagten in den Blick genommen, die konkrete Prüfung eines Schadenseintritts und einer Anspruchsverfolgung aber auf acht in der zweiten Jahreshälfte 2001 abgeschlossene und zum Zeitpunkt des Prüfberichts bereits beendete Geschäfte beschränkt und aus diesen einen Schaden für die Musterbeklagte in Höhe von rund 182 Mio. € abgeleitet. Konkrete Feststellungen zu möglichen künftigen Schäden aus Derivategeschäften enthielt der Prüfbericht vom 24. Juni 2004 ebenso wenig wie eine Aussage zur Tragfähigkeit der mit den Geschäften verbundenen Gesamtrisiken.

- 38 (4) Soweit das Oberlandesgericht auf die besondere wirtschaftliche Bedeutung der Zinsderivategeschäfte für das weitere Schicksal der Musterbeklagten und das Bestehen existenzgefährdender Risiken abstellt, setzt es erneut in unzulässiger Weise die aus der Informationslage des Aufsichtsrats angenommene Beweggründe für eine Anspruchsverfolgung mit der aus der Beschluss-

fassung abgeleiteten Information über die Anspruchsverfolgung selbst gleich. Dabei verkennt das Oberlandesgericht, dass auch die Beweggründe für die Anspruchsverfolgung in der Entscheidung über die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht zwangsläufig zum Ausdruck kommen. Im Übrigen rügt die Rechtsbeschwerde der Musterbeklagten zu Recht, dass die Schlussfolgerung des Oberlandesgerichts, die Reaktion des Aufsichtsrats zeige, diesem sei der Umfang der Geschäfte und insbesondere deren existenzgefährdende Wirkung vor Fassung des Beschlusses, Schadensersatzansprüche geltend zu machen, nicht deutlich gewesen, gegen § 286 ZPO verstößt. Angesichts der Pflicht des Aufsichtsrats, das Bestehen von Schadensersatzansprüchen gegen Mitglieder des Vorstands eigenverantwortlich zu prüfen und ggf. zu verfolgen (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1997 - II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 256 - ARAG/Garmenbeck) erscheint zumindest ohne ergänzende Erwägungen nicht nachvollziehbar, dass die Entscheidung über die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen ehemalige Mitglieder des Vorstands ausdrückt, dem Aufsichtsrat sei zuvor der Umfang der Geschäfte und deren existenzgefährdende Wirkung nicht deutlich gewesen.

39 d) Die Entscheidung erweist sich in diesem Punkt auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 577 Abs. 3 ZPO). Die Entscheidung des Aufsichtsrats, ehemalige Vorstandsmitglieder wegen der Zinsderivategeschäfte auf Schadensersatz wegen Verletzung ihrer Pflichten gemäß § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG in Anspruch zu nehmen, ist für sich genommen unter Berücksichtigung der Feststellungen des Oberlandesgerichts keine kursbeeinflussende Tatsache i.S.d. § 37b Abs. 1 Satz 1 WpHG aF.

40 aa) Zu Recht hat das Oberlandesgericht aber angenommen, dass der Beschluss des Aufsichtsrats der Musterbeklagten eine neue Tatsache ist, die im

Tätigkeitsbereich der Musterbeklagten als Emittentin eingetreten und nicht öffentlich bekannt war.

41 (1) Bei dem Beschluss des Aufsichtsrats handelt es sich um ein dem Beweis zugängliches, in die Wirklichkeit getretenes Ereignis, das die Entscheidung des Organs zu einem bestimmten Sachverhalt, hier die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen ehemalige Mitglieder des Vorstands der Musterbeklagten, zum Gegenstand hat.

42 Die Musterbeklagte rügt ohne Erfolg, dass die Entscheidung des Aufsichtsrats über die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen im Hinblick darauf, dass dieser lediglich eine Rechtsauffassung über die Bewertung seinerseits bekannter Tatsachen zu Grunde gelegen hätte, nicht als Tatsache zu bewerten sei. Ihr ist nur im Ausgangspunkt zuzugeben, dass es sich bei der im Gutachten von P. zum Ausdruck kommenden Würdigung der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens der ehemaligen Vorstandsmitglieder und des Entstehens sowie der Höhe eines Schadens um eine rechtliche Wertung von Anknüpfungstatsachen handelt. Hieraus folgt allerdings nicht, dass es sich bei der Entscheidung des Aufsichtsrats über die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen selbst nur um eine rechtliche Würdigung handeln würde. Die Entscheidung über die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen ist als Willensäußerung vielmehr als solche Tatsache (Schwark/Kruse in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl., § 13 WpHG Rn. 15; Kümpel/Assmann in Assmann/Schneider, WpHG, 3. Aufl., § 15 Rn. 56) und bringt für den verständigen Anleger als Empfänger einer solchen Information zum Ausdruck, dass der Aufsichtsrat sich nach einer sorgfältigen und sachgerechten Prozessrisikoanalyse dafür entschieden hat, das durch ein pflichtwidriges Handeln der Organe geschädigte Gesellschaftsvermögen durch Rechtsverfolgung wiederherzustellen (vgl. BGH,

Urteil vom 21. April 1997 - II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 254 f. - ARAG/Garmenbeck).

43 Ob eine Veröffentlichungspflicht - wie die Rechtsbeschwerde der Musterbeklagten geltend macht - schon bei der Beauftragung eines Sonderprüfungsberichts vorliegen kann, muss vom Senat in diesem Zusammenhang nicht entschieden werden. Die Einordnung der Entscheidung des Aufsichtsrats über die Rechtsverfolgung als Tatsache ist hiervon nicht abhängig.

44 (2) Die Tatsache war nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts zudem neu und nicht öffentlich bekannt. Ob und inwieweit dem Tatbestandsmerkmal "neu" überhaupt eine eigenständige Bedeutung zukommt, wird unterschiedlich beurteilt (vgl. zum Meinungsstand: Zimmer in Schwark, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 3. Aufl., § 15 WpHG Rn. 38 bis 40; Kümpel/Assmann in Assman/Schneider, WpHG, 3. Aufl., § 15 Rn. 50). Einer Entscheidung des Senats bedarf hierzu es nicht, weil es sich bei der Entscheidung, ehemalige Mitglieder des Vorstands auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen, um eine vom Aufsichtsrat selbst gesetzte (neue) Tatsache handelt, die schon aus diesem Grund nicht öffentlich bekannt sein konnte.

45 Entgegen der Sicht der Rechtsbeschwerde der Musterbeklagten kommt es für die rechtliche Beurteilung auch nicht darauf an, ob und ggf. inwieweit Umfang und wirtschaftliche Folgen der abgeschlossenen Zinsderivategeschäfte dem Aufsichtsrat bereits vor Kenntnisnahme des Prüfberichts vom 24. Juni 2004 bekannt waren, weil diese Kenntnis von der Entscheidung über die Rechtsverfolgung zu unterscheiden ist.

46 (3) Der Aufsichtsratsbeschluss ist schließlich auch im Tätigkeitsbereich der Musterbeklagten als Emittentin eingetreten. In den Tätigkeitsbereich eines



Emittenten fallen alle Tatsachen, die sich als unmittelbare Folge der unternehmerischen Tätigkeit darstellen. Hierzu gehören auch Aufsichtsratsbeschlüsse (Zimmer in: Schwark, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl., § 15 WpHG Rn. 35).

47           bb) Die Würdigung des Oberlandesgerichts, dass der Beschluss des Aufsichtsrats Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder auf den allgemeinen Geschäftsverlauf der Musterbeklagten hatte, wird von der Rechtsbeschwerde der Musterbeklagten nicht in Frage gestellt. Sie ist zumindest im Ergebnis aus Rechtsgründen ebenfalls nicht zu beanstanden.

48           (1) Der Begriff der Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder den allgemeinen Geschäftsverlauf wird unterschiedlich ausgelegt.

49           (a) Teilweise wird angenommen, die Ad-hoc-Publizität gem. § 15 Abs. 1 WpHG aF habe eine Ergänzungsfunktion gegenüber der Regelpublizität. Der Begriff der Auswirkungen sei daher ausgehend von den im Rahmen der Regelpublizität zu offenbarenden Informationen zu bestimmen, insbesondere vom Inhalt des Jahresabschlusses (§ 264 Abs. 2 Satz 1 HGB) und dem diesen ergänzenden Lagebericht nach § 289 Abs. 1 HGB (Begründung Regierungsentwurf, BT-Drucks. 12/6679, S. 48; Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 12/7918, S. 96; Zimmer in Schwark, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 3. Aufl., § 15 Rn. 61 f., 68; Caspari in Baetge, Insiderrecht und Ad-hoc-Publizität, 1995, S. 65, 75, 77; Ekkenga, ZGR 1999, 165, 198 f.; Waldhausen, Die ad-hoc-publizitätspflichtige Tatsache, 2002, S. 207; Burgard, ZHR 162 [1998], 51, 64 f.). Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder den allgemeinen Geschäftsverlauf hätten danach alle Tatsachen, die einen Buchungsvorgang auslösen, sowie solche, die im Lagebericht (Bericht des

Finanzausschusses, BT-Drucks. 12/7918, S. 96; Kümpel/Assmann in Assmann/Schneider, WpHG, 3. Aufl., § 15 Rn. 85, 89; Caspari in Baetge, Insiderrecht und Ad-hoc-Publizität, 1995, S. 65, 75; Schander/Lucas, DB 1997, 2109, 2110) oder im Anhang (Burgard, ZHR 162 [1998], 51, 64 ff.; Fürhoff/Wölk, WM 1997, 449, 453; Waldhausen, Die ad-hoc-publizitätspflichtige Tatsache, 2002, S. 210 f.) Erwähnung finden müssten. Allerdings wird teilweise einschränkend vertreten, durch das Bilanzrecht eröffnete Bewertungsspielräume dürften nicht aktiv zur Verschleierung der wirklichen Lage des Unternehmens genutzt werden (Kübler, ZHR 159 [1995], 550, 566; Kümpel/Assmann in Assmann/Schneider, WpHG, 3. Aufl., § 15 Rn. 87).

50           Demgegenüber wird vertreten, maßgeblich sei die effektive Vermögenslage des betroffenen Unternehmens, weil Jahresabschluss und Lagebericht aus Objektivierungs-, Vereinfachungs- und Vorsichtsgründen kein absolutes Bild über die tatsächliche Lage zeichnen würden (Cahn, ZHR 162 [1998], 1, 28; Götze, BB 1998, 2326, 2328; Moxter in FS Ludewig, 1996, 671, 675 f. sowie Wölk, AG 1997, 73, 78; Fürhoff/Wölk, WM 1997, 449, 453; Kiem/Kotthoff, DB 1995, 1999, 2002 die für der Regelpublizität unterliegende Tatsachen nur einen Anhaltspunkt für das Vorliegen von Auswirkungen sehen).

51           (b) Der Senat geht mit der zuerst genannten Auffassung davon aus, dass für die Auslegung des Begriffs der Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder den allgemeinen Geschäftsverlauf auf die im Rahmen der Regelpublizität des Emittenten zu offenbarenden Tatsachen abzustellen ist. Er verkennt nicht, dass mit dieser Anbindung der Ad-hoc-Publizitätspflicht an die Regelpublizität wesentliche kursrelevante Informationen aus dem Kreis veröffentlichungspflichtiger Tatsachen ausscheiden können, wenn solche aus dieser nicht ersichtlich werden. Zum einen unterscheidet das WpHG aF aber aus-

drücklich zwischen dem Begriff der Insidertatsache, die sich ausschließlich auf die Eignung zur Kursbeeinflussung einer Tatsache bezieht (§ 13 Abs. 1 WpHG aF) und den nach § 15 Abs. 1 Satz 1 WpHG aF veröffentlichungspflichtigen Tatsachen, bei denen die Eignung zur Kursbeeinflussung gerade aus den Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder den allgemeinen Geschäftsverlauf des Emittenten resultieren muss (Kümpel/Assmann in Assmann/Schneider, WpHG, 3. Aufl., § 15 Rn. 81; Fürhoff/Wölk, WM 1997, 449, 452; Pananis, WM 1997, 460, 463; Zimmer in Schwark/Zimmer, 3. Aufl., § 15 WpHG Rn. 120 f.; aA Burgard, ZHR 162 [1998], 51, 59 f.). Diese Differenzierung würde überspielt, wenn der Begriff der Auswirkung vom Kursbeeinflussungspotential einer Tatsache abgeleitet würde (Waldhausen, Die ad-hoc-publizitätspflichtige Tatsache, 2002, S. 207 f.). Im Übrigen entspricht die Anbindung der Ad-hoc-Publizität an die Regelpublizität dem in den Gesetzgebungsmaterialien zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers (Begründung Regierungsentwurf, BT-Drucks. 12/6679, S. 48; Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 12/7918, S. 96).

52

(2) Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder den allgemeinen Geschäftsverlauf liegen nicht erst dann vor, wenn diese tatsächlich eingetreten sind oder definitiv feststehen. Eine Veröffentlichungspflicht kann auch dann gegeben sein, wenn solche Auswirkungen erst in der Zukunft eintreten können (Zimmer in Schwark, Kapitaltalmarktrechts-Kommentar, 3. Aufl., § 15 Rn. 78; Kümpel/Assmann in Assmann/Schneider, WpHG, 3. Aufl., § 15 Rn. 82). Dabei genügt jedenfalls bei Sachverhalten, deren weitere Entwicklung bzw. Realisierung nicht in erster Linie vom Willen der Organe der Emittentin abhängen (sog. kognitive gestreckte Sachverhalte), bereits, dass die Tatsache geeignet ist, Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder den allgemeinen Geschäftsverlauf zu haben (Kiem/Kotthoff, DB 1995, 1999, 2002;

Schander/Lucas, DB 1997, 2109, 2110; Pananis, WM 1997, 460, 463; Burgard, ZHR 162 [1998], 51, 68; Möllers/Leisch, NZG 2003, 112, 116). Eine darüber hinausgehende (hohe) Eintrittswahrscheinlichkeit ist nicht erforderlich (Zimmer in Schwark, Kapitaltalmarktrechts-Kommentar, 3. Aufl., § 15 Rn. 97; aA Kümpel/Assmann in Assmann/Schneider, WpHG, 3. Aufl., § 15 Rn. 84; Fürhoff/Wölk, WM 1997, 449, 454). Nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 1 Satz 1 WpHG aF muss die Eignung zur Kursbeeinflussung auf den Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder den allgemeinen Geschäftsverlauf beruhen (vgl. bereits oben [1] [b]). Damit dient die Prüfung dieses Merkmals lediglich dazu, die Veröffentlichungspflicht auf bestimmte Tatsachen zu beschränken (Möllers/Leisch, NZG 2003, 112, 116). Soweit in der Begründung zum Regierungsentwurf zu § 15 WpHG aF angeführt wird, Ereignisse, deren Konsequenzen noch nicht feststünden, weil deren Wirksamkeit noch durch andere Umstände aufgehoben werden könne oder noch wirksame Gegenmaßnahmen möglich seien, stellten keine Tatsachen dar, die Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder den Geschäftsverlauf hätten (BT-Drucks. 12/6679, S. 48), bezieht sich dies auf unternehmensinterne Prozesse und nicht auf Vorgänge, deren weitere Entwicklung der Emittent selbst nicht mehr maßgeblich beeinflussen kann (so auch Kümpel/Assmann in Assmann/Schneider, WpHG, 3. Aufl., § 15 Rn. 70; weitergehend Zimmer in Schwark, Kapitaltalmarktrechts-Kommentar, 3. Aufl., § 15 Rn. 97).

53 (3) Rechtsstreitigkeiten von besonderer Bedeutung haben Auswirkungen auf den allgemeinen Geschäftsverlauf (vgl. auch Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel/Deutsche Börse AG, Insiderhandelsverbote und Ad-hoc-Publizität nach dem Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl., dort S. 34, 51; Emittentenleitfaden der BaFin (4. Aufl. [Stand: 28. April 2009], S. 53, 57 f.), weil diese

im Lagebericht zu erwähnen wären (MünchKommBilR/Kleindiek, § 289 HGB Rn. 51).

54 (4) Hiervon ausgehend hält die Bewertung des Oberlandesgerichts im Ergebnis einer rechtlichen Prüfung stand, allerdings nur im Hinblick auf die Erwägung, dass die Entscheidung des Aufsichtsrats über die Einleitung eines Rechtsstreits wegen der angestrebten Kompensation eines eingetretenen Schadens geeignet ist, bilanzielle Auswirkungen zu haben.

55 (a) Das Oberlandesgericht geht zutreffend davon aus, dass eine Schadensersatzleistung aus der angestrebten Anspruchsverfolgung zu Buchungsvorgängen geführt und damit bilanzielle Auswirkungen gehabt hätte. Bereits die Entscheidung des Aufsichtsrats über die Einleitung eines Gerichtsverfahrens ist bezogen auf das angestrebte Prozessergebnis geeignet, bilanzielle Auswirkungen zu verursachen. Der Aufsichtsrat entscheidet nach § 112 AktG über die Anspruchsverfolgung gegen (ausgeschiedene) Vorstandmitglieder (BGH, Beschluss vom 14. Mai 2013 - II ZB 1/11, ZIP 2013, 1274 Rn. 22 mwN), wobei dieser Entscheidung eine sorgfältige Prüfung der Prozessrisiken voranzugehen hat (BGH, Urteil vom 21. April 1997 - II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 254 - ARAG/Garmenbeck).

56 (b) Rechtsfehlerhaft hat das Oberlandesgericht dagegen Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder den allgemeinen Geschäftsverlauf im Hinblick darauf bejaht, dass die Musterbeklagte vor existenzgefährdenden Risiken gestanden habe.

57 Das Oberlandesgericht verkennt bei seiner Würdigung bereits, dass die Information über die Verfolgung von Schadenersatzansprüchen nicht mit derje-

nigen über den Eintritt existenzgefährdender Risiken gleichzusetzen ist (dazu schon oben c)).

58 Eine Information über die Entscheidung über den Gegenstand der angestrebten Klage wäre nach dem Feststellungsziel ebenfalls nicht geeignet gewesen, bilanzielle Auswirkungen zu verursachen. Danach ging es um die Liquidation eines Schadens wegen Verlusten, die in den Jahren 2001 und 2002 eingetreten sein sollen. Der Sonderprüfungsbericht von P. vom 24. Juni 2004 stellt im Ergebnis einen durch angenommene Pflichtverletzungen ehemaliger Vorstände eingetretenen Schaden in Höhe von 182.036.439,28 € fest, wobei ausschließlich die im Jahr 2001 beendeten Derivategeschäfte berücksichtigt wurden. Dass dieser Schaden bilanziell bis zur Entscheidung des Aufsichtsrats nicht erfasst wurde, stellt das Oberlandesgericht nicht fest.

59 Bilanzielle Auswirkungen können auch nicht im Hinblick auf das Bestehen künftiger Verlustrisiken bejaht werden. Dem Sonderprüfungsbericht ist zwar zu entnehmen, dass die Feststellungen zum Schaden nicht abschließend waren, sondern dass unter Berücksichtigung sämtlicher Geschäfte der Eintritt weiterer, auch künftiger, Schäden nahelag, zumal der Bericht - wie schon der Bericht von P. nach § 44 KWG Anfang Mai 2003 - eine Information über den Barwert des Zinsswappportfolios zum 30. Dezember 2002 mit rund - 2,7 Mrd. € enthielt. Die Höhe solcher, auf einem pflichtwidrigen Verhalten beruhender künftiger Schäden und eine Beurteilung zur Wahrscheinlichkeit ihres Eintretens, der Gegenstand einer Information über einen zu führenden Rechtsstreits hätte sein können, ergibt sich indes aus dem Sonderprüfungsbericht nicht und das Oberlandesgericht hat auch nicht festgestellt, dass dem Aufsichtsrat anderweitig Informationen über die Höhe künftig zu erwartender, den betroffenen Vorstandsmitgliedern zuzurechnender und bilanziell noch nicht erfasster Schäden

vorlagen, die Inhalt der Entscheidung über die Verfolgung von Ansprüchen gegen die ehemaligen Mitglieder des Vorstands wurden.

60 cc) Die Feststellungen des Oberlandesgerichts ergeben jedoch nicht, dass die Entscheidung des Aufsichtsrats über die Rechtsverfolgung geeignet war, den Börsenpreis der zugelassenen Wertpapiere erheblich zu beeinflussen.

61 (1) Ob eine Tatsache i.S.v. § 37b Abs. 1 WpHG aF geeignet ist, den Börsenpreis der zugelassenen Wertpapiere erheblich zu beeinflussen, ist in objektiv-nachträglicher, auf den Zeitpunkt des Entstehens der Tatsache abstellender Ex-ante-Prognose zu ermitteln (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2011 - XI ZR 51/10, BGHZ 192, 90 Rn. 41 mwN; Beschluss vom 23. April 2013 - II ZB 7/09, ZIP 2013, 1165 Rn. 22 jeweils zu § 13 Abs. 1 Satz 1 WpHG AnSVG). Bei der Bewertung sind insbesondere die Gesamttätigkeit des Emittenten, die Verlässlichkeit der Informationsquelle und sonstige Marktvariablen zu berücksichtigen, die das entsprechende Finanzinstrument beeinflussen dürften (vgl. BGH, Beschluss vom 23. April 2013 - II ZB 7/09, ZIP 2013, 1165 Rn. 22), aber auch die Relevanz bezogen auf die konkret betroffenen Wertpapiere (Klöhn in KK-WpHG, 2. Aufl., § 13 Rn. 160). Auch die Markterwartungen sind mit einzubeziehen. Je stärker eine Tatsache den Markt überrascht, desto größer wird in der Regel ihre Eignung zur Kursbeeinflussung sein; hatte der Markt die Tatsache bereits erwartet, kann die Kurserheblichkeit ggf. entfallen (vgl. BaFin, Emittentenleitfaden, 4. Aufl. [Stand: 28. April 2009], S. 53, 56; Klöhn in KK-WpHG, 2. Aufl., § 13 Rn. 179 ff.; Teigelack, BB 2016, 1604, 1605 f.). Ausschlaggebend ist danach letztlich, ob ein verständiger Anleger die neue Tatsache und ihre Folgen bei seiner Anlageentscheidung wahrscheinlich berücksichtigen würde (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2011 - XI ZR 51/10, BGHZ 192, 90 Rn. 41, 44; BGH, Beschluss vom 23. April 2013 - II ZB 7/09,

ZIP 2013, 1165 Rn. 17, 22). Schließlich muss nach § 37b Abs. 1 WpHG aF die Kursrelevanz aus den Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder dem allgemeinen Geschäftsverlauf resultieren (oben bb) [1] [b]).

62 Der Emittentenleitfaden der BaFin als norminterpretierende Verwaltungsvorschrift (BGH, Beschluss vom 25. Februar 2008 - II ZB 9/07, ZIP 2008, 639 Rn. 24) sieht bei Genussscheinen, wenn deren Rendite davon abhängt, dass der Emittent keinen Bilanzverlust erleidet, eine Veröffentlichungspflicht dann vor, wenn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass ein Bilanzverlust eintritt (Emittentenleitfaden der BaFin, 4. Aufl. [Stand: 28. April 2009], S. 54). Das Oberlandesgericht hat zutreffend erkannt, dass der Informationsanspruch der Genussscheininhaber aus diesem Grunde nicht ausschließlich auf Aspekte beschränkt ist, die unmittelbaren Bezug zu einem Bilanzverlust haben. Vielmehr ist ausgehend von den jeweiligen Genussscheinbedingungen zu prüfen, ob die Rechte und Pflichten der Genussscheininhaber durch eine Information in (erheblich) bewertungsrelevanter Weise betroffen sind. Dies kann namentlich bereits der Fall sein, wenn die Erfüllung der mit dem Genussschein verbundenen Verpflichtungen des Emittenten im Hinblick auf die neue Tatsache selbst bzw. - bei einem zeitlich gestreckten Vorgang - ein unter Würdigung der verfügbaren Anknüpfungstatsachen tatsächlich zu erwartenden künftigen Ereignis (BGH, Beschluss vom 25. Februar 2008 - II ZB 9/07, ZIP 2008, 639 Rn. 28) beeinträchtigt oder eine solche Beeinträchtigung wieder beseitigt wäre (vgl. auch Assmann in Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl., § 13 Rn. 66a; Kocher, WM 2013, 1305, 1306 f.).

63 (2) Hiervon ausgehend tragen die Feststellungen des Oberlandesgerichts die Schlussfolgerung auf die Kursrelevanz des Aufsichtsratsbeschlusses über die Anspruchsverfolgung nicht.



64 (a) Das Oberlandesgericht hat schon nicht geprüft, ob die von ihm angenommene Kursrelevanz auf den bilanziellen Auswirkungen der Entscheidung beruht. Es begründet diese in erster Linie mit dem Argument, dass die Kursrelevanz naheliege, weil vorliegend mehrere Vorstandsmitglieder von der Klageerhebung betroffen seien. Zu diesem als kursrelevant eingeschätzten Aspekt hat das Oberlandesgericht indes keine Feststellungen zu möglichen Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder den allgemeinen Geschäftsverlauf der Musterbeklagten getroffen.

65 Ungeachtet dessen lässt sich aus dem Umstand, dass sich die Rechtsverfolgung gegen ehemalige Mitglieder des Vorstands richten sollte, ohne weitere, hieran anknüpfende Erwägungen die Kursrelevanz nicht ableiten. Bei einer Verletzung von Sorgfalts- und Treupflichten durch Organe kann die Kursrelevanz entweder auf dem durch das in Rede stehende Verhalten geschaffenen Ergebnis beruhen oder auf der aus ihm abgeleiteten Einschätzung von der Qualität des Managements (Klöhn in KK-WpHG, 2. Aufl., § 15 Rn. 155; Assmann in Assmann/Uwe H. Schneider, WpHG, 6. Aufl., § 15 Rn. 89). Soweit es um das durch den Abschluss von Zinsderivategeschäften geschaffene Ergebnis geht, rechtfertigen die vom Oberlandesgericht getroffenen Feststellungen schon nicht die Annahme, dass die Mitteilung der Aufsichtsratsentscheidung nicht nur über bereits eingetretene Verluste, sondern auch über künftige Verlustrisiken informiert hätte (hierzu bereits oben unter bb) [4] b)). Soweit es demgegenüber um die Kursrelevanz unter dem Gesichtspunkt der auf einem pflichtwidrigen Verhalten der ehemaligen Vorstände zu beurteilenden Qualität des Managements geht, zeigt das Oberlandesgericht nicht auf, dass eine solche Beurteilung im Hinblick auf das zwischenzeitliche Ausscheiden der betreffenden Vorstandsmitglieder aus den Diensten des Musterbeklagten für den Kurs der Genussscheine noch von Bedeutung war. Die Rechtsbeschwerde der

Musterbeklagten erinnert diesbezüglich zu Recht, dass die Kursrelevanz einer solchen Information eher fernliegt.

66 (b) Das Oberlandesgericht hat überdies rechtsfehlerhaft die gebotene weitere Beurteilung der Kursrelevanz mit der Erwägung unterlassen, die Frage, welche Auswirkungen die Kenntnis von der jeweiligen Tatsache für den einzelnen Genussscheininhaber gehabt habe, sei individuell zu klären und einer Prüfung im Musterfeststellungsverfahren nicht zugänglich. Diese Würdigung verkennt, dass die Relevanz einer Information für die Bewertung nicht ausgehend von der Person des Wertpapierinhabers, sondern ausgehend vom Beeinflussungspotential der Information bezogen auf den Börsen- oder Marktpreis des jeweiligen Wertpapiers einzuschätzen ist. Eine solche Einschätzung lässt sich aus den Feststellungen des Oberlandesgerichts nicht ableiten.

67 (c) Unter Berücksichtigung der vom Oberlandesgericht festgestellten Auswirkungen der Entscheidung über die Rechtsverfolgung ergibt sich eine Bewertungsrelevanz nicht. Es kann schon nicht nachvollzogen werden, dass sich unter Berücksichtigung der im Markt insbesondere auf Grund der Regelpublizität für die Bewertung der Genussscheine bekannten Umstände die Entscheidung über die Rechtsverfolgung in signifikanter Weise ausgewirkt hätte. Der Entschluss des Aufsichtsrats, von den ehemaligen Vorständen einen zu diesem Zeitpunkt auf rund 182 Mio. € bezifferten Schaden geltend zu machen, rechtfertigt eine solche Schlussfolgerung unter den hier gegebenen Umständen für sich genommen nicht. Es ist nicht festgestellt, welche Auswirkungen die künftige Schadensersatzleistung auf das Vermögen der Musterbeklagten gehabt hätte und ob diese geeignet gewesen wäre, eine bereits eingetretene oder mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung des Werts der Genussscheine wieder zu kompensieren. Das Oberlandesgericht

geht diesbezüglich vom Vorliegen einer existenzgefährdenden Situation bei der Musterbeklagten aus, jedoch ohne darzulegen, dass die Liquidation des festgestellten Schadens diese Lage nachhaltig hätte verändern können.

68 e) Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich zugleich, dass das Oberlandesgericht auch das Vorliegen einer Insiderinformation gemäß § 13 Abs. 1 WpHG AnSVG nicht ohne Rechtsfehler angenommen hat. Eine Insiderinformation nach § 13 Abs. 1 Satz 1 WpHG AnSVG ist eine konkrete Information über nicht öffentlich bekannte Umstände, die sich auf einen oder mehrere Emittenten von Insiderpapieren oder auf die Insiderpapiere selbst beziehen, und die geeignet waren, im Falle ihres öffentlichen Bekanntwerdens den Börsen- oder Marktpreis der Insiderpapiere erheblich zu beeinflussen. Als Umstände gelten auch solche, bei denen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden konnte, dass sie in Zukunft eintreten werden (§ 13 Abs. 1 Satz 3 WpHG AnSVG).

69 Die Rechtsbeschwerdebegründung der Musterbeklagten weist zwar zu Recht darauf hin, dass mit der Neuregelung eine Erweiterung des Anwendungsbereichs verbunden war (vgl. auch BT-Drucks. 15/3174, S. 33; Assmann in Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl., § 15 Rn. 1; Zimmer/Kruse in Zimmer/Schwark, Kapitalmarktrecht-Kommentar, 4. Aufl., § 15 WpHG Rn. 4). Ungeachtet dessen verlangt auch § 13 WpHG AnSVG, dass die Information geeignet sein muss, den Kurs des betroffenen Wertpapiers erheblich zu beeinflussen (oben d] cc] [1]). Auch wenn nach der Neuregelung das Kursbeeinflussungspotential der Information nicht mehr auf den Auswirkungen der Information selbst beruhen muss, lässt sich ein erhebliches Kursbeeinflussungspotential aus den Feststellungen des Oberlandesgerichts - wie vorstehend näher ausgeführt - nicht ableiten.

70 II. Die Feststellung des Oberlandesgerichts, die Klageeinreichung der  
Musterbeklagten gegen den Altvorstand sei eine Insiderinformation gemäß  
§ 37b Abs. 1 WpHG aF bzw. § 13 WpHG nF gewesen (Feststellungsziel A. 1]  
e)), hält einer rechtlichen Prüfung ebenfalls nicht stand.

71 1. Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung insoweit im Wesentli-  
chen wie folgt begründet:

72 Die für eine Veröffentlichungspflicht des Aufsichtsratsbeschlusses spre-  
chenden Umstände würden entsprechend auch für die Einreichung der Klage  
gegen die früheren Vorstandsmitglieder gelten. Zu berücksichtigen sei, dass  
dem Emittentenleitfaden der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht  
indizielle Bedeutung zukomme, nach dem über Gerichtsverfahren mit erhebli-  
cher Bedeutung zu berichten sei. Schließlich scheine die Musterbeklagte später  
selbst davon ausgegangen zu sein, dass eine veröffentlichungspflichtige Tatsa-  
che vorgelegen habe, da sie per Ad-hoc-Mitteilung über den Stand des gericht-  
lichen Verfahrens gegen die ehemaligen Vorstände berichtet habe.

73 2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Prüfung ebenfalls nicht  
stand.

74 a) Auch dieses Feststellungsziel ist zunächst klarstellend dahin auszule-  
gen, dass es sich bei der Einreichung der Klage gegen die ehemaligen Vor-  
standsmitglieder um eine "kursbeeinflussende Tatsache" i.S.d. § 37b WpHG aF  
sowie um "Insiderinformation" gem. § 13 WpHG AnSVG handeln solle (oben  
I. 2. a)).

75 b) Das Oberlandesgericht, dessen Würdigung sich im Wesentlichen in  
einer Bezugnahme auf die Ausführungen zum Feststellungsziel A. 1) d) er-

schöpft, grenzt damit auch zu diesem Feststellungsziel nicht hinreichend ab, auf welche Tatsache bzw. welchen Sachverhalt es die Prüfung vom Vorliegen einer kursbeeinflussenden Tatsache stützt und erweist sich aus diesem Grund als rechtsfehlerhaft (oben I. 2. c]).

76 c) Die Entscheidung erweist sich auch in diesem Punkt nicht im Ergebnis als richtig (§ 577 Abs. 3 ZPO). Die Feststellungen des Oberlandesgerichts tragen die Schlussfolgerung, dass die Einreichung der Klage eine kursbeeinflussende Tatsache i.S.d. § 37b WpHG aF war, nicht.

77 aa) Das Oberlandesgericht nimmt allerdings im Ausgangspunkt zutreffend an, dass die Erhebung der Klage gegen die ehemaligen Mitglieder des Vorstands eine Tatsache ist, die Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder den allgemeinen Geschäftsverlauf haben konnte.

78 (1) Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder den allgemeinen Geschäftsverlauf hätten danach alle Tatsachen, die einen Buchungsvorgang auslösen sowie solche, die im Lagebericht oder im Anhang Erwähnung finden müssten. Die Auswirkungen müssen nicht tatsächlich eingetreten sein oder definitiv feststehen. Eine Veröffentlichungspflicht kann auch dann gegeben sein, wenn solche Auswirkungen erst in der Zukunft eintreten können. Dabei genügt jedenfalls bei Sachverhalten, deren weitere Entwicklung bzw. Realisierung nicht in erster Linie vom Willen der Organe der Emittentin abhängen (sog. kognitive gestreckte Sachverhalte), dass die Tatsache geeignet ist, Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder den allgemeinen Geschäftsverlauf zu haben. Dabei kommt es nicht auf den Eintritt oder das Feststehen solcher Auswirkungen an. Die Tatsache muss lediglich geeignet sein, solche Auswirkungen zu verursachen. Rechtsstreitigkeiten von besonderer Bedeutung ha-

ben Auswirkungen auf den allgemeinen Geschäftsverlauf, weil diese im Lagebericht zu erwähnen wären (dazu im Einzelnen oben I. 2. d] bb]).

79 (2) Das Oberlandesgericht hat hiervon ausgehend mit Recht angenommen, dass die möglichen bilanziellen Auswirkungen der Klageerhebung zumindest denen entsprechen, die für die Entscheidung über die Klageerhebung angenommen wurden (dazu oben I. 2. d]). Im Übrigen ist die Würdigung auch insoweit rechtlich nicht zu beanstanden, als das Oberlandesgericht einen Rechtsstreit von besonderer Bedeutung angenommen hat, der im Lagebericht der Musterbeklagten mitzuteilen gewesen wäre. Dies gilt zum einen im Hinblick auf den erheblichen, bereits eingetretenen Schaden, den die Musterbeklagte liquidieren wollte, und zum anderen auch für die Prognose, dass die Musterbeklagte mit dem Eintritt weitere Schäden von weit mehr als 1 Mrd. € rechnete.

80 bb) Das Oberlandesgericht hat indes die Kursrelevanz einer Information über die Klageerhebung nicht rechtsfehlerfrei festgestellt.

81 (1) Ob eine Tatsache i.S.v. § 37b Abs. 1 WpHG aF geeignet ist, den Börsenpreis der zugelassenen Wertpapiere erheblich zu beeinflussen, ist in objektiv-nachträglicher, auf den Zeitpunkt des Entstehens der Tatsache abstellender Ex-ante-Prognose zu ermitteln. Bei der Bewertung sind insbesondere die Gesamttätigkeit des Emittenten, die Verlässlichkeit der Informationsquelle und sonstige Marktvariablen zu berücksichtigen, die das entsprechende Finanzinstrument beeinflussen dürften, aber auch die Relevanz bezogen auf die konkret betroffenen Wertpapiere. Auch die Markterwartungen sind mit einzubeziehen. Je stärker eine Tatsache den Markt überrascht, desto größer wird in der Regel ihre Eignung zur Kursbeeinflussung sein; hatte der Markt die Tatsache bereits erwartet, kann die Kurserheblichkeit ggf. entfallen.

82           (2) Hieran gemessen hält die Würdigung des Oberlandesgerichts einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Die Würdigung erschöpft sich in diesem Punkt im Kern auf eine Bezugnahme auf die Ausführungen zum Feststellungsziel A. 1) d), die - wie unter vorstehend I. ausgeführt - rechtsfehlerbehaftet sind.

83           cc) Die Entscheidung erweist sich in diesem Punkt auch nicht deswegen im Ergebnis als zutreffend, weil in der gegen die ehemaligen Mitglieder des Vorstands gerichteten Klage vom 21. Oktober 2004 ein Antrag gerichtet auf die Feststellung enthalten war, dass die fünf in Anspruch genommenen ehemaligen Mitglieder des Vorstands verpflichtet seien, den Schaden zu ersetzen, der der Musterbeklagten aus insgesamt 147 am 1. September 2004 noch nicht beendeten Derivategeschäften entstanden sei. Die Musterbeklagte hat hierzu in der Klageschrift gegen die ehemaligen Mitglieder ihres Vorstands die Behauptung aufgestellt, die Geschäfte könnten zu Schäden bei der Musterbeklagten in einer Größenordnung von weit mehr als 1 Mrd. € führen, und den Wert des Feststellungsantrags vorläufig mit 100 Mio. € angegeben. Hieraus lässt sich unter Berücksichtigung der Feststellungen des Oberlandesgerichts ein erhebliches Kursbeeinflussungspotential nicht mit hinreichender Sicherheit ableiten.

84           Zwar weist der Feststellungsantrag darauf hin, dass die Musterbeklagte mit erheblichen weiteren, noch nicht bilanziell erfassten künftigen Schäden rechnete. Unter Berücksichtigung der auf den Ausweis eines Bilanzverlusts beschränkten Gefährdung des Ausschüttungs- bzw. Rückzahlungsanspruchs der Genussscheininhaber lässt sich aber aus der pauschalen Angabe über das Entstehen künftiger Schäden isoliert nicht ableiten, welche möglichen Auswirkungen diese auf die Beurteilung der kursbestimmenden Faktoren für die Genussscheine hatten.

85 Das Oberlandesgericht hat ferner auch hier die Information über die Klageerhebung mit der Information über den Eintritt existenzgefährdender Risiken für die Musterbeklagte gleichgesetzt. Dies wäre - wenn wie hier die Information über die Klageerhebung selbst nicht mit der Offenbarung existenzgefährdender Risiken verbunden ist - nur zulässig, wenn unter Berücksichtigung der weiteren im Markt bereits bekannten Tatsachen zu erwarten wäre, dass der verständige Anleger aus der Information über die Klageerhebung auf den Eintritt existenzgefährdender Risiken schlussfolgern würde. Hierzu hat das Oberlandesgericht keine Feststellungen getroffen.

86 d) Im Hinblick auf die die Annahme eines erheblichen Kursbeeinflussungspotentials nicht tragenden Feststellungen des Oberlandesgerichts, ist auch die Feststellung zum Vorliegen einer Insiderinformation gem. § 13 WpHG AnSVG rechtsfehlerbehaftet (vgl. oben I. 2. e)).

87 III. Sind danach die Feststellungen zu den Feststellungszielen A. 1) d) und e) rechtsfehlerhaft, entfällt zugleich die Grundlage für die Feststellungen zu den Feststellungszielen A. 2), 3), 4) und 5).

88 IV. Die Feststellungsziele der Musterbeklagten hat das Oberlandesgericht ohne Rechtsfehler abgewiesen.

89 1. Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung insoweit im Wesentlichen wie folgt begründet:

90 Die Verjährungsfrist nach § 37b Abs. 4 WpHG beginne erst mit der Unterlassung der jeweils gebotenen Ad-hoc-Mitteilung und nicht mit dem Vorliegen eines - möglicherweise zeitlich vorgelagerten - Anlasses.



91 Weder aus § 10 Abs. 5 KWG noch aus Art. 63 Nr. 2 c) und d) der Richtlinie 2006/48/EG folge ein Ausschluss für Schadensersatzansprüche wegen unterbliebener Ad-hoc-Mitteilungen im Hinblick auf Inhaber von Genussscheinen. Genussscheine seien als haftendes Eigenkapital für Kreditinstitute unter der Bedingung zugelassen worden, dass sie in vollem Umfang am Verlust des Kreditinstituts beteiligt würden. Mit der Regelung in § 10 Abs. 5 KWG habe der Gesetzgeber eine vorzeitige Zahlung auf das Genusskapital verhindern wollen, um dieses - gerade in der Krise - möglichst lange dem Kreditinstitut zu erhalten. Mit der Leistung von Schadensersatz wegen unterbliebener Ad-hoc-Mitteilungen werde keine Zahlung auf das Genusskapital geleistet. Es handele sich um einen gesetzlichen Anspruch, der nicht dem vertraglichen Verhältnis der Parteien entspringe. Für einen so weiten Ausschluss von Ansprüchen fehle es an einer gesetzgeberischen Entscheidung. Aus der Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 ergebe sich kein anderes Ergebnis.

92 Nach § 37b Abs. 1 Nr. 2 WpHG in beiden Fassungen werde auch derjenige Erwerber geschützt, der den Genussschein vor Eintritt der Tatsache bzw. Entstehen der Information erwerbe und sie erst nach der Unterlassung der gebotenen Veröffentlichung wieder veräußere.

93 2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

94 a) Rechtsfehlerfrei hat das Oberlandesgericht die Feststellung abgelehnt, dass es für den Beginn der Verjährung von Ansprüchen nach § 37b WpHG wegen des Unterlassens einer Mitteilung über die vorgenannten Kapitalmarktinformationen ausschließlich auf den Zeitpunkt der Vornahme der Zinsderivategeschäfte im Zeitraum vom 1. Januar 2001 bis 30. Juni 2002 ankomme und

daher solche Ansprüche spätestens mit dem Ablauf des 30. Juni 2005 verjährt gewesen seien (Feststellungsziel B. 1]).

- 95           aa) Die Rechtsbeschwerde der Musterbeklagten stellt zu Recht nicht in Frage, dass die kenntnisunabhängige dreijährige Verjährungsfrist des § 37b Abs. 4 WpHG in der bis zum 9. Juli 2015 geltenden Fassung mit dem Beginn der Unterlassung einer gebotenen Ad-hoc-Mitteilung zu laufen anfängt (Maier-Reimer/Webering, WM 2002, 1857, 1863; Fuchs in Fuchs, WpHG, 2. Aufl., §§ 37b, 37c WpHG Rn. 49; Sethe in Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl., §§ 37b, 37c WpHG Rn. 117; Zimmer/Grotheer in Schwark/Zimmer, WpHG, 4. Aufl., §§ 37b, 37c WpHG Rn. 98).
- 96           bb) Demgegenüber meint die Rechtsbeschwerde zu Unrecht, dass Anknüpfungspunkt für den Lauf der Verjährungsfrist der Abschluss der Zinsderivategeschäfte in den Jahren 2001 und 2002 sei, weil es sich dabei um den wesentlichen Kern der veröffentlichungspflichtigen Insidertatsache handele. Da die Schadensersatzpflicht in § 37b Abs. 1 WpHG jeweils an eine bestimmte Tatsache anknüpft und auch mehrere einzelne Ereignisse eines sachlich zusammenhängenden Geschehensablaufs als Insidertatsache in Betracht kommen (vgl. BGH, Beschluss vom 23. April 2013 - II ZB 7/09, ZIP 2013, 1165 Rn. 15 für § 13 Abs. 1 Satz 1 WpHG AnSVG), beginnt auch bei einem mehraktigen Geschehen die Verjährung für jede zu veröffentlichende Tatsache eigenständig zu laufen.
- 97           b) Das Feststellungsziel, die Richtlinie 2006/48/EG und § 10 Abs. 5 KWG stehe der Inanspruchnahme der Musterbeklagten wegen des Unterlassens einer Mitteilung über die vorgenannten Kapitalmarktinformationen entgegen (Feststellungsziel B. 2]), wurde vom Oberlandesgericht ebenfalls ohne Rechtsfehler abgewiesen.

98           aa) Der Senat hat bereits entschieden, dass vertragliche Schadensersatzansprüche von Genussscheininhabern wegen einer Verletzung von Pflichten aus dem Genussrechtsvertrag (BGH, Urteil vom 5. Oktober 1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 331; Urteil vom 29. April 2014 - II ZR 395/12, ZIP 2014, 1166 Rn. 26) keiner Sperrwirkung aus § 10 Abs. 5 KWG aF unterliegen (BGH, Urteil vom 29. April 2014 - II ZR 395/12, ZIP 2014, 1166 Rn. 32 ff.). Für gesetzliche Schadensersatzansprüche von Genussscheininhabern aus §§ 37b, 37c WpHG gilt dies erst recht (vgl. bereits BGH, Urteil vom 29. April 2014 - II ZR 395/12, ZIP 2014, 1166 Rn. 39).

99           Entgegen der Sicht der Rechtsbeschwerde der Musterbeklagten steht die Teilnahme am Verlust selbst durch den Schadensersatzanspruch nicht in Frage, da die Verlustbeteiligung allenfalls mittelbar durch die Zuerkennung eines Schadensersatzanspruchs kompensiert würde (BGH, Urteil vom 29. April 2014 - II ZR 395/12, ZIP 2014, 1166 Rn. 37). Der Schadensersatzanspruch gem. § 37b Abs. 1 WpHG beruht nicht auf einer Verletzung von Pflichten aus dem Genussrechtsvertrag, sondern aus der Verletzung kapitalmarktrechtlicher Pflichten des Emittenten (vgl. Möllers/Leisch in KK-WpHG, 2. Aufl., § 37b, c Rn. 13 ff.), die mit den Pflichten aus dem Genussrechtsverhältnis, insbesondere der Verlustbeteiligung des Genussrechtinhabers nicht in einem inneren Zusammenhang stehen (vgl. Bracht, WM 2012, 585, 589). Der Gesetzgeber hätte, wenn er die Schadensersatzansprüche von Genussscheininhabern aus fehlerhafter Kapitalmarktinformation hätte zurücktreten lassen wollen, eine ausdrückliche Regelung treffen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2014 - II ZR 395/12, ZIP 2014, 1166 Rn. 36). Daran fehlt es. Gegenteiliges lässt sich auch aus der Begründung des Gesetzentwurfs zur Änderung von § 10 Abs. 5 KWG durch das Gesetz zur Umsetzung der geänderten Bankenrichtlinie und der geänderten Kapitaladäquanzrichtlinie nicht ableiten (BT-Drucks. 17/1720,

S. 39), weil diesem nach § 10 Abs. 5 Satz 7, § 10 Abs. 4 Satz 10 der Entwurfsfassung der ausdrückliche Ausschluss bestimmter zivilrechtlicher Vorschriften zu Grunde lag (BT-Drucks. 17/1720, S. 12).

100 Die Genussscheinbedingungen enthalten nach dem Vortrag der Musterbeklagten keine Bestimmung, nach der "die Geltung" von § 10 Abs. 5 KWG aF vereinbart wurde. Vielmehr wurde lediglich auf § 10 Abs. 5 KWG aF hingewiesen. Der Senat hat schon für vertragliche Schadensersatzansprüche ausgesprochen, dass sich aus einem solchen Hinweis keine konkludente Vereinbarung über eine Haftungsbegrenzung oder einen Haftungsausschluss herleiten lässt (BGH, Urteil vom 29. April 2014 - II ZR 395/12, ZIP 2014, 1166 Rn. 37). Auf einen gesetzlichen Anspruch kann ein solcher Hinweis erst recht keine Auswirkungen haben.

101 Der Ausschluss der Kapitalmarktinformationshaftung nach § 37b Abs. 1 WpHG ist auch nicht durch den aufsichtsrechtlichen Schutzzweck, der Sicherung der Eigenmittelausstattung, geboten. Bei der Verletzung von Publizitätspflichten, die dem Schutz der Funktionsfähigkeit des (sekundären) Kapitalmarkts dienen, wird das Gesellschaftsvermögen durch die Belastung mit einer Schadensersatzverbindlichkeit nicht anders als bei sonstigen Deliktsansprüchen in Anspruch genommen (BGH, Urteil vom 9. Mai 2005 - II ZR 287/02, ZIP 2005, 1270, 1272 f. mwN; vgl. auch Beschluss vom 26. Juni 2006 - II ZR 153/05, ZIP 2007, 326 Rn. 9 für § 57 AktG).

102 bb) Es ist auch nicht ersichtlich, dass sich aus europarechtlichen Vorschriften zur Kapitalerhaltung eine Sperrwirkung im Hinblick auf eine Kapitalmarktinformationshaftung ergeben würde. Aus dem von der Rechtsbeschwerde der Musterbeklagten in Bezug genommenen Art. 63 Abs. 2 c) der Richtlinie

2006/48/EG (ABl. EU 2006 Nr. L 177/1 S. 28) ergibt sich nichts anderes. Danach kann der in einem Mitgliedstaat verwendete Eigenmittelbegriff als sonstige Bestandteile auch Titel mit unbestimmter Laufzeit zulassen, wenn - neben weiteren Voraussetzungen - die Forderungen des Kreditgebers gegenüber dem kreditnehmenden Institut den Forderungen aller nicht nachrangigen Gläubiger vollständig nachrangig sind. Sowohl nach dem Wortlaut als auch nach dem Zweck, nämlich der Sicherstellung einer nachrangigen Haftung, soll die Vorschrift nur die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die rechtliche Beziehung zwischen dem kreditnehmenden Institut und seinem Kreditgeber regeln, die sich ausschließlich aus dem Finanzierungsvertrag ergeben. Folglich kann die Vorschrift erkennbar einer nationalen Regelung nicht entgegenstehen, die den Grundsatz aufstellt, dass eine emittierende Gesellschaft wegen fehlerhafter Kapitalmarktinformation haftet und aufgrund dieser Haftung einem Erwerber den dem Erwerbspreis der als sonstige Bestandteile zugelassenen Titel - hier der verfahrensgegenständlichen Genussscheine - entsprechenden Betrag zurückzahlen und die Genussscheine ggf. zurücknehmen muss. Die bestimmungsgemäße Eignung des Genusskapitals zum Ausgleich der Verluste (vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2014 - II ZR 395/12, ZIP 2014, 1166 Rn. 41) wird hierdurch ebenso wie der Nachrang der Forderungen aus dem Genussrechtsverhältnis gegenüber den Forderungen nicht nachrangiger Gläubiger nicht berührt.

103            Hinzu kommt, dass die auf einer europarechtlichen Richtlinie beruhenden Kapitalerhaltungsvorschriften einer nationalen Regelung nicht entgegenstehen, die zum einen die Haftung einer Aktiengesellschaft als Emittentin gegenüber einem Erwerber von Aktien dieser Gesellschaft wegen Verletzung von Informationspflichten vorsieht und zum anderen die Verpflichtung der Aktiengesellschaft beinhaltet, aufgrund dieser Haftung dem Erwerber den dem Erwerbspreis der Aktien entsprechenden Betrag zurückzuzahlen und die Aktien zurückzu-

nehmen (vgl. EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2013 - C-174/12, ZIP 2014, 121 Rn. 22 ff. zur Prospekthaftung). Insoweit können für Inhaber von Genussscheinen keine strengeren Regelungen gelten als für die Aktionäre von Aktiengesellschaften.

104 Der Senat gelangt bei der von der Musterbeklagten aufgeworfenen Frage der Vereinbarkeit der Haftung nach § 37b Abs. 1 WpHG aF mit den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts zu einem eindeutigen Auslegungsergebnis, so dass der Gerichtshof der Europäischen Union nicht gem. Art. 267 Abs. 1 bis 3 AEUV um Vorabentscheidung ersucht werden muss (vgl. BGH, Beschluss vom 5. November 2013 - II ZB 28/12, BGHZ 198, 354 Rn. 37 mwN).

105 c) Ohne Rechtsfehler hat das Oberlandesgericht schließlich auch das Feststellungsziel B. 3), ein Anspruch wegen des Unterlassens einer Mitteilung über die vorgenannten Kapitalmarktinformationen aus § 37b WpHG setze voraus, dass die betreffende Kapitalmarktinformation vor dem Erwerb des streitgegenständlichen Genussscheins entstanden sei, abgewiesen.

106 Das Oberlandesgericht hat zutreffend angenommen, dass nach § 37b Abs. 1 Nr. 2 WpHG aF auch derjenige Erwerber geschützt sein kann, der Genussscheine vor Eintritt der Tatsache bzw. des Entstehens der Information erwirbt und diese erst nach Unterlassung der gebotenen Veröffentlichung wieder veräußert. Dies wird auch von der Rechtsbeschwerde der Musterbeklagten nicht bezweifelt.

107 Soweit die Rechtsbeschwerde der Musterbeklagten meint, das Feststellungsziel sei dahin auszulegen, es solle festgestellt werden, ein Anspruch wegen des Unterlassens einer Mitteilung über die vorgenannten Kapitalmarktinformationen aus § 37b Abs. 1 Nr. 1 WpHG setze voraus, dass die betreffende

Kapitalmarktinformation vor dem Erwerb der streitgegenständlichen Genussscheine entstanden sei (sowie der Anspruchsteller diese noch halte), während ein Anspruch wegen des Unterlassens einer Mitteilung über die vorgenannten Kapitalmarktinformationen aus § 37b Abs. 1 Nr. 2 WpHG voraussetzen würde, dass der Erwerber der streitgegenständlichen Genussscheine diese nach der Unterlassung veräußert habe, verlangt sie eine Auslegung, die über das im Feststellungsziel zum Ausdruck kommende Begehren hinausgeht. Die Begründung zu diesem Feststellungsziel, das auf die Beschwerde der Musterbeklagten durch Beschluss des Oberlandesgerichts vom 6. Dezember 2010 Gegenstand des Vorlagebeschlusses wurde, setzt sich nur mit § 37b Abs. 1 Nr. 1 WpHG auseinander. Ihr kann nicht entnommen werden, dass sie auf das von der Rechtsbeschwerde der Musterbeklagten genannte Feststellungsziel gerichtet ist. Im Verfahren der Rechtsbeschwerde kann das Musterverfahren indes nicht mehr um neue Feststellungsziele erweitert werden (BGH, Beschluss vom 20. Januar 2015 - II ZB 11/14, ZIP 2015, 703 Rn. 16 ff.; Beschluss vom 19. September 2017 - XI ZB 17/15, ZIP 2017, 2253 Rn. 62).

C.

- 108 Die Rechtsbeschwerden der Musterklägerin und der Beteiligten zu 2 sind nur teilweise zulässig. Soweit sie zulässig sind, haben sie in der Sache teilweise Erfolg.
- 109 I. Die Rechtsbeschwerden sind unzulässig, soweit diese sich gegen die Abweisung des Feststellungsziels A. 1) b) richten, mit dem festgestellt werden sollte, dass konkret bezifferte Verluste in Höhe von 182.036.439,28 € im Jahr 2001 und 68.423.041,67 € im Jahr 2002 und bezifferbare Verlustrisiken in der

Zukunft in Höhe von über 1 Mrd. € Insiderinformationen gemäß § 37b WpHG aF bzw. § 13 WpHG AnSVG sind. Die Rechtsmittel sind insoweit nicht ordnungsgemäß begründet (§ 20 Abs. 1 Satz 1 KapMuG, § 575 Abs. 3 Nr. 3 ZPO).

110            1. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Umstände bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt. Bei mehreren Streitgegenständen oder einem teilbaren Streitgegenstand muss sich die Rechtsbeschwerdebegründung grundsätzlich auf alle Teile der angefochtenen Entscheidung erstrecken, hinsichtlich derer eine Abänderung beantragt wird; anderenfalls ist das Rechtsmittel für den nicht begründeten Teil als unzulässig zu verwerfen (BGH, Beschluss vom 19. September 2017 - XI ZB 17/15, ZIP 2017, 2253 Rn. 30). Ist die angefochtene Entscheidung auf mehrere voneinander unabhängige, selbstständig tragende rechtliche Erwägungen gestützt, muss die Begründung der Rechtsbeschwerde jede dieser Erwägungen angreifen (BGH, Beschluss vom 21. Oktober 2014 - XI ZB 12/12, BGHZ 203, 1 Rn. 84 mwN; Urteil vom 20. Mai 2011 - V ZR 250/10, WuM 2011, 543 Rn. 6 mwN für § 551 Abs. 3 ZPO).

111            2. Diesen Anforderungen genügt die Begründung der Rechtsbeschwerden der Musterklägerin und der Beteiligten zu 2 in Bezug auf das Feststellungsziel A. 1) b) nicht. Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung über die Abweisung dieses Feststellungsziels (auch) auf die die Entscheidung selbstständig tragende Begründung gestützt, dass es am Vorliegen der behaupteten Tatsache (Vorliegen von "konkret bezifferten Verlusten") fehle, weil sich aus dem Negativsaldo einzelner Zinsderivategeschäfte keine unmittelbare bilanzielle Auswirkung ergebe, dies aber mit dem Feststellungsziel gemeint sei. Diese, die Entscheidung über dieses Feststellungsziel selbstständig tragende Begründung greifen die Rechtsbeschwerden nicht an.



- 112 a) Sie meinen, der verständige Anleger würde bei seiner Entscheidung, Genussscheine der Musterbeklagten zu kaufen oder zu verkaufen, den Umstand einbeziehen, ob der Musterbeklagten durch die Altvorstände ein Schaden zugefügt worden sei, weil bei Verlusten aus Geschäften erheblicher Größenordnung, die ihre Ursache in Pflichtverletzungen hätten, eine Insidertatsache vorliege. Damit argumentieren die Rechtsbeschwerden gegen die ebenfalls angestellte Erwägung des Oberlandesgerichts, die von der Musterklägerin angeführten Zahlen könnten nicht unmittelbar zur Begründung eines bilanziellen Verlusts herangezogen werden. Die auf einer Auslegung des Feststellungsziels beruhende Erwägung, die behauptete Tatsache liege schon nicht vor, wird damit aber nicht in Frage gestellt.
- 113 b) In der weiteren Begründung wenden sich die Rechtsbeschwerden dagegen, dass die Frage, ob Schäden überhaupt eintreten würden, zwar von einer rechtlichen Würdigung abhängen möge, dies der Annahme einer Insidertatsache aber nicht entgegenstünde, weil entscheidend sei, dass die Musterbeklagte zum Zeitpunkt der Klageerhebung den Eintritt eines derartigen Schadens ernsthaft für möglich gehalten habe. Mit dieser Begründung, die ebenfalls auf der Voraussetzung beruht, Gegenstand des Feststellungsziels seien Verluste aus einzelnen Zinsderivategeschäften, wird die auf einem anderen Verständnis vom Feststellungsziel beruhende Entscheidung des Oberlandesgerichts ebenfalls nicht in Frage gestellt.
- 114 c) Schließlich erachten die Rechtsbeschwerden die Erwägung des Oberlandesgerichts als rechtsfehlerhaft, für den wirtschaftlichen Erfolg der Genussscheine sei allein das Eintreten eines Bilanzverlusts maßgeblich, für den das Vorliegen einzelner negativer Geschäfte - seien diese wirtschaftlich auch noch so bedeutsam - erst relevant würden, wenn sich diese in einem Bilanzverlust

realisierten. Die Rechtsbeschwerden begründen diesen Angriff mit einem Hinweis auf die Relevanz negativ verlaufender Geschäfte auf den Kursverlauf von Genussscheinen und den rechtlichen Grundlagen über den Ausweis eines Bilanzverlusts nach § 158 Abs. 1 Nr. 5 AktG. Auch damit wenden sich die Rechtsbeschwerden nicht gegen die auf einer Auslegung des Feststellungsziels beruhenden Erwägung, dass die behauptete Tatsache schon nicht vorliege.

115           II. Die Rechtsbeschwerden haben in der Sache Erfolg, soweit das Oberlandesgericht das Feststellungsziel A. 1) c) abgewiesen hat. Die weiteren unter A. 1) bezeichneten Feststellungsziele hat das Oberlandesgericht dagegen rechtsfehlerfrei abgewiesen.

116           1. Das Oberlandesgericht hat seine Entscheidung diesbezüglich im Wesentlichen wie folgt begründet:

117           Eine Feststellung zum Feststellungsziel A. 1) a) betreffend das Vorliegen von Pflichtverletzungen früherer Vorstände sei nicht zu treffen, weil keine Insiderinformation vorliege. Die Frage, ob eine bestimmte Handlung eine Pflicht verletze, stelle eine rechtliche Würdigung dar und sei keine Tatsache. Soweit auf § 13 WpHG AnSVG abgestellt werde, ergebe sich nichts anderes, weil auch insoweit ein hinreichend konkreter Tatsachenkern erforderlich sei, was bei einer allein juristischen Bewertung nicht der Fall sei.

118           Eine Information über das Vorliegen des Sonderprüfungsgutachtens von P. vom 24. Juni 2004 (Feststellungsziel A. 1] c]) sei nicht geboten, weil es sich nicht um eine Tatsache handle, die geeignet gewesen sei, den Börsenkurs der Genussscheine zu beeinflussen. Das Gutachten enthalte lediglich eine rechtliche Würdigung des Verhaltens der früheren Vorstände, die erst dann Relevanz erhalte, wenn der Aufsichtsrat als zuständiges Gremium diese zur

Kenntnis nehme und daraus gegebenenfalls Schlussfolgerungen für das weitere Handeln ziehe. Dass eine Kenntnis des Aufsichtsrats als Gesamtorgan vor der Beschlussfassung vorgelegen habe, sei nicht dargetan.

119 Eine Feststellung zum Feststellungsziel A. 1) f) betreffend das Fehlen von Rückstellungen in erheblicher Höhe sei nicht zu treffen, weil der Sonderbericht von P. vom 15. August 2002 nicht zu dem Schluss gekommen sei, dass gebotene Rückstellungen nicht gebildet worden seien. Zum gleichen Ergebnis sei das Gutachten vom 8. Mai 2003 gelangt, das der Musterbeklagten darüber hinaus eine Fortführungsperspektive bestätigt habe. Auf die rechtliche Zulässigkeit des gebildeten Fonds komme es nicht an, da schon nicht vorgetragen sei, dass die zugesagten Gelder deshalb der Musterbeklagten nicht zur Verfügung gestanden hätten. Aus den von P. erstellten Gutachten lasse sich auch nicht die Schlussfolgerung ziehen, dass die Musterbeklagte sich seit September 2004 in einer derartigen Schieflage befunden habe, dass in dem Geschäftsjahr 2005 mit Jahresfehlbeträgen zu rechnen gewesen sei (Feststellungsziel A. 1] g]). Weitere konkrete Umstände seien von der Musterklägerin nicht vorgetragen und im Übrigen komme es nach den Bedingungen für die Genussscheine nicht auf einen Jahresfehlbetrag, sondern auf einen tatsächlichen Bilanzverlust an.

120 2. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerden der Musterklägerin und der Beteiligten zu 2 haben Erfolg, soweit das Oberlandesgericht das Feststellungsziel A. 1) c) abgewiesen hat. Im Übrigen sind die Rechtsbeschwerden unbegründet.

121 a) Die Abweisung des Feststellungsziels, das Vorliegen eines kritischen und negativen Sonderprüfungsgutachtens von P. vom 24. Juni 2004 gemäß

§ 111 AktG sei mit den darin festgestellten Inhalten eine Insiderinformation gemäß § 37b Abs. 1 WpHG aF bzw. § 13 WpHG AnSVG gewesen (Feststellungsziel zu A. 1] c]), hält einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Das Oberlandesgericht durfte über dieses Feststellungsziel in der Sache nicht entscheiden, weil dieses hinsichtlich der veröffentlichungspflichtigen Tatsache nicht hinreichend bestimmt ist (§ 11 Abs. 1 Satz 1 KapMuG iVm § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

122           aa) Das Feststellungsziel hat bestimmt zu bezeichnen, welche kursbeeinflussende Tatsache Gegenstand der rechtlichen Prüfung im Musterverfahren sein soll, wobei es sich auch um mehrere Tatsachen bzw. einen Sachverhalt handeln kann, der insgesamt eine kursbeeinflussende Tatsache bzw. Insiderinformation bildet (vgl. oben I. 2. c] aa]; BGH, Beschluss vom 9. Januar 2018 - II ZB 14/16, ZIP 2018, 578 Rn. 56). Es darf nicht derart undeutlich gefasst sein, dass der Streitgegenstand und der Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO entsprechend) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Musterbeklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und die Entscheidung darüber, was mit Bindungswirkung für die Ausgangsverfahren feststeht (§ 22 Abs. 1 KapMuG), letztlich den Prozessgerichten der ausgesetzten Verfahren überlassen bleibt (BGH, Beschluss vom 19. September 2017 - XI ZB 17/15, ZIP 2017, 2253 Rn. 64).

123           bb) Diesen Anforderungen an die Bestimmtheit genügt das Feststellungsziel A. 1) c) nicht. Der Hinweis auf das Vorliegen eines "kritischen und negativen" Sonderprüfungsgutachtens "mit den darin festgestellten Inhalten" überlässt es in unzulässiger Weise dem Gericht darüber zu entscheiden, welche Inhalte bzw. Aussagen einen mitteilungspflichtigen Sachverhalt darstellen sollen. Der Sonderprüfungsbericht schildert umfangreich den Abschluss von Zinsderivategeschäften in den Jahren 2001 und 2002 und deren Entwicklung,

beschreibt die organisatorischen Regelungen für die Steuerung und Überwachung von Zinsänderungsrisiken, stellt rechtliche Grundlagen für die Zulässigkeit und ihre Durchführung dar und zieht aus diesen Schlussfolgerungen zu der Zulässigkeit einzelner Geschäfte und einem der Musterbeklagten erwachsenen Schaden. Er enthält damit zahlreiche Informationen und Bewertungen über einen sich über einen längeren Zeitraum entwickelnden Sachverhalt, der im Übrigen zu einem wesentlichen Teil Gegenstand der Regelpublizität der Musterbeklagten wurde. Entsprechend sieht auch das Feststellungsziel nicht etwa sämtliche Inhalte des Berichts als mitteilungspflichtig an, sondern nur solche, die als "kritisch und negativ" einzustufen sind. Es ist indes nicht Aufgabe des Gerichts, den Bericht auf ggf. mitteilungspflichtige Informationen hin auszuwerten. In dem Feststellungsziel ist vielmehr konkret zu bezeichnen, welche Informationen oder Bewertungen als veröffentlichungspflichtig eingestuft werden.

124            b) Das Oberlandesgericht hat das Feststellungsziel A. 1) a), dass das Vorliegen von Pflichtverletzungen früherer Vorstände, darunter des H.            S.            , im Zusammenhang mit Zinsderivategeschäften im Zeitraum 1. Januar 2001 bis 30. Juni 2002 Insiderinformationen gemäß § 37b WpHG aF bzw. § 13 WpHG AnSVG gewesen seien, rechtsfehlerfrei abgewiesen.

125            aa) Die Beurteilung, das Feststellungsziel bezeichne keine Tatsache im Sinne von § 37b Abs. 1 WpHG aF, lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Das Oberlandesgericht hat das im Feststellungsziel genannte "Vorliegen von Pflichtverletzungen früherer Vorstände" zutreffend dahin verstanden, dass es auf die Feststellung einer rechtlichen Würdigung selbst gerichtet ist. Eine rechtliche Würdigung ist als Meinungsäußerung mangels Beweisbarkeit nicht vom Tatsachenbegriff erfasst (BT-Drucks. 12/6679, S. 46; Zimmer in Schwark, Kapital-

marktrechts-Kommentar, 3. Aufl., § 15 WpHG Rn. 31). Das Feststellungsziel bezieht sich nicht auf eine in irgendeiner Form konkret nach außen getretene Bewertung eines bestimmten Sachverhalts durch eine bestimmte Person zu einem bestimmten Zeitpunkt. Entgegen der Sicht der Rechtsbeschwerden der Musterklägerin und der Beteiligten zu 2 musste das Feststellungsziel vom Oberlandesgericht auch nicht dahin verstanden werden, dass die Bildung der Überzeugung bei der Musterbeklagten Gegenstand des Feststellungsziels ist. Eine solche Auslegung entspricht nicht dem Antrag, der allein auf die rechtliche Bewertung eines tatsächlichen Geschehens im Kapitalanleger-Musterverfahren abzielt, und wäre als Feststellung einer (inneren) Tatsache etwas anderes als eine rechtliche Würdigung.

126           bb) Auch das Vorliegen einer Insiderinformation gem. § 13 WpHG AnSVG hat das Oberlandesgericht im Ergebnis mit Recht verneint. Eine Information über Umstände ist nur konkret i.S.v. § 13 Abs. 1 Satz 1 WpHG AnSVG, wenn diese existent geworden sind oder mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass diese in Zukunft existieren werden (vgl. BGH, Beschluss vom 23. April 2013 - II ZB 7/09, ZIP 2013, 1165 Rn. 19; zum Begriff der präzisen Information i.S.v. Art. 1 Abs. 1 RL 2003/124/EG: EuGH, ZIP 2012, 1282 Rn. 29). Die Musterklägerin verfolgt - wie das Oberlandesgericht in Abgrenzung zu den anderen Feststellungszielen ohne Rechtsfehler angenommen hat - jedoch nicht das Ziel festzustellen, dass eine entsprechende rechtliche Bewertung existent geworden sei oder mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen sei, sondern möchte die rechtliche Bewertung über das Vorliegen von Pflichtverletzungen früherer Vorstände selbst festgestellt wissen.

- 127 c) Rechtsfehlerfrei hat das Oberlandesgericht in den Feststellungen des von der Aufsichtsbehörde beauftragten Sonderberichts der P. vom 15. August 2002 zum Fehlen von Rückstellungen für das Geschäftsjahr 2001 in Höhe von 436,1 Mio. € und des weiteren Sonderberichts der P. für das Geschäftsjahr 2002 vom 8. Mai 2003 zum Fehlen von erforderlichen Rückstellungen in erheblicher Höhe für drohende Verluste aus Zinsderivategeschäften keine veröffentlichungspflichtigen Insiderfakten im Sinne des § 37b Abs. 1 WpHG aF bzw. § 13 WpHG AnSVG gesehen (Feststellungsziel zu A. 1] f]). Dieses Feststellungsziel sollte sich, wie die Musterklägerin klargestellt hat, nur auf das Fehlen von rechtlich gebotenen Rückstellungen im Sinne des § 249 Abs. 1 HGB beziehen.
- 128 aa) Die Rechtsbeschwerde der Musterklägerin nimmt die Feststellung des Oberlandesgerichts hin, dass die in Bezug genommenen Sonderberichte von P. nicht zu dem Ergebnis gelangt sind, bei der Musterbeklagten seien in den Geschäftsjahren 2001 und 2002 rechtlich gebotene Rückstellungen nicht gebildet worden. Rechtsfehler sind diesbezüglich auch nicht ersichtlich.
- 129 bb) Soweit die Rechtsbeschwerde eine veröffentlichungspflichtige Tatsache gemäß § 37b WpHG aF unter dem Gesichtspunkt annehmen will, auf Grund der in den Sonderberichten festgestellten Tatsachen sei die rechtliche Schlussfolgerung zwingend, dass die Bildung von Rückstellungen nicht hätte unterbleiben dürfen, wird ein Rechtsfehler nicht aufgezeigt. Die Rechtsbeschwerde bezieht sich diesbezüglich auf die von ihr selbst angestellte rechtliche Würdigung, wegen zu erwartender Verluste aus Zinsgeschäften seien Rückstellungen zu bilden gewesen, weil der Fonds gemäß § 340f HGB in unzulässiger Weise gebildet worden sei und Unterstützungsmaßnahmen der Hauptaktionäre noch nicht rechtsverbindlich zugesagt worden seien. Damit wird keine Tatsache

im Sinne des § 37b Abs. 1 WpHG aF oder eine konkrete Information über öffentlich nicht bekannte Umstände nach § 13 Abs. 1 Satz 1 WpHG AnSVG bezeichnet, weil nicht festgestellt ist und von der Rechtsbeschwerde auch nicht geltend gemacht wird, dass eine solche Bewertung im Zusammenhang mit der Berichterstattung von P. tatsächlich vorgenommen wurde oder auf Grund konkreter Umstände hinreichend wahrscheinlich war. Vielmehr richtet sich das Feststellungsbegehren auch insoweit unmittelbar auf die rechtliche Würdigung selbst. Eine solche ist, wenn sie nicht in irgendeiner Form in Erscheinung getreten ist, weder eine kursbeeinflussende Tatsache iSd § 37b Abs. 1 WpHG aF noch eine Insiderinformation iSd § 13 WpHG AnSVG (vgl. bereits oben b)).

130 d) Ebenfalls rechtsfehlerfrei hat das Oberlandesgericht auch den Antrag der Musterklägerin zurückgewiesen festzustellen, dass der angebliche Umstand, die Beklagte habe sich seit September 2004 in einer derartigen finanziellen Schieflage befunden, dass im Geschäftsjahr 2005 mit Jahresfehlbeträgen zu rechnen gewesen sei, eine veröffentlichungspflichtige Insidertatsache im Sinne von § 37b Abs. 1 WpHG aF bzw. § 13 WpHG nF gewesen sei (Feststellungsziel A. 1] g)).

131 aa) Die Beweiswürdigung durch das Oberlandesgericht im Kapitalanlegermusterverfahren ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nur auf Rechtsfehler zu überprüfen, § 576 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO i.V.m. § 546 ZPO. Die Beweiswürdigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters und nur eingeschränkt darauf zu überprüfen, ob er sich mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 13. Dezember 2011 - XI ZR 51/10, BGHZ 192, 90 Rn. 29; Urteil vom 19. Juli 2004 - II ZR 217/03,



WM 2004, 1726, 1729). Das gilt auch für die Musterrechtsbeschwerde. Dass einem Musterverfahren nach § 20 Abs. 1 Satz 2 KapMuG grundsätzliche Bedeutung zukommt, auch wenn es auf die Feststellung von Tatsachen zielt, betrifft die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde, beseitigt aber nicht die grundsätzliche Bindung des Bundesgerichtshofs als Rechtsbeschwerdegericht an rechtsfehlerfrei getroffene tatsächliche Feststellungen des Oberlandesgerichts nach § 577 Abs. 2 Satz 4 ZPO i.V.m. § 559 Abs. 2 ZPO (BGH, Beschluss vom 23. April 2013 - II ZB 7/09, ZIP 2013, 1165 Rn. 11).

132           bb) Die Rechtsbeschwerden machen gegen die Abweisung des Feststellungsziels ohne Erfolg geltend, unter Berücksichtigung der weiteren Feststellungen des Oberlandesgerichts sei dessen Würdigung, Schlussfolgerungen entsprechend dem Feststellungsziel ließen sich nicht ziehen, rechtsfehlerbehaftet. Zwar attestierte das im Auftrag des BAKred von P. im Mai 2003 erstattete Gutachten der Musterbeklagten nur mittelfristig, mithin für die Jahre 2003 und 2004, die Fortführungsfähigkeit. Mit dieser Feststellung ist aber schon wegen des zeitlichen Abstands bis September 2004 nichts dazu gesagt, ob im Hinblick auf die zu diesem Zeitpunkt eingetretene finanzielle Situation der Musterbeklagten im Geschäftsjahr 2005 mit Jahresfehlbeträgen zu rechnen war. Aus dem im zeitlichen Zusammenhang erstatteten Gutachten von P. vom 24. Juni 2004 lässt sich über ein solches Risiko für die Musterbeklagte nichts entnehmen. Die Ad-hoc-Mitteilung vom 2. Januar 2006 weist zwar auf ein negatives Ergebnis für das Geschäftsjahr 2005 hin, stellt aber keine Verbindung zur finanziellen Situation der Musterbeklagten im September 2004 her.

133           cc) Soweit die Rechtsbeschwerden darauf hinweisen, dass die Musterklägerin in dem Verfahren vor dem Oberlandesgericht dargelegt habe, dass der Weg der Musterbeklagten über einen Fonds nach § 340f HGB und das Vertrau-

en auf Unterstützungen durch die Hauptaktionäre nicht geeignet gewesen sei, auf die Bildung von Rückstellungen zu verzichten, wird eine Rüge des Verfahrens betreffend nicht erhoben. Im Übrigen ergibt sich aus dem von den Rechtsbeschwerden mitgeteilten Vorbringen auch nicht, dass die Beklagte sich seit September 2004 in einer derartigen finanziellen Schieflage befunden hätte, dass in dem Geschäftsjahr 2005 mit Jahresfehlbeträgen zu rechnen war. Allein daraus, dass anstelle eines Fonds von § 340f HGB Rücklagen zu bilden gewesen sein könnten, ergibt sich dies nicht. Soweit die Rechtsbeschwerden ergänzend darauf verweisen, dass die Unterstützung der Hauptaktionäre seit Oktober 2005 in Frage gestanden habe, rechtfertigt dies ebenfalls nicht die Schlussfolgerung, dass seit September 2004 mit einem Jahresfehlbetrag im Jahr 2005 zu rechnen war.

134 e) Zu Recht hat das Oberlandesgericht, soweit es Feststellungen zu Veröffentlichungspflichtigen Tatsachen bzw. Informationen (Feststellungsziel A. 1)) nicht getroffen hat, den Feststellungszielen zu A. 2) bis 5) nicht entsprochen.

135 aa) Das Oberlandesgericht hat im Kapitalanleger-Musterverfahren fortlaufend zu prüfen, ob für die einzelnen Feststellungsziele ein Sachentscheidungsinteresse fortbesteht. Das ist dann nicht der Fall, wenn auf Grundlage der bisherigen Ergebnisse durch die beantragte Feststellung keines der ausgesetzten Verfahren weiter gefördert werden kann. Ist die Entscheidungserheblichkeit einzelner Feststellungsziele aufgrund der vorangegangenen Prüfung im Musterverfahren entfallen, ist der zugrundeliegende Vorlagebeschluss (§ 6 Abs. 1 KapMuG) hinsichtlich dieser Feststellungsziele gegenstandslos geworden, was im Tenor und in den Gründen des Musterentscheids zum Ausdruck zu bringen ist (BGH, Beschluss vom 9. Januar 2018 - II ZB 14/16, ZIP 2018, 578 Rn. 60).

136           bb) Ein Sachentscheidungsinteresse bezogen auf die Feststellungsziele A. 2) bis 5) besteht nur, wenn und soweit kursbeeinflussende Tatsachen iSd § 37b Abs. 1 WpHG aF oder Insiderinformationen gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 WpHG AnSVG vorliegen. Da das Oberlandesgericht die auf das Vorliegen einer solchen Tatsache gerichteten Feststellungsziele der Musterklägerin zu A. 1) a), b), f) und g) rechtsfehlerfrei abgelehnt hat bzw. die Rechtsbeschwerden die Entscheidung des Oberlandesgerichts nicht in zulässiger Weise angreifen, sind die Feststellungsziele zu A. 2) bis 5) insoweit gegenstandslos geworden. Da das Oberlandesgericht, das sich insoweit einer Sachentscheidung enthalten hat, dies bislang im Tenor des angegriffenen Musterentscheids nicht zum Ausdruck gebracht hat, bedarf es einer Klarstellung durch den Senat (BGH, Beschluss vom 9. Januar 2018 - II ZB 14/16, ZIP 2018, 578 Rn. 62 f.).

137           III. Keinen Erfolg haben die Rechtsbeschwerden der Musterklägerin und der Beteiligten zu 2 schließlich, soweit sie eine Entscheidung über Feststellungsziele erreichen möchten, die nicht Gegenstand des Musterentscheids waren und zu denen das Oberlandesgericht eine Erweiterung des Musterverfahrens nach § 15 Abs. 1 KapMuG abgelehnt hat. Der Beschluss des Oberlandesgerichts vom 24. Juli 2013 unterliegt nicht der Überprüfung des Senats im Rechtsbeschwerdeverfahren. Entgegen der Sicht der Rechtsbeschwerden hat das Oberlandesgericht über die Zurückweisung des Antrags auf Erweiterung des Musterverfahrens auch nicht (erst) im Musterentscheid entschieden.

138           1. Ob § 557 Abs. 2 ZPO, nach dem auch diejenigen Entscheidungen, die dem Endurteil vorausgegangen sind, sofern sie nicht nach den zivilprozessualen Vorschriften unanfechtbar sind, der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegen, im Rechtsbeschwerdeverfahren nach § 20 Abs. 1 Satz 1 KapMuG entsprechende Anwendung findet, ist umstritten (für eine Anwendung:

Rimmelpacher in KK-KapMuG, 2. Aufl., § 20 Rn. 20, 188; Assmann, EWiR 2009, 423, 424; ausdrücklich für eine Erweiterung des Vorlagebeschlusses: Vollkommer in KK-KapMuG, 2. Aufl., § 15 Rn. 24; aA Kruis in Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., § 15 KapMuG Rn. 11). Der Senat muss diese Streitfrage im vorliegenden Fall nicht entscheiden, weil die einen Antrag auf Erweiterung des Musterverfahrens zurückweisende Entscheidung nach § 15 Abs. 1 KapMuG unanfechtbar ist und daher auch im Falle einer entsprechenden Anwendung von § 557 Abs. 2 ZPO im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht zu überprüfen wäre.

139 a) Allerdings ist auch die Frage umstritten, ob das Oberlandesgericht gegen seine einen Erweiterungsantrag zurückweisende Entscheidung gem. § 3 Abs. 1 EGZPO, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO die Rechtsbeschwerde zulassen kann (verneinend: Rimmelpacher in KK-KapMuG, 2. Aufl., § 20 Rn. 189; bejahend: OLG München, NZG 2015, 399, 400; Vollkommer in KK-KapMuG, 2. Aufl., § 15 Rn. 24; Kruis in Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., § 15 KapMuG Rn. 10). Der Senat schließt sich der zuerst genannten Auffassung an.

140 aa) Das Oberlandesgericht entscheidet über den Antrag auf Erweiterung des Musterverfahrens gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 KapMuG durch Beschluss. Die Verweisung in § 11 Abs. 1 Satz 1 KapMuG auf die im ersten Rechtszug für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften der Zivilprozessordnung stellt den Beschluss des Oberlandesgerichts nicht einer im ersten Rechtszug ergangenen Entscheidung eines Landgerichts im Sinne des § 567 Abs. 1 ZPO gleich (vgl. BGH, Beschluss vom 24. November 2008 - II ZB 4/08, ZIP 2009, 341 Rn. 6 für § 9 KapMuG aF). Rechtsschutz gegen die Entscheidungen des Oberlandesgerichts ist daher nur nach § 20 Abs. 1 Satz 1 KapMuG gegen den Musterentscheid oder dann eröffnet, wenn das Gesetz die Entschei-

dung nicht für unanfechtbar erklärt und das Oberlandesgericht die Rechtsbeschwerde nach § 3 Abs. 1 EGZPO, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO zugelassen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 24. November 2008 - II ZB 4/08, ZIP 2009, 341 Rn. 10 für das KapMuG aF).

141           bb) Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz enthält keine ausdrückliche Regelung zur Anfechtbarkeit der Entscheidung über den Antrag auf Erweiterung des Musterverfahrens. Es ist aber davon auszugehen, dass insoweit ein Versehen des Gesetzgebers vorliegt.

142           (1) Entscheidungen das Verfahren betreffend sind im Musterverfahren weitgehend ausdrücklich einer Anfechtung entzogen. Dies gilt insbesondere für die Verwerfung des Musterverfahrensantrags durch das Prozessgericht (§ 3 Abs. 1 KapMuG), den Vorlagebeschluss an das Oberlandesgericht (§ 6 Abs. 1 Satz 2 KapMuG), die Zurückweisung des Musterantrags wegen Nichterreichens der Mindestzahl gleichgerichteter Anträge durch das Prozessgericht (§ 6 Abs. 5 Satz 2 KapMuG) und die Feststellung der Beendigung des Musterverfahrens durch das Oberlandesgericht (§ 13 Abs. 5 Satz 3 KapMuG). Diese Regelungen unterstreichen den im Musterverfahren geltenden Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung und bringen zum Ausdruck, dass Streit um die Einleitung, die Reichweite und die Fortdauer des Musterverfahrens im Interesse des Beschleunigungsgrundsatzes weitgehend unterbunden werden soll (vgl. BT-Drucks. 17/8799, S. 15).

143           (2) Im Hinblick darauf, dass der Gesetzgeber den Umfang derjenigen Entscheidungen, die einer Anfechtung vollständig entzogen sein sollten, detailliert bestimmt hat, könnte die fehlende Regelung über die Unanfechtbarkeit der Entscheidung über die Erweiterung des Musterverfahrens zwar dafür sprechen,

dass dem Fehlen einer Regelung zu § 15 KapMuG eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers zu Grunde gelegen hätte. Der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 15 KapMuG, die die Frage der Anfechtbarkeit einer Entscheidung gem. § 15 KapMuG thematisiert hat, ist aber zu entnehmen, dass der Gesetzgeber eine ausdrückliche Aufnahme einer Regelung über die Unanfechtbarkeit der Entscheidung deswegen für überflüssig gehalten hat, weil die Übertragung der Zuständigkeit der Entscheidung über eine Erweiterung des Musterverfahrens an das Oberlandesgericht zur Folge habe, dass weder die Bekanntmachung der Erweiterung des Musterverfahrens noch die Ablehnung einer Erweiterung mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden könne (BT-Drucks. 17/8799, S. 23). Dass eine ausdrückliche Regelung über die Möglichkeit einer Anfechtung der Entscheidung über einen Erweiterungsantrag auch deswegen zu erwägen war, weil das Oberlandesgericht die Rechtsbeschwerde nach § 3 Abs. 1 EGZPO, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO zulassen könnte, wenn die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO vorliegen (§ 574 Abs. 3 Satz 1 ZPO), hat der Regierungsentwurf damit offensichtlich nicht in seine Überlegungen einbezogen (Vollkommer in KK-KapMuG, 2. Aufl., § 15 Rn. 25).

144 (3) Es widerspräche der in § 3 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 Satz 2 KapMuG zum Ausdruck kommenden Wertung des Gesetzgebers, wenn das Oberlandesgericht bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO die Rechtsbeschwerde zulassen müsste. Die den Beteiligten eröffnete Möglichkeit, nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KapMuG einen auf die Erweiterung des Musterverfahrens gerichteten Antrag zu stellen, führt bereits zu einer Verzögerung des Musterverfahrens. Das jedem Beteiligten (§ 9 Abs. 1 KapMuG) zustehende Antragsrecht kompensiert zumindest teilweise die fehlende Anfechtungsmöglichkeit in Bezug auf den Vorlagebeschluss selbst und ermöglicht es, durch eine Erweiterung sämtliche in dem Verfahren klärungsbedürftigen Fragen, auch solche, die ge-

gebenenfalls erst im Laufe des Musterverfahrens aufkommen, zu beantworten (vgl. Vollkommer in KK-KapMuG, 2. Aufl., § 15 Rn. 6). Gerade im Hinblick auf die an anderer Stelle im Interesse einer Verfahrensbeschleunigung stark beschränkten Anfechtungsmöglichkeiten wäre durch einen gesondert zu führenden Streit über die Zulässigkeit einer Erweiterung des Musterverfahrens im Einzelfall eine erhebliche Verzögerung des Verfahrens zu besorgen. Der Rechtsschutz der Antragsteller in einem Musterverfahren wird durch einen Ausschluss der Anfechtbarkeit im Übrigen nicht endgültig eingeschränkt. Ihnen bleibt - wie bisher - der Individualprozess, in dem ihnen Rechtsschutz gewährt wird (vgl. BT-Drucks. 17/8799, S. 17). Entsprechend ergeben sich, zumal ein Instanzenzug von Verfassungen wegen nicht garantiert ist (BVerfGE 107, 395, 401), entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde der Musterklägerin und der Beteiligten zu 2 insoweit auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

145           2. Schließlich hat das Oberlandesgericht seinen Zurückweisungsbeschluss vom 24. Juli 2013 auch nicht in den Musterentscheid "integriert". Das Oberlandesgericht hat den Vorlagebeschluss und die Erweiterung des Musterverfahrens, soweit es diese am 24. Juli 2013 beschlossen hat, lediglich dargestellt und die Zurückweisung des weitergehenden Erweiterungsantrags erwähnt. Daraus ergibt sich nicht, dass das Oberlandesgericht im Musterentscheid (erneut) über den Erweiterungsantrag der Musterklägerin nach § 15 Abs. 1 KapMuG entschieden hat.

#### D.

146           Der Musterentscheid des Oberlandesgerichts war auf die Rechtsbeschwerden der Musterbeklagten, der Musterklägerin und der Beteiligten zu 2 gem. § 20 Abs. 1 Satz 1 KapMuG, § 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO aufzuheben, soweit

Feststellungen zu Lasten der Musterbeklagten getroffen und das Feststellungsziel A. 1) c) abgewiesen wurden. Insoweit ist das Verfahren zur erneuten Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen, weil die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 20 Abs. 1 Satz 1 KapMuG, § 577 Abs. 5 Satz 1 ZPO). Für das erneut durchzuführende Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

147 I. Bei der vom Oberlandesgericht vorzunehmenden Prüfung, ob die im Feststellungsziel A. 1) e) bezeichnete Tatsache, die Einreichung der Klage gegen die früheren Vorstandsmitglieder, Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder auf den allgemeinen Geschäftsverlauf der Musterbeklagten hatte (§ 37b Abs. 1 WpHG aF), wird in den Blick zu nehmen sein, in welchem Umfang künftig von der Musterbeklagten erwartete und bilanziell nicht erfasste Vermögenseinbußen, die Gegenstand des von der Musterbeklagten verfolgten Feststellungsantrags waren, von Mitteln aus dem bei der Musterbeklagten gemäß § 340f HGB gebildeten "Fonds zur Absicherung von Zinsrisiken" abgedeckt bzw. die Zuführung von weiteren Mitteln zur Absicherung dieser Risiken bereits rechtssicher zugesagt waren.

148 1. Kreditinstituten ist es durch die Sonderregelung des § 340f Abs. 1 Satz 1 HGB ermöglicht, Vorsorgereserven durch den Ansatz eines niedrigeren als dem nach § 253 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 HGB vorgeschriebenen Wert für die dort genannten Vermögensgegenstände zu bilden, soweit dies nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung zur Sicherung gegen die besonderen Risiken des Geschäftszweigs der Kreditinstitute notwendig ist. Solche Vorsorgereserven können still gebildet und - durch sog. Überkreuzkompensation nach § 340f Abs. 3 HGB - wieder aufgelöst werden (BGH, Urteil vom 29. November 1982



- II ZR 88/81, BGHZ 86, 1, 14 f. zu § 26a KWG aF; Merkt in Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl., § 340f Rn. 1; MünchKommBilR/Löw, § 340f HGB Rn. 16).

149           2. Die Möglichkeit des (stillen) Ausgleichs künftiger Verluste durch eine nach § 340f Abs. 1 Satz 1 HGB gebildete Vorsorgereserve führt nicht zu einer Ad-hoc-Mitteilungspflicht, weil es die bilanzrechtlich eröffnete Möglichkeit einer Überkreuzkompensation zu erwartender Verluste nach § 340f Abs. 3 HGB eröffnet, verlustbegründende Tatsachen nicht zum Gegenstand der Regelpublizität werden zu lassen (Kümpel, WM 1996, 653, 660; Kümpel/Assmann in Assmann/Schneider, WpHG, 3. Aufl., § 15 Rn. 87, der allerdings auf die Kurserheblichkeit der Tatsache abstellt; vgl. auch Waldhausen, Die ad-hoc-publizitätspflichtige Tatsache, 2002, S. 260: Befreiung von der Publizitätspflicht). Dabei sind für die Beurteilung etwaiger Auswirkungen die unter B. I. 2. d] bb]) dargestellten Grundsätze mit der Maßgabe anzuwenden, wie die zum Zeitpunkt des Eintritts der Tatsache nach den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Bilanzierung voraussichtlich bestehenden Handlungsmöglichkeiten genutzt werden. Die von der Musterklägerin vorgebrachten Einwände gegen die Zulässigkeit der Bildung einer Vorsorgereserve sind dabei nur für die im Rahmen einer Ex-ante-Perspektive vorzunehmenden Prognose relevant.

150           3. Demgegenüber können Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder auf den allgemeinen Geschäftsverlauf der Musterbeklagten im Hinblick auf erwartete künftige Vermögenseinbußen nicht mit dem Argument verneint werden, diese stünden im Hinblick auf die bloße Möglichkeit der Bildung weiterer Vorsorgereserven oder eine noch nicht rechtssicher zugesagte Unterstützung nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit fest, weil es insoweit keines (qualifizierten) Wahrscheinlichkeitsurteils bedarf (vgl. oben B. I. d] bb] [2]).

151           4. Angesichts dieser Grundsätze wird das Oberlandesgericht, ggf. nach ergänzendem Vortrag der Beteiligten, für die Frage der Auswirkungen zu untersuchen haben, wann mit dem Eintritt der von der Musterbeklagten erwarteten Vermögenseinbußen zu rechnen war und ob diese mit bereits gebildeten oder rechtssicher zugesagten Vorsorgereserven gedeckt werden konnten. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass nach dem Ergebnis des Berichts gem. § 44 KWG von P. vom 8. Mai 2003 bereits zum 31. Dezember 2002 für drohende Verluste aus der Gesamtzinsposition gemäß § 340f HGB ein "Fonds zur Absicherung von Zinsrisiken" mit insgesamt 808,2 Mio. € gebildet worden war. Soweit im November/Dezember 2004 ein weiterer Fonds mit einem Betrag von 600 Mio. € für die Musterbeklagte eingerichtet wurde, wird es darauf ankommen, ob diese Mittel der Musterbeklagten zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Rechtsverfolgung bzw. zum Zeitpunkt der Klageerhebung bereits rechtssicher zugesagt waren.

152           II. Bei der am Maßstab des § 13 Abs. 1 WpHG AnSVG durchzuführenden Prüfung zum Feststellungsziel A. 1) e), der Einreichung der Klage gegen die früheren Vorstandsmitglieder, wird das Oberlandesgericht zu beachten haben, dass § 13 Abs. 1 WpHG AnSVG das Tatbestandsmerkmal der Auswirkungen auf die Vermögens- oder Finanzlage oder auf den allgemeinen Geschäftsverlauf nicht mehr enthält (vgl. nur Möllers/Leisch, KK-WpHG, 2. Aufl., § 37b, c Rn. 29). Die Publizitätspflicht einer Information wird daher zum einen unter dem Gesichtspunkt der Kursspezifität zu untersuchen sein, insbesondere zu der Frage, ob die Information über diese Umstände jeweils schon spezifisch bzw. präzise genug ist, um einen Schluss auf eine Auswirkung auf den Kurs der Musterbeklagten ausgegebenen Genussscheine zuzulassen (BGH, Beschluss vom 23. April 2013 - II ZB 7/09, ZIP 2013, 1165 Rn. 21). Zum anderen wird die Kursrelevanz zu prüfen sein, mithin die Frage, ob ein verständiger Anleger die

Information über den jeweiligen Umstand als Grundlage seiner Anlageentscheidung nutzen würde (oben B. I. 2. d] cc] [1]). Dabei wird entscheidend sein, ob ein verständiger Anleger die Information über den Gegenstand der Klage, die hinsichtlich des Feststellungsantrags der Musterbeklagten eine Einschätzung über die Gefahr des Eintritts künftiger Vermögenseinbußen aus dem Zinsderivatengeschäft enthielt, bei seiner Entscheidung über den Kauf bzw. Verkauf der betroffenen Genussscheine wahrscheinlich berücksichtigt hätte, weil er davon ausgegangen wäre, dass ein bis dahin noch nicht bekanntes Risiko des Eintritts von Bilanzverlusten vorliegt. Die Berücksichtigung einer etwaigen Vorsorgereserve nach § 340f HGB, die der Musterbeklagten zum Zeitpunkt eines Verlusteintritts zur Verfügung stehen könnte, scheidet von vornherein aus, weil es sich insoweit nicht um Umstände handelt, die der verständige Anleger bei seiner Anlageentscheidung berücksichtigen kann. Eine Kompensation negativer kursbeeinflussender Tatsachen durch den Eintritt positiver Tatsachen ist grundsätzlich nicht möglich, weil es sich der Sache nach um zwei Insiderinformationen handelt (Klöhn in KK-WpHG, 2. Aufl., § 13 Rn. 47). Eine Befreiung von der Pflicht zur Veröffentlichung ist in solchen Situationen nur nach Maßgabe von § 15 Abs. 3 WpHG AnSVG in Betracht zu ziehen.

153 III. In Bezug auf das Feststellungsziel A. 1) c) betreffend das Vorliegen des Sonderprüfungsgutachtens von P. vom 24. Juni 2004 wird das Oberlandesgericht dem Musterkläger Gelegenheit zu geben haben, das Feststellungsziel hinreichend bestimmt zu fassen (vgl. BGH, Beschluss vom 19. September 2017 - XI ZB 17/15, ZIP 2017, 2253 Rn. 68). Mit einer solchen Konkretisierung wird das im Vorlagebeschluss enthaltene Feststellungsziel (§ 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 KapMuG) nicht geändert (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 19. September 2017 - XI ZB 17/15, ZIP 2017, 2253 Rn. 69), sondern lediglich

präzisiert (vgl. Krus in Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., § 22 KapMuG Rn. 10).

E.

154 I. Die Entscheidung über die Festsetzung des Streitwerts für das Rechtsbeschwerdeverfahren beruht auf § 51a Abs. 2 GKG, wobei der Senat, soweit ihm Informationen über den Streitwert der ausgesetzten Verfahren nicht vorliegen, eine Schätzung vorgenommen hat. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für die außergerichtlichen Kosten des Prozessbevollmächtigten der Musterklägerin, der Beteiligten zu 2 und der Beigetretenen zu 1 bis 23 beruht auf § 23b RVG.

155 1. Gemäß § 51a Abs. 2 GKG ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz bei der Bestimmung des Streitwerts von der Summe der in sämtlichen nach § 8 KapMuG ausgesetzten Ausgangsverfahren geltend gemachten Ansprüche auszugehen, soweit diese Gegenstand des Musterverfahrens sind. Infolgedessen sind bei der Streitwertbemessung im Rechtsbeschwerdeverfahren auch die in den Ausgangsverfahren geltend gemachten Ansprüche der Beigeladenen zu berücksichtigen, die zwar dem Rechtsbeschwerdeverfahren nicht beigetreten sind, ihre Klage aber nicht innerhalb der Zwei-Wochen-Frist zurückgenommen haben (vgl. BT-Drucks. 15/5091, S. 35; BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2011 - II ZB 6/09, ZIP 2012, 117 Rn. 55; Beschluss vom 1. Juli 2014 - II ZB 29/12, ZIP 2014, 2074 Rn. 66; Beschluss vom 19. September 2017 - XI ZB 17/15, ZIP 2017, 2253 Rn. 74; Beschluss vom 9. Januar 2018 - II ZB 14/16, ZIP 2018, 578 Rn. 65).

156 2. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für die außergerichtlichen Kosten, die der Prozessbevollmächtigte der Musterklägerin, der Beteiligten zu 2

und der Beigetretenen zu 1 bis 23 gemäß § 33 Abs. 1 RVG beantragt hat, folgt aus § 23b RVG. Danach bestimmt sich der Gegenstandswert im Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz nach der Höhe des von dem Auftraggeber oder gegen diesen im Ausgangsverfahren geltend gemachten Anspruchs, soweit dieser Gegenstand des Musterverfahrens ist. Für einen Prozessbevollmächtigten, der mehrere Beteiligte im Rechtsbeschwerdeverfahren vertritt, ist der Gegenstandswert für die Bestimmung der außergerichtlichen Kosten gemäß § 22 Abs. 1 RVG in Höhe der Summe der nach § 23b RVG zu bestimmenden Streitwerte festzusetzen (vgl. BGH, Beschluss vom 19. September 2017 - XI ZB 17/15, ZIP 2017, 2253 Rn. 75 mwN; Beschluss vom 9. Januar 2018 - II ZB 14/16, ZIP 2018, 578 Rn. 67).

157            Danach ist der Gegenstandswert für die Bestimmung der außergerichtlichen Kosten des Prozessbevollmächtigten der Musterklägerin, der Beteiligten zu 2 und der Beigetretenen zu 1 bis 23 auf 3.359.379,68 € festzusetzen.

158            II. Der Antrag des Prozessbevollmächtigten der Musterklägerin, ihm in entsprechender Anwendung des § 41a RVG eine besondere Gebühr zu einem Gebührensatz in Höhe von 0,3 aus dem Gesamtstreitwert zu bewilligen, hat keinen Erfolg. Die Regelung des § 41a RVG ist auf das Rechtsbeschwerdeverfahren nach § 20 KapMuG nicht entsprechend anwendbar (vgl. BGH, Beschluss vom 22. November 2016 - XI ZB 9/13, BGHZ 213, 65 Rn. 122).

Drescher

Born

Sunder

B. Grüneberg

V. Sander

Vorinstanz:

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 20.08.2014 - 23 Kap 1/08 -