



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZB 9/07

vom

25. Februar 2008

in dem Musterverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

WpHG § 13 Abs. 1 Satz 3 (Fassung: 28. Oktober 2004); ZPO §§ 138 Abs. 3, 139, 286 A

- a) Veröffentlichungspflichtige Insiderinformationen i.S. von § 13 Abs. 1 Satz 1 WpHG können auch zukunftsbezogene Umstände, wie Pläne, Vorhaben und Absichten einer Person sein, wenn die Tatsachen, auf die sie sich beziehen, sich zwar noch nicht endgültig manifestiert haben, jedoch i.S. des § 13 Abs. 1 Satz 3 WpHG hinreichend präzise sind und ihre Verwirklichung hinreichend wahrscheinlich ist.
- b) Das Tatbestandsmerkmal der hinreichenden Wahrscheinlichkeit i.S. des § 13 Abs. 1 Satz 3 WpHG ist jedenfalls dann erfüllt, wenn eine "überwiegende" Wahrscheinlichkeit - d.h. eine Eintrittswahrscheinlichkeit von über 50 % - besteht.
- c) Der Tatrichter darf bisher streitige Tatsachen nur dann als zugestanden ansehen, wenn die betroffene Partei ihre Absicht, sie bestreiten zu wollen, unmissverständlich fallen gelassen hat. Im Zweifel hat das Gericht im Rahmen der ihm obliegenden Erörterungs- und Fragepflicht eine eindeutige Prozessklärung der betroffenen Partei herbeizuführen.

BGH, Beschl. vom 25. Februar 2008 - II ZB 9/07 -OLG Stuttgart
LG Stuttgart

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 25. Februar 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Kurzwelly, Dr. Strohn, Dr. Reichart und Dr. Drescher

beschlossen:

I. Auf die Rechtsbeschwerde des Musterklägers wird der Beschluss des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 15. Februar 2007 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an den 20. Zivilsenat des Oberlandesgerichts zurückverwiesen.

II. Der Streitwert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 5.481.666,92 €, der Wert der geltend gemachten Ansprüche des Musterklägers auf 6.036,00 € und derjenigen des beigetretenen Beigeladenen auf 59.000,00 € festgesetzt.

Gründe:

1 I. Der Musterkläger begehrt aus von seinem Vater abgetretenem Recht von der börsennotierten Musterbeklagten - die im hier maßgeblichen Zeitraum als "D. C. AG" firmierte - Schadensersatz wegen angeblich verspäteter Ad-hoc-Mitteilung über das vorzeitige Ausscheiden ihres damaligen Vorstandsvorsitzenden Prof. S. .

2 Der Aufsichtsrat der Musterbeklagten beschloss in seiner Sitzung vom 28. Juli 2005 gegen 9.50 Uhr, dass Prof. S. zum 31. Dezember 2005 aus dem Amt des Vorstandsvorsitzenden ausscheide und Dr. Z. sein

Amtsnachfolger werden solle. Hiervon informierte die Musterbeklagte die Geschäftsführungen der Börsen und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) um 10.02 Uhr. Um 10.32 Uhr wurde die Ad-hoc-Mitteilung in der Meldungsdatenbank der Deutschen Gesellschaft für Ad-hoc-Publizität (DGAP) veröffentlicht, nachdem zuvor um 9.30 Uhr die Unternehmensergebnisse der Musterbeklagten für das zweite Quartal 2005 in gleicher Form mitgeteilt worden waren. Nach der Mitteilung der Quartalszahlen stieg der Kurs der Aktien der Musterbeklagten zunächst auf 38,70 €, nach der Meldung über das Ausscheiden Prof. S. s noch am selben Tag auf 40,40 € und in der Folgezeit auf 42,95 €. Der Vater des Musterklägers hatte an jenem 28. Juli 2005 um 9.00 Uhr 800 Aktien der Musterbeklagten zum Kurs von 36,50 € und bereits vorher am 16. Mai 2005 100 Aktien der Musterbeklagten zum Kurs von 31,85 € verkauft.

- 3 Der Musterkläger trägt vor, Prof. S. habe bereits im Mai 2005 in einem Gespräch gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden K. erklärt, dass er sein Amt als Vorstandsvorsitzender vorzeitig, und zwar zum 31. Dezember 2005, "zur Verfügung stelle"; dies sei als einseitige Amtsniederlegung zu verstehen gewesen. Ein derartiges vorzeitiges Ausscheiden Prof. S. s habe auch schon im Mai 2005 zwischen diesem, K. und dessen Stellvertreter Kl. festgestanden. Ein wesentlicher Teil des Aufsichtsrats sei jedenfalls vor der Aufsichtsratssitzung vom 28. Juli 2005 informiert gewesen. Deshalb habe die Musterbeklagte eine kontroverse Diskussion in der Aufsichtsratssitzung nicht erwartet; insbesondere sei auch der Aufsichtsrat der Beschlussempfehlung seines Vorsitzenden K. bislang immer gefolgt. Demgegenüber behauptet die Musterbeklagte, der Aufsichtsrat als Gesamtgremium habe vor dem 28. Juli 2005 keine Kenntnis von den Überlegungen des Vorstandsvorsitzenden über dessen - einvernehmlich zu vereinbarendes - vorzeitiges Ausscheiden gehabt. Da Prof. S. noch bis zum Jahr 2008 bestellt gewesen sei, sei die überwiegende Mehrheit der Mitglieder des Aufsichtsrats von dessen Ansinnen überrascht worden.

4 Auf Vorlagebeschluss des Landgerichts hat das Oberlandesgericht durch Musterentscheid vom 15. Februar 2007 (ZIP 2007, 481) festgestellt, dass "durch die Vorgänge im Zusammenhang mit dem vorzeitigen Ausscheiden des ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der Musterbeklagten, Prof. J. S. , eine Insiderinformation im Sinne des § 37 b Abs. 1 WpHG erst am 28. Juli 2005 um ca. 9.50 Uhr entstanden ist und dass die Musterbeklagte diese unverzüglich veröffentlicht hat". Angesichts dessen hat das Oberlandesgericht über die ihm vom Landgericht vorgelegten zehn weiteren - hilfsweise gestellten - Feststellungsanträge, die im Wesentlichen eine etwaige Selbstbefreiung der Musterbeklagten nach § 15 Abs. 3 WpHG sowie weitere Voraussetzungen des vom Musterkläger geltend gemachten Schadensersatzanspruchs nach § 37 b WpHG betrafen, keine Entscheidung mehr getroffen. Gegen diesen Beschluss wendet sich der Musterkläger mit der Rechtsbeschwerde, welcher der Beigeladene L. M. beigetreten ist.

5 II. Die zulässige Rechtsbeschwerde des Musterklägers, die gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 KapMuG kraft Gesetzes stets grundsätzliche Bedeutung i. S. des § 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO hat, ist begründet, weil der angefochtene Musterentscheid in einem zentralen Streitpunkt auf verfahrensfehlerhaften Tatsachenfeststellungen beruht.

6 1. Das Oberlandesgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

7 Eine Insiderinformation über den Wechsel in der Führungsspitze der Musterbeklagten sei i. S. von §§ 13, 15, 37 b Abs. 1 WpHG erst mit der unverzüglich veröffentlichten Beschlussfassung durch den Aufsichtsrat am 28. Juli 2005 entstanden, da bei verständiger Würdigung des unstreitigen Geschehensablaufs eine einvernehmliche sog. "gesamthafte" Aufhebung der Bestellung Prof. S. s mit gleichzeitiger Nachfolgeregelung gewollt gewesen und für diese Entscheidung ausschließlich der Gesamtaufsichtsrat der Musterbeklagten zuständig gewesen sei. Die einzelnen Vorgänge im Vorfeld dieser maßgebli-

chen Beschlussentscheidung des Aufsichtsrats stellten nicht bereits - die Veröffentlichungspflicht begründende - Insiderinformationen dar, weil bei der erforderlichen Ex-ante-Prognose keine auch nur überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür bestanden habe, dass die vom Aufsichtsratsvorsitzenden K. vorgeschlagene "Gesamtlösung" durch das Gesamtorgan gebilligt würde. Das gelte insbesondere für die erstmals im Mai 2005 von Prof. S. an K. herangetragene Absicht, sein Amt vorzeitig zur Verfügung zu stellen. Die entsprechende Erklärung Prof. S. s vom 17. Mai 2005 sei nicht als einseitiger Rücktritt auszulegen, zumal der Musterkläger seine diesbezügliche Behauptung in seinem letzten Schriftsatz vom 1. Februar 2007 nicht aufrechterhalten habe. Selbst wenn man aber von einer Aufrechterhaltung der Behauptung einer einseitigen Amtsniederlegung ausgehe, fehle es insoweit an einem präzisen Sachvortrag des Musterklägers. Jedenfalls sei es diesem, nachdem die Musterbeklagte - entsprechend der sie treffenden sekundären Darlegungslast - die Umstände für eine beabsichtigte "gesamthafte" Nachfolgeregelung vorgetragen habe, möglich gewesen, die an dem Gespräch beteiligten Prof. S. und K. als Zeugen für den ihm obliegenden Nachweis zu benennen, dass diese Darstellung nicht wahr sei. Trotz gerichtlichen Hinweises auf diese Rechtslage in der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht habe der Musterkläger jedoch keinen "Beweis für den behaupteten einseitigen Rücktritt" angeboten. Eine Beweisaufnahme sei auch nicht zu der Behauptung des Musterklägers im nachgereichten Schriftsatz vom 1. Februar 2007 erforderlich gewesen, Prof. S. habe gegenüber K. erklärt, er stelle sein Amt zur Verfügung, weil diese Äußerung Ausdruck des Bestrebens nach einem einvernehmlichen, nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats wirksamen Ausscheiden gewesen sei.

- 8 2. Diese Beurteilung des Oberlandesgerichts hält in dem zentralen Punkt der Einordnung der Äußerungen Prof. S. s gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden K. im Mai 2005 über die "Zurverfügungstellung seines Amtes" als unstrittige einvernehmliche Ausscheidensregelung der rechtlichen

Nachprüfung im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht stand. Sie beruht auf einem Fehlverständnis und einem dadurch bedingten verfahrensfehlerhaften Übergehen des diesbezüglichen entscheidungserheblichen (streitigen) Vorbringens des Musterklägers einschließlich seiner Beweisantritte (§ 286 ZPO, Art. 103 Abs. 1 GG).

9 a) Mit dem Musterfeststellungsantrag verfolgte der Musterkläger im Rahmen des Feststellungsziels die gerichtliche Feststellung, dass das vorzeitige Ausscheiden Prof. S. s bereits im Mai 2005 feststand und daher als Insider Tatsache bereits zu diesem Zeitpunkt zu veröffentlichen gewesen wäre (GA II, 224 ff.). Schon dort behauptete er konkret, dass Prof. S. im Mai 2005 die Niederlegung seines Amtes zum Jahresende jedenfalls gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden K. erklärt habe, mit der Folge der Beendigung seines Organverhältnisses (GA II, 132). Dementsprechend hat das Landgericht in seinem Vorlagebeschluss vom 3. Juli 2006 bei der Darstellung der Angriffs- und Verteidigungsmittel (§ 4 Abs. 2 Nr. 4 KapMuG) korrekt als Streitpunkt zum Vorliegen einer Insiderinformation die Behauptung aller Kläger aufgeführt, "Prof. S. habe gegenüber Herrn K. definitiv erklärt, dass er zurücktrete"; umgekehrt bestreite die Beklagte den "einseitigen Rücktritt von Prof. S. gegenüber dem Aufsichtsratsvorsitzenden K. ".

10 b) Diese zentrale Behauptung zur einseitigen Rücktrittserklärung Prof. S. s hat der Musterkläger - entgegen der Annahme des Oberlandesgerichts - zu keinem Zeitpunkt während des Musterverfahrens vor dem Oberlandesgericht fallengelassen. Von dem Streitigsein dieser Kerntatsache scheint auch das Oberlandesgericht zumindest noch im maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vom 20. Dezember 2006 ausgegangen zu sein, da es dort - ausweislich der Beschlussgründe - den Musterkläger lediglich darauf hingewiesen hat, er habe "für den behaupteten einseitigen Rücktritt" keinen Beweis angeboten (was freilich auch unzutreffend war), obwohl es ihm möglich gewesen sei, die beteiligten Prof. S. und K. als Zeugen dafür zu

benennen, dass die (gegenteilige) Darstellung der Musterbeklagten unwahr sei. Angesichts dessen ist die zur tragenden Grundlage des Musterentscheids gemachte Annahme des Oberlandesgerichts, der Musterkläger habe seine Behauptung des (einseitigen) Rücktritts mit dem - erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten, nicht nachgelassenen - Schriftsatz vom 1. Februar 2007 fallen gelassen, weil dort nur noch davon die Rede sei, S. habe "sein Amt vorzeitig ... zur Verfügung gestellt", nicht haltbar. Schon dem Gesamtzusammenhang jenes nachgereichten Schriftsatzes ist unmissverständlich die Absicht des Musterklägers zu entnehmen, seinen bisherigen streitigen, nunmehr mit ergänzenden Beweismitteln versehenen Sachvortrag aufrechtzuerhalten (vgl. § 138 Abs. 3 ZPO) und damit das in der mündlichen Verhandlung erörterte Vorhaben des Berufungsgerichts, die Sache ohne Beweisaufnahme "durchzuentcheiden", zu bekämpfen: So wurde bereits eingangs jenes Schriftsatzes hervorgehoben, die - nach Ansicht des Musterklägers erforderliche - Beweisaufnahme werde ergeben, dass Prof. S. sein Amt als Vorstandsvorsitzender einseitig wirksam vorzeitig zur Verfügung gestellt hat (GA OLG 63); die gegnerische Behauptung einer einvernehmlichen Gesamtlösung auch der Nachfolgefrage stelle eine - nach anwaltlicher Beratung im Vorfeld sorgfältig mit allen auf Beklagtenseite Beteiligten abgestimmte und synchronisierte - Schutzbehauptung dar, die die Beweisaufnahme "falsifizieren wird". Schon deshalb ist der nochmals konkretisierte Vortrag, Prof. S. habe in einem der Gespräche gegenüber K. ausdrücklich erklärt, dass er sein Amt als Vorstandsvorsitzender sowie als Vorstandsmitglied vorzeitig, und zwar zum 31. Dezember 2005, "zur Verfügung stellt" (Beweis: Zeugnis S. und K.), ersichtlich nur als Aufrechterhaltung des dem Rechtsbegriff des "einseitigen Rücktritts" bzw. der "Amtsniederlegung" zugrunde liegenden Tatsachenkerns zu verstehen. Unübersehbar - aber vom Oberlandesgericht verkannt - zieht der Musterkläger anschließend das Resümee, dass "die Erklärung Herrn Prof. S. s und das Einverständnis Herrn K. s hiermit in seiner Funktion als Aufsichtsratsvorsitzenden nur als Amtsniederlegung

Herrn Prof. S. s gewertet werden kann", die durch einseitige, empfangsbedürftige und formlose Erklärung gegenüber dem Aufsichtsrat habe erfolgen können.

11 Wenn das Oberlandesgericht gleichwohl gemeint hat, selbst zu diesen Behauptungen im Schriftsatz vom 1. Februar 2007 sei eine Beweisaufnahme nicht geboten gewesen, weil die dort wiedergegebene Äußerung S. s über eine Zur-Verfügung-Stellung seines Amtes als einvernehmliches Ausscheiden aus dem Amt auszulegen sei, so hat es damit den bereits zuvor begangenen Verfahrensfehler einer Fehlinterpretation des klägerischen Sachvortrags im Sinne eines vermeintlich unstrittig gewordenen Geschehensablaufs verfestigt und dadurch zugleich objektiv gegen das Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung verstoßen.

12 Angesichts des weiterhin streitigen Geschehensablaufs war die Erhebung der vom Musterkläger angebotenen Beweise - entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts - prozessual geboten. Zu diesem Zweck hätte die mündliche Verhandlung zumindest nach § 156 ZPO wiedereröffnet werden müssen.

13 c) Soweit das Oberlandesgericht in einer Hilfsüberlegung von einer Aufrechterhaltung des Vortrags des Musterklägers bezüglich eines einseitigen Rücktritts Prof. S. s ausgegangen ist und gemeint hat, für diesen Fall fehle es an einem präzisen Sachvortrag des Musterklägers, ist dies nicht nur widersprüchlich, sondern schon im Ansatz verfehlt. Denn für einen schlüssigen Vortrag reichte es - wie das Oberlandesgericht an anderer Stelle seiner Entscheidung zutreffend angenommen hat - aus, dass der Kläger nicht nur den diesbezüglichen gegenteiligen Vortrag eines einvernehmlichen Ausscheidens Prof. S. s aus dem Amt bestritten, sondern zudem behauptet hat, dieser habe bei jener Gelegenheit das Gegenteil erklärt, nämlich eine einseitige Zur-Verfügung-Stellung des Amtes im Sinne der Amtsniederlegung bzw. des Rücktritts, und zwar zum Jahresende.

14 d) Schließlich ist auch die weitere Hilfsüberlegung des Oberlandesgerichts, der Musterkläger habe im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vom 20. Dezember 2006 für den ihm obliegenden einseitigen Rücktritt keinen Beweis angeboten, schon insoweit unzutreffend, als dieser bereits in seiner Antragsschrift vor dem Landgericht durch Zeugnis des Aufsichtsratsvorsitzenden K. u.a. unter Beweis gestellt hat, dass bereits im Mai 2005 zwischen S. , K. und Kl. das vorzeitige Ausscheiden Prof. S. s festgestanden habe; dieses Vorbringen beinhaltet zugleich die weitergehende, an anderer Stelle des Musterfeststellungsantrags deutlicher aufgestellte Behauptung über die einseitige Amtsniederlegung Prof. S. s gegenüber K. im Mai 2005. Insoweit war der vom Berufungsgericht nach seiner Darstellung im Musterentscheid gegebene Hinweis gemäß § 139 ZPO auf die Rechtslage in der mündlichen Verhandlung sogar unzutreffend. Die ergänzende Benennung Prof. S. s als Zeugen neben dem bereits benannten K. im Schriftsatz vom 1. Februar 2007 war daher auch nicht unter dem Blickwinkel einer etwaigen Verspätung zu beanstanden. Vielmehr wäre selbst unter diesem Aspekt die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung geboten gewesen.

15 3. Der aufgezeigte Verfahrensfehler ist entscheidungserheblich, weil in dem Fall, dass die vom Musterkläger behauptete einseitige definitive Amtsniederlegung durch Prof. S. im Mai 2005 zum Ende jenes Jahres zutrifft, zweifellos bereits zu diesem Zeitpunkt eine Insiderinformation i. S. der §§ 13, 15 WpHG vorgelegen hat, deren unverzügliche Veröffentlichung die Musterbeklagte entsprechend dem Feststellungsantrag des Musterklägers nach § 37 b Abs. 1 WpHG unterlassen hätte.

16 III. 1. Aufgrund des Verfahrensfehlers ist die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung über den Musterantrag an einen anderen Senat des Oberlandesgerichts zurückzuverweisen (§ 577 Abs. 4 ZPO), damit es die zu Unrecht unterlassene Beweiserhebung zu der streitigen Äußerung Prof. S. s gegenüber dem Aufsichts-

ratsvorsitzenden K. im Mai 2005 bezüglich der "Zur-Verfügung-Stellung seines Amtes" nachholen kann. In diesem Zusammenhang wird zugleich der für die umstrittene USA-Reise Prof. S. s und K. s im Mai 2005 zu Dr. Z. angebotene Beweis zu erheben sein, da diesem Umstand zumindest indizielle Bedeutung für die Beantwortung der Streitfrage einer einseitigen oder aber einverständlichen Amtsniederlegung mit anschließender Nachfolgeregelung zukommen kann.

17 2. Im Übrigen weist der Senat für die weitere Verhandlung auf Folgendes hin:

18 Sollte das Oberlandesgericht nach dem Ergebnis der durchzuführenden Beweisaufnahme nunmehr in verfahrensrechtlich einwandfreier Weise wiederum zu der Überzeugung gelangen, dass zwischen den Beteiligten eine einvernehmliche Aufhebung der Bestellung, ggf. in Verbindung mit einer gleichzeitigen Nachfolgeregelung, beabsichtigt bzw. vereinbart war, die zur Wirksamkeit zwingend einer Beschlussfassung durch den gesamten Aufsichtsrat bedurfte, während eine einseitige Amtsniederlegung Prof. S. s weder im Mai noch in der weiteren Zeit bis zu der Aufsichtsratsentscheidung vom 25. Juli 2007 ausgesprochen wurde, so wäre das Oberlandesgericht aus Rechtsgründen nicht gehindert, den Musterentscheid wiederum mit der gleichlautenden inhaltlichen Feststellung wie in der angefochtenen Entscheidung vom 15. Februar 2007 zu treffen.

19 Denn entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde würde die bisherige rechtliche Würdigung des Oberlandesgerichts einer einvernehmlichen Regelung des Ausscheidens von Prof. S. , verbunden mit der gleichzeitigen Regelung der Rechtsnachfolge - im Falle ihrer verfahrensrechtlich einwandfreien Feststellung - nicht auf der Anlegung eines fehlerhaften rechtlichen Maßstabes im Hinblick auf den Begriff der Insiderinformation i. S. von § 13 WpHG, insbe-

sondere hinsichtlich des Grades der Eintrittswahrscheinlichkeit (§ 13 Abs. 1 Satz 3 WpHG), beruhen.

20 a) Das Oberlandesgericht hat nicht verkannt, dass bereits Pläne, Vorhaben und Absichten einer Person veröffentlichungspflichtige Insiderinformationen i.S. von § 13 Abs. 1 Satz 1 WpHG sein können (vgl. Assmann in Assmann/Schneider, WpHG 4. Aufl. § 13 Rdn. 22 und 27; Tollkühn, ZIP 2004, 2215, 2216; Harbarth, ZIP 2005, 1898, 1901). Zu Recht hat es jedoch im Hinblick auf § 13 Abs. 1 Satz 3 WpHG hier darauf abgestellt, dass es darauf ankommt, wann derartige Umstände hinreichend präzise und deren Verwirklichung hinreichend wahrscheinlich waren (vgl. Assmann aaO Rdn. 27; Tollkühn aaO; Harbarth aaO). Denn bei einer Absicht Prof. S. s, einvernehmlich aus dem Vorstand auszuscheiden, handelt es sich insiderrechtlich um eine zukunftsbezogene Information, die eine konkrete Information im Sinne des § 13 Abs. 1 Satz 1 WpHG und damit eine Insiderinformation nur dann sein kann, wenn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden darf, dass sie in Zukunft eintreten werde, und sie darüber hinaus als kurserheblich zu betrachten ist.

21 aa) Zwar ist - mit dem Oberlandesgericht - die Kurserheblichkeit eines feststehenden Amtswechsels in der Leitungsposition eines Großunternehmens wie der Musterbeklagten ohne weiteres zu bejahen. Jedoch beruht - entgegen der Auffassung des Rechtsbeschwerdeführers - die weitere Würdigung des Oberlandesgerichts, es sei vor der Entscheidung des Aufsichtsrats am 28. Juli 2005 nicht hinreichend wahrscheinlich gewesen, dass dieser die angestrebte einvernehmliche Aufhebung mit Nachfolgeregelung mit tragen würde, keineswegs auf einer zu engen Sicht des Merkmals der "hinreichenden Wahrscheinlichkeit".

22 bb) Weder der Gesetzeswortlaut des § 13 Abs. 1 WpHG selbst noch die Durchführungsrichtlinie 2003/124/EG der Kommission vom 22. Dezember 2003

(Abl. EU Nr. 339 v. 24. Dezember 2003, Seite 70) geben Auskunft darüber, was unter dem in hohem Maße einzelfalldeterminierten Begriff der "hinreichenden Wahrscheinlichkeit" zu verstehen ist.

23 Auch die Begründung des Regierungsentwurfs des Gesetzes zur Verbesserung des Anlegerschutzes (AnSVG; BT-Drucks. 15/3174, S. 34) führt zu § 13 Abs. 1 Satz 3 WpHG lediglich aus: "Satz 3 stellt klar, dass eine Insiderinformation auch dann vorliegt, wenn sie sich auf einen Umstand oder ein Ereignis in der Zukunft bezieht, sofern dessen Eintritt hinreichend wahrscheinlich ist. Hierzu ist ein bloßes Gerücht nicht ausreichend. Vielmehr müssen konkrete Tatsachen vorliegen, welche den Eintritt des Ereignisses oder des Umstandes voraussehbar erscheinen lassen".

24 Der Emittentenleitfaden der BaFin befasst sich zwar mit der Frage der hinreichenden Wahrscheinlichkeit, stellt jedoch lediglich eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift dar (vgl. nur Fleischer, ZGR 2007, 401, 404 m.w.Nachw.).

25 cc) Ob hinsichtlich des Grades der Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass insoweit eine hohe Wahrscheinlichkeit zu verlangen ist, da erst in diesem Falle der Kreis möglicher zukünftiger Ereignisse und Umstände so eingengt wird, dass er dem Wissen um ein existentes Ereignis oder einen eingetretenen Umstand (vgl. § 13 Abs. 1 Satz 1 WpHG) nach dem Schutzzweck des WpHG vergleichbar ist (vgl. Assmann in Assmann/Schneider aaO), oder ob statt dessen eine niedrigere Schwelle anzusetzen und eine "überwiegende" Wahrscheinlichkeit - d.h. eine Eintrittswahrscheinlichkeit von über 50 % - ausreicht (vgl. Pawlik in Kölner Komm.z.WpHG, § 13 Rdn. 93), hat das Oberlandesgericht mit Recht offen gelassen. Denn die im vorliegenden konkreten Fall von ihm getroffene trichterliche Feststellung, dass erst mit dem Beschluss des Aufsichtsrats am 28. Juli 2005 auch im letztgenannten Sinne eine "überwiegende Wahrscheinlichkeit" gegeben gewesen sei, da es vor der Aufsichtsratssitzung bei der

notwendigen Ex-ante-Prognose offen war, ob die vom Aufsichtsratsvorsitzenden K. vorgeschlagene Lösung gebilligt würde oder nicht, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

26 Denn nur bei gegenseitigem Einvernehmen zwischen dem Gesamtaufsichtsrat und Prof. S. war dessen jederzeitiges Ausscheiden als Vorstandsmitglied, verbunden mit der Bestellung seines Amtsnachfolgers, ohne weiteres möglich; hierzu bedurfte es in jedem Fall eines zustimmenden Beschlusses des Gesamtaufsichtsrats nach § 108 AktG i.V.m. § 84 Abs. 1, 2 AktG (vgl. Hefermehl/Spindler in MünchKommAktG 2. Aufl. § 84 Rdn. 80, 125; Hüffer, AktG 7. Aufl. § 84 Rdn. 37; vgl. auch BGHZ 79, 38, 43 f.). Rechtsfehlerfrei hat das Oberlandesgericht unter Bezugnahme auf die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats darauf abgestellt, dass bei Widerspruch auch nur eines einzigen Mitglieds des Aufsichtsrats eine Beschlussfassung zu diesem Tagesordnungspunkt zwingend nicht zuzulassen gewesen wäre. Deshalb ist auch die Würdigung des Oberlandesgerichts nicht zu beanstanden, dass ein verständiger Anleger zu dem Ergebnis gekommen wäre, es sei offen gewesen, ob der Aufsichtsrat sofort zu einer Entscheidung im Sinne des Vorschlags kommen würde - d.h., dass eine Vertagung der Entscheidung über das Ausscheiden Prof. S. s und über dessen Nachfolger genauso wahrscheinlich war wie eine Beschlussfassung.

27 Zwar ist der Aufsichtsrat nach dem unstreitigen Klagevorbringen zuvor immer den jeweiligen Beschlussempfehlungen seines Vorsitzenden K. gefolgt. Hieraus lässt sich jedoch kein Automatismus im Hinblick auf zukünftiges Abstimmungsverhalten herleiten. Die Unsicherheit einer hinreichend zuverlässigen Prognose wird nicht zuletzt dadurch belegt, dass der Aufsichtsrat nur kurze Zeit nach seiner Entscheidung über das Ausscheiden Prof. S. s und die Berufung Dr. Z. s zu seinem Amtsnachfolger dem Gesuch des unterlegenen Nachfolgekandidaten Dr. C. um die vorzeitige Entbindung von seinem Vorstandsamt nicht entsprochen hat.

28 dd) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hat sich das Oberlandesgericht mit dieser Einschätzung nicht in Widerspruch zu seiner weiteren Feststellung gesetzt, dass die Vorbereitung der Entscheidung des Aufsichtsrats "professionell" gewesen sei. Denn die Professionalität der Vorbereitung impliziert nicht zwingend, dass im Vorfeld bereits eine (definitive) Vorabstimmung erfolgt wäre.

29 ee) Eine definitive Vorabstimmung lässt sich auch nicht zwingend aus der von der Rechtsbeschwerde ins Feld geführten Pressemitteilung der Musterbeklagten vom 28. Juli 2005 entnehmen, der zufolge die Beschlüsse des Aufsichtsrats vom selben Tage "nach einem sorgfältigen Prozess im Vorfeld einstimmig gefasst" worden seien; dies gilt erst recht für den von der Rechtsbeschwerde genannten Bericht von "Spiegel-Online" vom 30. Juli 2005, nach dem der Führungswechsel sorgfältig vorbereitet worden sei. Auch der zusätzlich erwähnte Umstand, dass Prof. S. im Interview vom 1. August 2005 mit der Zeitschrift "Focus" erklärt habe, er habe schon seit einiger Zeit mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden gesprochen und mit diesem als günstigsten Zeitpunkt für einen Führungswechsel das Ende des Jahres 2005 festgelegt, spricht ebenso wenig zwingend für eine Vorabstimmung im Aufsichtsrat wie der vom Musterkläger genannte weitere Umstand, dass die Entscheidung des Aufsichtsrats unstreitig innerhalb von max. 30 Minuten getroffen wurde.

30 ff) In diesem Zusammenhang ist es rechtlich auch nicht zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht der Musterbeklagten nicht aufgegeben hat, die Protokolle jener Aufsichtsratssitzung vorzulegen. Insoweit liegt - entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde - kein Verstoß gegen die §§ 142, 286 ZPO vor. Denn in der Tat lieferte der entsprechende Antrag des Musterklägers auf eine unzulässige Ausforschung hinaus, da dieser keinen schlüssigen Vortrag dazu gehalten hat, dass bereits vor der maßgeblichen Aufsichtsratssitzung jedenfalls die erforderliche Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder eingeweiht und einverstanden gewesen sei. Eine solche unzulässige Ausforschung nimmt das Ober-

landesgericht auch nicht "ohne Grundlage im Aktenstoff" an. Der Musterkläger hat ausweislich der tatsächlichen Feststellungen im Musterentscheid gerade nicht vorgetragen, dass die Entscheidung des Aufsichtsrats am 28. Juli 2005 schon zuvor abgestimmt worden sei und dass nur dadurch die Entscheidung des 20-köpfigen Aufsichtsrats innerhalb eines Zeitraums von max. 30 Minuten habe herbeigeführt werden können. Er hat vielmehr die Vorlage verlangt, weil "dann vielleicht nachvollziehbar werden (könnte), wie in dem Zeitfenster von 9.20 Uhr bis 9.50 Uhr ... ein 20-köpfiger Aufsichtsrat über die von der Beklagten als gesamthafte Nachfolgeregelung bezeichneten Personalentscheidungen beraten sowie abstimmen konnte". Die Folgerung des Berufungsgerichts, der Kläger habe damit keine Tatsache durch Vorlage des Protokolls unter Beweis gestellt, sondern Informationen hieraus erst gewinnen wollen, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

31 gg) Zu Recht hat das Oberlandesgericht in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass der Beschluss des Aufsichtsrats im ersten Wahlgang einer 2/3-Mehrheit in dem mit 20 Personen paritätisch aus Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern besetzten Aufsichtsrat bedurfte, da die Musterbeklagte unstreitig dem Mitbestimmungsgesetz unterfällt. Deswegen war es aus Sicht eines verständigen Anlegers seinerzeit durchaus nicht selbstverständlich, dass der Aufsichtsrat den letztlich vorgeschlagenen Dr. Z. ohne weiteres akzeptieren und damit zugleich einer einvernehmlichen Ausscheidensregelung für Prof. S. , ohne dass ein Nachfolger bereits sicher bestimmt war, zustimmen würde. Entscheidend war insoweit, dass - so die rechtlich nicht zu beanstandende Würdigung des Oberlandesgerichts - aus Sicht des verständigen Anlegers ein isolierter - d.h. ein ohne die gleichzeitige Entscheidung zugunsten eines Nachfolgers gefasster - Beschluss, Prof. S. werde aus seinen Verpflichtungen entlassen, zumindest unrealistisch erschien.

32 hh) Dass zu irgendeinem Zeitpunkt vor dem maßgeblichen Aufsichtsratsbeschluss mit "hinreichender" Wahrscheinlichkeit klar gewesen wäre, dass

sich der Aufsichtsrat in jedem Fall auf irgendeinen Nachfolger einigen würde, ist bislang weder seitens des Musterklägers noch seitens des beigetretenen Beigeladenen vorgetragen worden und auch nach Aktenlage sonst nicht ersichtlich.

- 33 ii) Was schließlich die Äußerung Prof. S. s in der Veranstaltung vom 19. Juli 2005 betrifft, er habe demnächst etwas Wichtiges zu verkünden, so muss dies - worauf das Oberlandesgericht nachvollziehbar hingewiesen hat - keineswegs zwingend den Führungswechsel betroffen haben, sondern kann sich ebenso gut auf die positiven Ertragszahlen bezogen haben, die die Musterbeklagte am Tag der Aufsichtsratssitzung noch vor der Mitteilung der Entscheidung über den Wechsel im Vorstandsamt veröffentlicht hat und die eine noch höhere Steigerung des Aktienkurses (um 6 %) zur Folge hatte als die weitere Steigerung nach der Verkündung des Folgeereignisses.

Goette

Kurzwelly

Strohn

Reichart

Drescher

Vorinstanzen:

LG Stuttgart, Entscheidung vom 03.07.2006 - 21 O 408/05 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 15.02.2007 - 901 Kap 1/06 -