BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 143/94

Verkündet am:
20. März 1995
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Reinhard R[redacted] Im L[redacted], P[redacted],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

gegen

Dipl.-Kfm. Bolko H[redacted], T[redacted]straße [redacted], D[redacted],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [redacted]
und Dr. [redacted] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 1995 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Röhricht, Dr. Henze, Dr. Goette und Prof. Dr. Greger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts D[redacted] vom 27. Mai 1994 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Tatbestand:

Der Kläger macht gegen den Beklagten einen Schadenersatzanspruch von 8.265,-- DM geltend. Diesem Begehren liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger war Inhaber von 95 Aktien der G[redacted] Aktiengesellschaft mit Sitz in Gr[redacted]-O[redacted]. Diese war durch den Eintritt von Umsatzverlusten und aufgrund von Pensionszusagen in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten. Seit 1982 hatte sie keine Dividenden mehr ausgeschüttet. Für die Jahre 1987 und 1988 erwirtschaftete sie Verluste in Höhe von 14,3 Mio. DM und 13 Mio. DM. Ihre Verbindlichkeiten gegenüber der Pensionskasse betrugen zum Schluß des Jahres 1987 54,8 Mio. DM. Trotz Schließung der Pensionskasse zum 31. Dezember 1986 zeichneten sich für das Jahr 1993 Pensionsverpflichtungen von 75 Mio. DM ab.

Auf der für den 3. Februar 1989 einberufenen Hauptversammlung zeigte der Vorstand an, daß nach der vorläufigen Jahresbilanz per 31. Dezember 1988 das Grundkapital der Gesellschaft von 49,9165 Mio. DM um mehr als die Hälfte unterschritten war. Er legte der Hauptversammlung gleichzeitig ein mit den Gesellschaftsgläubigern abgesprochenes Sanierungskonzept vor, nach dem diese auf Forderungen in Höhe von ca. 78 Mio. DM zu verzichten bereit waren (Pensionssicherungsverein: 44 Mio. DM; Arbeitsverwaltung: 16 Mio. DM; Arbeitnehmer: 5,3 Mio. DM; Banken: 10 Mio. DM zuzüglich 0,5 % Zins für die Jahre 1989 und 1990; Lieferanten: 2 Mio. DM). Zum weiteren Ausgleich der Bilanz per 31. Dezember 1988 sollte das Grundkapital im Verhältnis 5 : 2 um

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

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

29,9499 Mio. DM auf 19,9666 Mio. DM herabgesetzt werden. Ferner sollte ein genehmigtes Kapital von 9,9833 Mio. DM geschaffen werden.

Die Kapitalherabsetzung scheiterte, weil sich dafür nicht die nach dem Gesetz erforderliche Mehrheit fand. Ihr haben bei 228 Enthaltungen und 226.939 Nein-Stimmen (42,39 %) lediglich Aktionäre mit 308.207 Stimmen (57,61 %) zugestimmt. Dem vorgeschlagenen genehmigten Kapital stimmte die Hauptversammlung mit der erforderlichen Mehrheit zu.

Der Vorstand beantragte daraufhin am 4. Februar 1989 die Eröffnung des Vergleichsverfahrens. Auf Antrag des Vergleichsverwalters wurde am 28. Februar 1989 über das Vermögen der Gesellschaft der Anschlußkonkurs eröffnet.

Die Aktien der G[redacted] AG, die vor der Hauptversammlung bei einem Nennwert von 50,-- DM Kurse bis zu 87,-- DM erreicht hatten, sanken in der Zeit vom 7. bis 16. Februar 1989 auf 61,-- DM. Sie wurden anschließend wertlos.

Der Beklagte ist Herausgeber des "Effekten-Spiegel" und maßgeblich an der Aktiengesellschaft beteiligt, die diese Zeitschrift verlegt. In ihr berichtete er auch über die Entwicklung der Verhältnisse bei der G[redacted] AG. Er vertrat die Ansicht, das von der Verwaltung vorgeschlagene Sanierungskonzept benachteilige einseitig die Kleinaktionäre. Bei einem weitergehenden Forderungsverzicht der Gläubigerbanken reiche eine Kapitalherabsetzung im Verhältnis 10 : 9 aus. Er warb bei den Aktionären darum, ihn für die Hauptversammlung

vom 3. Februar 1989 mit der Stimmrechtsausübung zu dem Zweck zu bevollmächtigen, gegen die geplante Herabsetzung des Grundkapitals im Verhältnis 5 : 2 zu stimmen.

In der Hauptversammlung vom 3. Februar 1989 stimmte der Beklagte, der mit 209.700 Stimmen 21,9 % aller und 39,17 % der an der Abstimmung beteiligten Stimmen vertrat, gegen den Kapitalherabsetzungsvorschlag der Verwaltung.

Der Kläger, der dem Beklagten keine Stimmrechtsvollmacht erteilt hatte, macht diesen für das Scheitern der Sanierung der G[redacted] AG verantwortlich. Er nimmt ihn wegen der Entwertung seines Aktienbesitzes in Anspruch. Er hält den Beklagten, der die Namen seiner Vollmachtgeber nicht bekannt gegeben hat, unter den Gesichtspunkten der Treupflichtverletzung, des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, der culpa in contrahendo und der unerlaubten Handlung für schadenersatzpflichtig.

Der Kläger behauptet, der Konkurs der G[redacted] AG sei allein auf das Abstimmungsverhalten des Beklagten zurückzuführen. Die von der Verwaltung vorgeschlagene Kapitalherabsetzung im Verhältnis 5 : 2 sei die unabdingbar von den Gesellschaftsgläubigern aufgestellte Voraussetzung für den Erlaß der Schulden in Höhe von 78 Mio. DM gewesen. Ein Herabsetzungsverhältnis von 5 : 3, wie es der Beklagte in der Hauptversammlung vorgeschlagen habe, sei von der Gläubigerseite nicht akzeptiert worden. Von einer "Verhandlungssituation" habe das Berufungsgericht ebensowenig ausgehen dürfen wie es einen Schadenersatzanspruch des Klägers aus § 826 BGB habe ablehnen dürfen. Denn die entsprechenden Ausführungen beruh-

ten auf der Verwertung des Tonbandprotokolls, das nicht zu den Akten gereicht und damit nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung geworden sei.

Die Klage hatte vor Landgericht und Oberlandesgericht keinen Erfolg. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

Das Urteil des Berufungsgerichts beruht teilweise auf einem Verfahrensfehler, teilweise auf einer unvollständigen rechtlichen Würdigung des Parteivortrags.

A.

Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings eine Haftung des Beklagten aus der Verletzung einer ihm obliegenden gesellschaftsrechtlichen Treupflicht abgelehnt. Es hat aber nicht berücksichtigt, daß sich nach dem Vorbringen des Klägers eine Haftung aus einer entsprechenden Anwendung des § 179 Abs. 1 BGB ergeben kann.

I.

Der Kläger macht dem Beklagten zum Vorwurf, durch Ablehnung des Vorschlages der Verwaltung, das Grundkapital der Gesellschaft im Verhältnis 5 : 2 herabzusetzen, den einzigen, von allen Gesellschaftsgläubigern akzeptierten Weg der Sanierung der G[redacted] AG blockiert und auf diese Weise deren Konkurs herbeigeführt zu haben. Da er die für das Scheitern des Kapitalherabsetzungsbeschlusses erforderliche Stimmenzahl in seiner Person gebündelt habe, hafte er dem Kläger unter gesellschaftsrechtlichen Treupflichtgesichtspunkten wie ein Aktionär, wenn er auch keine Aktien der G[redacted] AG innegehabt habe.

Dem kann nicht gefolgt werden. Treupflichten bestehen, soweit das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander betroffen ist, nur unter den Gesellschaftern. Ihre Verletzung kann demnach auch nur für die Gesellschafter zu rechtlichen Konsequenzen führen. Dem Beklagten als Nichtaktionär obliegt keine - eigenständige - gesellschaftsrechtliche Treupflicht. Ihn trifft daher auch keine Haftung aus der Verletzung einer solchen Pflicht.

1. In der Aktiengesellschaft ist nicht nur der Mehrheitsaktionär dem Minderheits- oder Kleinaktionär zur Treue verpflichtet; es besteht umgekehrt auch eine Treupflicht des Minderheits- oder des Kleinaktionärs gegenüber dem Mehrheitsaktionär oder gegenüber anderen Minderheits- oder Kleinaktionären.

Nach der neueren Rechtsprechung des Senats können nicht nur die Beziehungen zwischen den Aktionären und der Aktiengesellschaft, sondern auch die der Aktionäre untereinander von der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht bestimmt werden. Denn auch in der Aktiengesellschaft habe, so ist zur Begründung ausgeführt worden, ein Gesellschafter die Möglichkeit, die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter zu beeinträchtigen, so daß auch hier als Gegengewicht die gesellschaftsrechtliche Pflicht zu fordern sei, auf diese Interessen Rücksicht zu nehmen (BGHZ 103, 184, 194 f.; zur GmbH vgl. BGHZ 65, 15, 18 f.). Dieser Grundsatz bezog sich nach dem damals zur Entscheidung anstehenden Sachverhalt auf das Verhalten des Mehrheitsgesellschafters gegenüber dem Minderheitsgesellschafter. Zu den Gesellschafterpflichten des Kleinaktionärs hat der Senat darauf hingewiesen, daß diese in der Regel nicht von der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht bestimmt werden (BGHZ 103, 184, 195). Damit ist, wie der Senat auch in einer späteren Entscheidung dargelegt hat (Urt. v. 22. Juni 1992 - II ZR 178/90, ZIP 1992, 1464, 1470), die Beantwortung der Frage offengeblieben, ob die Treupflicht über die Begrenzung der Mehrheitsherrschaft hinaus dem Aktionär allgemein Schranken bei der Ausübung seiner Mitgliedschafts-, insbesondere seiner Mitverwaltungs- und Kontrollrechte setzt. Das ist mit der nahezu einhellig im Schrifttum vertretenen Meinung grundsätzlich zu bejahen (vgl. Hüffer, AktG, 1993, § 53 a Rz. 17; Nirk in Hdb. der AG, 3. Aufl., Teil I, Rz. 30; KK/Zöllner, AktG, Einl. Rz. 169; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 8 II 3; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 20 IV 3; § 28 I 4 a; Thomas Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 2. Aufl. § 12 Rz. 35; Grunewald,

Gesellschaftsrecht, 1994, S. 230, 260; Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 349 ff.; Timm, NJW 1988, 1582, 1583; ders. WM 1991, 481, 482 f.; Lutter, ZHR 153 (1989), 446, 455; eine Treupflicht unter Aktionären ablehnend Martens, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, Hamburger Ringvorlesung Heft 78, 1990, S. 255 ff.).

2. Besteht der Kern des Treupflichtgedankens, soweit er im Kapitalgesellschaftsrecht allgemein Geltung beanspruchen kann, darin, daß dem Maß des Einflusses des Gesellschafters das Maß seiner Verantwortung mit der sich daraus ergebenden Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Gesellschaft und die gesellschaftsbezogenen Belange der Mitgesellschafter entspricht (Zöllner, Die Schranken ..., S. 337, 341, 350; KK/Zöllner, AktG, Einl. Rz. 169; ihm folgend Wiedemann, Gesellschaftsrecht I aaO § 8 II 3, S. 431; Hüffer, AktG aaO § 53 a Rz. 17; ders. FS Steindorff, 1990, S. 59, 74; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht aaO § 28 I 4; Lutter, ZHR 153 (1989), 446, 455; M. Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 69 ff.) oder, wie es in der Rechtsprechung heißt, daß die Möglichkeit, durch Einflußnahme die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter zu beeinträchtigen, als Gegengewicht die gesellschaftsrechtliche Pflicht verlangt, auf diese Interessen Rücksicht zu nehmen (BGHZ 65, 15, 19; 103, 184, 195), so trifft dieser Gedanke nicht nur auf das Verhalten des Mehrheitsgesellschafters, sondern auch das des Minderheitsgesellschafters zu. Zwar mögen Verantwortung und Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber den gesellschaftsbezogenen Belangen von Mitgesellschaftern in der Aktiengesellschaft - und hier

insbesondere in der Publikums-Aktiengesellschaft - häufig nur bei dem Mehrheitsgesellschafter oder einer Mehrheit von Aktionären (zur Treupflicht bei der Zufallsmehrheit vgl. Hüffer, AktG aaO § 53 a Rz. 17; ders. FS Heinsius, 1991, S. 337, 350 m.w.N.; KK/Zöllner, AktG aaO Einl. Rz. 169; ablehnend Marsch-Barner, ZHR 157 (1993), S. 172, 183; Dreher, ZHR 157 (1993), S. 150, 159 Fn. 35) zum Tragen kommen, weil die Einflußnahme meist in der Ausübung von Herrschaftsmacht besteht und eine solche nur bei Vorhandensein einer entsprechenden Mehrheit denkbar ist. Hingegen ist die Möglichkeit des Kleinaktionärs zur Einflußnahme recht gering. Allerdings stehen auch dem Kleinaktionär Rechte zu, deren Wahrnehmung im Einzelfall in einer Art und Weise möglich ist, die den gesellschaftsbezogenen Belangen der übrigen Aktionäre nachteilig sein kann und deren Ausübung daher unter das Gebot der Rücksichtnahme auf diese Interessen zu stellen ist. So kann es bei Wahrnehmung des Rechtes auf Teilnahme an der Hauptversammlung zu Mißbräuchen durch Störung der Hauptversammlung oder bei der Ausübung des Rederechts zum sog. Filibustering kommen (zur Bedeutung der genannten Rechte vgl. BGHZ 44, 245, 252 sowie BGHZ 119, 305, 317 f.). In derartigen Fällen erlangen die von der Treupflicht gesetzten Grenzen durchaus Bedeutung (vgl. Brändel in GroßKomm. z. AktG, 4. Aufl., § 1 Rz. 87; KK/Zöllner, AktG aaO § 119 Rz. 88). Dieser Treupflicht unterliegen zwar auch das Auskunftsrecht (§ 131 AktG) und das Recht zur Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen (§ 243 AktG). Aufgrund des Inhaltes (Anfechtungsrecht) und der gesetzlichen Ausgestaltung (Auskunftsrecht) dieser Rechte bedarf es in der Praxis jedoch kaum eines Rückgriffs auf die ihrer Ausübung durch die Treupflicht gezogenen Grenzen (zum Auskunftsrecht vgl. KK/Zöll-

ner, AktG, § 131 Rz. 44; zum Anfechtungsrecht vgl. BGHZ 107, 296, 311; KK/Zöllner, AktG, Einl. Rz. 162). Mit der Ausübung seines Stimmrechts vermag der einzelne Kleinaktionär aber in der Regel keinen Einfluß zu nehmen, so daß die ihm obliegende Verantwortung, aus der eine Pflicht zur Rücksichtnahme folgt, nicht zum Tragen kommt. Das ändert sich aber dann, wenn er als Minderheitsgesellschafter eine Beteiligung erreicht, die es ihm ermöglicht, die Durchsetzung bestimmter Rechte zu erzwingen (vgl. u.a. § 122 Abs. 1 und 3, § 142 Abs. 2, § 147 Abs. 1 AktG) oder die Fassung wirksamer Beschlüsse zu verhindern (vgl. u.a. § 179 Abs. 2, § 182 Abs. 1, § 186 Abs. 3, § 222 Abs. 1 AktG; zu den gesetzlichen Minderheitsrechten in Aktiengesellschaften vgl. die Zusammenstellung bei Lehmann, AG 1983, 113, 117 ff., auch abgedruckt bei: Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts/Semler, Bd. 4, AktG, 1988, § 242 Übersicht S. 484 ff.). Soweit ein Aktionär in eine derartige, mit einem Minderheitenrecht verbundene Einflußposition gelangt, deren Ausübung im Hinblick auf die gesellschaftsbezogenen Belange der Mitgesellschafter einer Kontrolle bedarf, kann der Minderheitsaktionär die aus dieser Position folgenden Rechte nur in den Grenzen der ihm obliegenden Treupflicht geltend machen (Hüffer, AktG aaO, § 53 a Rz. 17; Nirk, Handbuch der AG aaO, Teil I Rz. 30; Brändel in GroßKomm. z. AktG aaO, § 1 Rz. 86; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht aaO, § 20 IV 3; Timm, WM 1991 481, 484 ff.; Dreher, ZHR 157 (1993), S. 150, 157).

3. Fraglich ist, ob auch das Abstimmungsverhalten von Minderheitsaktionären, die nicht als einzelne, sondern in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen für eine Sperrminorität oder für die Durchsetzung eines Minderheitenrechtes erfül-

len, von der Treupflicht bestimmt wird. Im Schrifttum wird das für den Fall bejaht, daß die Stimmen gebündelt werden, um ein gemeinsames Sachziel zu erreichen (sog. wirkungsbezogene Treupflicht). Davon wird einmal der Fall umfaßt, daß sich die Minderheitsaktionäre auf eine einheitliche Stimmabgabe verständigen (Stimmbindung), zum anderen sollen die beiden Fälle darunter fallen, in denen verschiedene Minderheitsaktionäre mit der Ausübung des Stimmrechts einen (gesellschaftsfremden) Dritten beauftragen, der für die Abstimmung ein eigenes Konzept entwickelt oder den Aktionären ein bestimmtes Abstimmungsverhalten empfiehlt und der sich zur Durchsetzung seines Konzeptes bzw. zur Abstimmung im Sinne des empfohlenen Abstimmungsverhaltens Stimmrechtsvollmachten erteilen läßt. Eine Stimmrechtsbündelung, bei der die Aktionäre von dem Bevollmächtigten lediglich um die Erteilung einer Weisung für die Stimmrechtsausübung gebeten werden und bei der sich die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Antrags- oder Sperrminorität zufällig ergeben, soll den Schranken der Treupflicht hingegen nicht unterliegen (Dreher, ZHR 157 (1993), S. 150, 158 ff.; ders. EWiR § 135 AktG 1/94, S. 733; ihm folgend Nirk, Handbuch der AG, Teil I, Rz. 30). Dem wird von anderer Seite widersprochen. Ebensowenig wie die Aktionäre, die zufällig die Voraussetzungen einer Antrags- oder Sperrminorität erfüllten, einer gesteigerten Treupflicht unterlägen, seien auch die Aktionäre, deren Stimmen zu einem einheitlichen Block zusammengefaßt würden, nur einer Treupflicht unterworfen, die dem Maß ihrer Verantwortung entspreche, das sich aus der Möglichkeit der Einflußnahme ergebe, die sie mit ihrem jeweiligen Stimmrechtsanteil nehmen könnten. Diese treffe aus abgeleitetem Recht auch den Stimmrechtsvertreter. In demselben Verhältnis, in

dem sich in der Person des Vertreters die Aktionärsstimmrechte bündelten, wachse jedoch dessen Stimmrechtseinfluß. Da der Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung der Gleichlauf von Stimmrechtsmacht und Verantwortlichkeit für Treupflichtverletzungen entspreche, unterliege der Vertreter als derjenige, der die gebündelte Rechtsmacht eingesetzt habe, einer erhöhten Treupflicht (Timm, WM 1991, 481, 488 f.; Marsch-Barner, ZHR 157 (1993), 172, 184; Schöne, WM 1992, 209, 212; im Ergebnis ebenso Schick, ZIP 1991, 938, 939; zweifelnd Lutter, EWiR § 135 AktG 1/91, S. 850, 851).

4. Ob der von Dreher entwickelten Ansicht über die wirkungsbezogene Treupflicht zu folgen ist, kann für die Entscheidung des vorliegenden Falles offenbleiben. Geht man davon aus, daß die Frage, ob den Aktionär bei der Stimmrechtsausübung eine Treupflicht gegenüber den übrigen Aktionären trifft, nach dem Inhalt der jeweils in Betracht kommenden Pflicht, nicht aber nach dem Umfang der Pflichtbindung zu entscheiden ist (vgl. insoweit Diskussionsbericht von Schäfer, ZHR 157 (1993), S. 192 f.; Zöllner, Die Schranken ..., S. 345, 359 spricht von der Nähe des Beschlußgegenstandes zur Zweckverfolgung), ist die Treupflichtbindung für die Aktionäre jeder der drei genannten Gruppen relevant, gleichgültig, ob die Voraussetzungen der Antrags- oder Sperrminorität zufällig eintreten oder aufgrund eines gemeinsamen Sachziels erreicht werden. Entscheidend ist danach - wie bei der Relevanz der Zufallsmehrheit - allein, ob die jeweilige Stimmrechtsausübung des einzelnen Aktionärs pflichtwidrig ist und die Zahl der pflichtwidrig abgegebenen Stimmen den Prozentsatz der für das Vorliegen einer Sperrminorität erforderlichen Stimmen ausmacht.

Im vorliegenden Falle erfüllt das Stimmverhalten der Minderheitsaktionäre, die den Beklagten mit der Stimmrechtsausübung beauftragt haben, über den Fall der zufällig eingetretenen Sperrminorität hinaus auch die Voraussetzungen einer auf eine einheitliche Stimmabgabe gerichteten Abstimmungsbeteiligung (Stimmrechtsbündelung mit inhaltlicher Zielsetzung im Sinne Drehers). Denn der Beklagte hat nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen bei den Aktionären der G[redacted] AG darum geworben, ihm die Stimmrechtsausübung mit dem Ziel zu übertragen, gegen die geplante Herabsetzung des Grundkapitals im Verhältnis 5 : 2 zu stimmen. Er hat demnach den Aktionären ein bestimmtes Abstimmungsverhalten empfohlen und die Stimmen, die ihm die Aktionäre unter gleichzeitiger Billigung seines Vorhabens (arg. § 128 Abs. 2 Satz 3 Halbs. 2 AktG, vgl. Dreher, ZHR 157 (1993), S. 150, 163 Fn. 49) übertragen haben, zur Realisierung dieses Abstimmungsverhaltens in seiner Person gebündelt. Auf diese Weise haben sich über den Beklagten 39,17 % der an der Abstimmung beteiligten Aktionäre gegen die Kapitalherabsetzung ausgesprochen, so daß eine Sperrminorität im Sinne des § 229 Abs. 3 in Verbindung mit § 222 Abs. 1 AktG erreicht worden ist.

5. Der Senat vermag sich der Ansicht, nach der im Falle der Stimmrechtsbündelung mit inhaltlicher Zielsetzung, wie sie im vorliegenden Falle gegeben ist, nicht die Aktionäre, sondern der mit der Stimmrechtsausübung Bevollmächtigte eine Treupflichtverletzung begehen, nicht anzuschließen (ablehnend auch Hammen, ZBB 1993, 239, 242 f.; Heermann, ZIP 1994, 1243, 1244). Gegen die Erstreckung der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht auf den mit der Ausübung des Stimmrechts

Bevollmächtigten sprechen gewichtige Gründe: Die Treupflicht ist Ausfluß der mitgliedschaftlichen Beteiligung in der Aktiengesellschaft. Von diesem Recht kann sie ebensowenig getrennt und ohne Übergang des Anteilsbesitzes auf Dritte übertragen werden wie andere aus der Mitgliedschaft folgende Rechte. Das hat der Senat für das Stimmrecht bereits mehrfach entschieden (BGHZ 43, 261, 267 (GmbH); BGH, Urt. v. 17. November 1986 - II ZR 96/86, ZIP 1987, 165, 166; zum Anfechtungsrecht vgl. BGHZ 119, 305, 316). Demgemäß hat er Vereinbarungen, mit denen diese rechtliche Regelung umgangen worden ist, als unzulässig angesehen (BGH, Urt. v. 17. November 1986 aaO; Urt. v. 11. Oktober 1976 - II ZR 119/75, WM 1976, 1247, 1250 (GmbH)). Es ist zwar richtig, daß der Bevollmächtigte das Stimmrecht in der Hauptversammlung nur unter denselben aus der Treupflicht folgenden Einschränkungen wahrnehmen darf wie der die Vollmacht erteilende Aktionär selbst. Da das von den Bevollmächtigten ausgeübte Stimmrecht jedoch nur von dem Vollmachtgeber abgeleitet ist, bei dem es rechtlich verbleibt, gilt das gleiche für die das Stimmrecht beschränkende Treupflicht (vgl. Timm, ZIP 1991, 481, 489; Schöne, WM 1992, 209, 212). Denn beide sind Bestandteil der Mitgliedschaft, die nach der bestehenden Rechtsordnung auf eine in sich abgestimmte Einheit von Rechten, Pflichten und Verantwortung hin angelegt ist (vgl. Sen.Urt. v. 11. Oktober 1976 aaO). Es würde diesem Prinzip widersprechen, die Treupflicht zu verselbständigen und sie unabhängig von dem Mitgliedschaftsrecht und den aus ihr folgenden, von ihr eingeschränkten Verwaltungsrechten auf Dritte zu übertragen. Genau das würde aber geschehen, wenn man der aufgrund der Stimmrechtsbündelung bei dem Bevollmächtigten konzentrierten Stimmrechtsmacht als Ausgleich eine Treu-

pflicht gegenüberstellen würde, die von dem Vollmachtgeber und seiner Mitgliedschaft losgelöst als erhöhte Pflichtenbindung eigenständig in der Person des Bevollmächtigten bestünde.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, daß rechtlich die durch die Bündelung mit inhaltlicher Zielsetzung bei dem Bevollmächtigten geschaffene Rechtsmacht keine weiterreichenden Wirkungen hat als sie bei der Gruppe der Vollmachtgeber eintreten. Dabei ist es - wie bereits dargelegt - gleichgültig, ob Intensität und Umfang der Treupflicht wirkungsbezogen im Sinne Drehers nach dem Umfang der Pflichtbindung oder inhaltsbezogen nach Gegenstand und Art der Verpflichtung bestimmt werden. Gibt es im Verhältnis des Stimmrechtsbündelers zu den Gesellschaftern keine Rechtswirkungen, die über diejenigen des Rechtsverhältnisses zwischen den Aktionären, die über die Sperrminorität verfügen, und den übrigen Aktionären hinausreichen, ist auch aus diesem Grunde für die Annahme von Rechtsfolgen zu Lasten des Bevollmächtigten kein Raum.

Der Beklagte hat - anders als die Aktionäre, die ihn mit der Ausübung ihres Stimmrechts beauftragt haben - eine ihm obliegende eigenständige Treupflicht daher nicht verletzt. Eine Haftung auf Schadenersatz aus Treupflichtverletzung scheitert daher schon an diesem Gesichtspunkt.

II.

Den Beklagten kann jedoch nach dem Klägervortrag eine Haftung entsprechend § 179 Abs. 1 BGB treffen.

1. In Rechtsprechung und Schrifttum ist anerkannt, daß derjenige, der ein Rechtsgeschäft, für den, den es angeht, oder für eine Person, deren Benennung er sich vorbehält, abschließt, in entsprechender Anwendung des § 179 BGB haftet, wenn er sich weigert, den Vertretenen namhaft zu machen und die Durchführung des Geschäftes daran scheitert (MüKo/Schramm, BGB, 3. Aufl., § 164 Rz. 20; § 179 Rz. 12; Soergel/Leptien, BGB, 12. Aufl. vor § 164 Rz. 33 f.; Erman/Brox, BGB, 9. Aufl., § 179 Rz. 19; Flume, AT BGB II, 3. Aufl., § 44 II 1 a; Cohn, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, 1931, S. 13, 34 ff.; OLG Köln NJW-RR 1991, 918, 919; OLG Frankfurt NJW-RR 1987, 914, 915). Der Rechtsgedanke dieser Vorschrift trifft im Grundsatz und in Teilen seiner Rechtsfolge auch auf den vorliegenden Fall zu.

Zwar kommt, anders als es die Vorschrift voraussetzt, nicht der Abschluß eines Vertrages durch einen Vertreter in Betracht; auch scheidet als Rechtsfolge die Verpflichtung, nach Wahl des anderen Teils den Vertrag zu erfüllen, aus. Daran scheitert die entsprechende Anwendung der Bestimmung jedoch nicht. Ihr liegt nämlich der allgemeine Rechtsgedanke zugrunde, daß der Partner einer Rechtsverbindung, in die der andere Teil einen Vertreter einbezieht, auf die Wirksamkeit der Bevollmächtigung und damit nicht nur auf die Verbindlichkeit der von dem Vertreter abgegebenen Erklärungen und vorgenommenen Rechtshandlungen im Verhältnis zu dem Vertretenen, sondern auch darauf vertrauen darf, daß ihm der Vertretene bekannt gegeben und er in die Lage versetzt wird, diese auf Erfüllung der sich aus dem zustande gekommenen Rechtsverhältnis ergebenden Verpflichtung in Anspruch zu nehmen. Wird dieses Vertrauen enttäuscht, hat der Vertreter

dafür einzustehen, weil die sich nach dem Rechtsverhältnis ergebenden Rechtsfolgen nicht ordnungsgemäß abgewickelt werden können (vgl. BGHZ 39, 45, 51; 105, 283, 285 f.; MüKo/Schramm, BGB aaO § 179 Rz. 1 f.; RGRK/Steffen, BGB, 12. Aufl., § 179 Rz. 1; Henssler, ZHR 157 (1993), S. 91, 118 f.). Dieser allgemeine Gedanke ist auch auf den Fall übertragbar, daß der Vertreter in der Hauptversammlung für eine Vielzahl von Minderheitsaktionären abstimmt, die Stimmabgabe treupflichtwidrig ist und der Bevollmächtigte seine Vollmachtgeber nicht benennt. Da die einzelnen Aktionäre unter diesen Umständen für das ihnen zuzurechnende treupflichtwidrige Abstimmungsverhalten nicht haftbar gemacht werden können, bleibt auch hier - wie im Fall der rechtsgeschäftlichen Vertretung - nur der Bevollmächtigte als derjenige übrig, an dessen Verhalten angeknüpft werden kann. Die Haftung des Stimmrechtsvertreters beschränkt sich im Hinblick darauf, daß es um Rechtsfolgen aus der Teilnahme einer Abstimmung in der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft geht, naturgemäß auf die in § 179 Abs. 1 BGB aufgeführte Alternative der Schadenersatzleistung. Die Voraussetzungen dafür sind nach dem für die Revisionsinstanz als zutreffend zu unterstellenden Vortrag des Klägers erfüllt.

2. Die Ablehnung des von der Verwaltung der Girmes AG unterbreiteten Sanierungsvorschlages durch den Beklagten stellt eine Verletzung der den vertretenen Aktionären gegenüber dem Kläger obliegenden Treupflicht dar, für die diese in Anwendung der Rechtsgedanken der §§ 166, 278 BGB nach dem Klagevorbringen einzustehen haben (vgl. dazu Marsch-Barner, ZHR 157 (1993), S. 172, 182; Timm, WM 1991, 481, 488; Dreher, ZHR 157 (1993), S. 150, 166).

a) Eine Verpflichtung der Aktionäre, an der Sanierung der G[redacted] AG mitzuwirken, läßt sich allerdings nicht aus einer der Gesellschaft gegenüber bestehenden Treupflicht herleiten. Die Gesellschaft genießt keinen allgemeinen Bestandsschutz gegenüber Maßnahmen ihrer Gesellschafter. Diese sind vielmehr in der Lage, den Gesellschaftszweck jederzeit und ohne Vorliegen sachlicher Rechtfertigungsgründe zu beenden und die Auflösung der Gesellschaft zu beschließen (vgl. BGHZ 103, 184, 191 f.; 76, 352, 353). Ebensowenig besteht eine Verpflichtung der Gesellschafter gegenüber der Aktiengesellschaft, zu ihren Gunsten Maßnahmen zu ergreifen, wenn die Gesellschaft das Stadium der Konkursreife erlangt hat (§ 207 Abs. 1 KO), über ihr Vermögen das Konkursverfahren eröffnet wird und auf diese Weise die Voraussetzungen für ihre Auflösung nach § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG eingetreten sind (vgl. zur Frage der Sanierung aufgrund der Treupflicht zur Gesellschaft Timm, WM 1991, 481, 484 (verneinend); Lutter, EWiR § 135 AktG 1/91, S. 849, 850 (verneinend); ders. ZHR 153 (1989), 446, 468 f. (teilweise bejahend); allgemein für Strukturentscheidungen bei der GmbH M. Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 88 ff. (verneinend); Zöllner, Die Schranken ... aaO, S. 349 ff., insbes. 350-353 (verneinend)). Das Gesetz beschränkt die Förderpflicht der Aktionäre auf die durch den Nenn- oder höheren Ausgabebetrag beschränkte Einlageleistung (§ 54 Abs. 1 AktG), soweit die Satzung keine Sonderregelungen vorsieht (§ 55 AktG).

b) Das Recht zur Auflösung der Aktiengesellschaft durch Beschluß ist jedoch einer qualifizierten, durch Gesetz oder Satzung bestimmten Mehrheit der Gesellschafter vorbehalten

(§ 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG). Solange ein solcher Beschluß nicht mit der erforderlichen Mehrheit gefaßt ist, bestehen Gesellschaft und Gesellschaftszweck fort. Eine Minderheit kann die Auflösung der Aktiengesellschaft nicht erzwingen (vgl. Timm, WM 1991, 481, 484). Sie hat unter Berücksichtigung des Gesellschaftszwecks auf die gesellschaftsbezogenen Belange der Mehrheit der Gesellschafter angemessen Rücksicht zu nehmen, wobei diese Rücksichtnahme unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit steht (vgl. Zöllner, Die Schranken ... aaO, S. 350 f.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, § 8 II 3 b, S. 435; zu diesen Merkmalen beim Bezugsrechtsausschluß vgl. BGH, Urt. v. 7. März 1994 - II ZR 52/93, BGHZ 125, 239 = ZIP 1994, 529, 530 m.w.N. aus dem Schrifttum). Für den Fall, daß eine Gesellschaft sanierungsbedürftig ist, wird daraus zutreffend die Schlußfolgerung gezogen, daß es die Treupflicht dem einzelnen Gesellschafter verbietet, eine sinnvolle und mehrheitlich angestrebte Sanierung aus eigennützigen Gründen zu verhindern (K. Schmidt, Gesellschaftsrecht aaO, § 5 IV 5; ders. ZIP 1980, 328, 335 f.; ders. ZGR 1982, 519, 524; Timm, WM 1991, 481, 484 f.; Dreher, ZHR 157 (1993), S. 170, 180 f.; Schöne, WM 1992, 209, 212 f.; Lutter, EWiR § 135 AktG 1/91, S. 850, 851). Mit diesem Ergebnis steht es in Übereinstimmung, daß der Senat im Personengesellschaftsrecht und für die personalistisch ausgestaltete GmbH aus der Treupflicht die Verpflichtung des Gesellschafters hergeleitet hat, in besonders gelagerten Ausnahmefällen der Anpassung des Gesellschaftsvertrages an veränderte Umstände zuzustimmen (BGHZ 44, 40, 41; 64, 253, 257; BGHZ 98, 276, 279 f.; BGH, Urt. v. 23. März 1987 - II ZR 244/86, ZIP 1987, 914; vgl. ferner Urt. v. 20. Oktober 1986 - II ZR 86/85,

ZIP 1987, 166; Urt. v. 10. Oktober 1994 - II ZR 18/94, WM 1994, 2244). Die Entscheidung des Senates, nach der den Kommanditisten einer Publikums-Kommanditgesellschaft der vorübergehende Verzicht auf die Zahlung von Zinsen im Interesse der Erhaltung des Unternehmens zugemutet werden kann, steht dem vorliegenden Fall sehr nahe (BGH, Urt. v. 5. November 1984 - II ZR 111/84, ZIP 1985, 407).

Einer positiven Zustimmung bedurfte es zur Erreichung der für die Kapitalherabsetzung erforderlichen Mehrheit (§ 229 Abs. 3 in Verbindung mit § 222 Abs. 1 AktG) nicht. Da Stimmenthaltungen bei der Zahl der abgegebenen Stimmen nicht berücksichtigt werden, hätte eine Stimmenthaltung durch den Beklagten ausgereicht, um eine Mehrheit von 3/4 zu erreichen (vgl. Hüffer, AktG aaO, § 133 Rz. 12, 23 f.; § 179 Rz. 14; Nirk in: Hdb. d. AG aaO, Rz. 532).

Im Hinblick auf die Anforderungen, die an die gegenseitige Rücksichtnahme der Gesellschafter zu stellen sind, wird das Verbot, eine sinnvolle und mehrheitlich angestrebte Sanierung aus eigennützigen Gründen zu verhindern, zu Recht davon abhängig gemacht, daß bei Scheitern der Sanierungsmaßnahme der Zusammenbruch der Gesellschaft unvermeidlich und im Falle des Zusammenbruchs die Stellung des einzelnen Gesellschafters ungünstiger als bei einem Austritt aus der fortbestehenden Gesellschaft ist - bei der Aktiengesellschaft kommt insoweit lediglich eine Veräußerung der Aktien in Betracht -, die Durchführung der Sanierungsmaßnahme die Verfolgung des Gesellschaftszwecks nach objektiver Einschätzung nachhaltig sicherstellt und keine schonendere Sanierung

möglich ist (K. Schmidt, Gesellschaftsrecht aaO, § 5 IV 5; ders. ZIP 1980, 328, 336; ferner Timm, WM 1991, 481, 484 f.).

3. Nach den Darlegungen des Klägers, die für die Revisionsinstanz zugrunde zu legen sind, kann nicht ausgeschlossen werden, daß nach dem Scheitern des zwischen Vorstand und Gesellschaftsgläubigern ausgehandelten Sanierungskonzeptes der Zusammenbruch der Girmes AG unvermeidlich war.

a) Danach war die Gesellschaft überschuldet im Sinne des § 207 Abs. 1 KO in Verbindung mit § 92 Abs. 2 Satz 2 AktG.

Welche Anforderungen an den gesetzlichen Begriff der Überschuldung zu stellen sind, ist im Schrifttum im einzelnen umstritten (vgl. Hüffer, AktG aaO, § 92 Rz. 10 ff.; Hefermehl in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 92 Rz. 17; KK/Mertens, AktG, 2. Aufl., § 92 Rz. 29 ff.; Baumbach/Hueck, AktG, 13. Aufl., § 92 Rz. 6; Meyer-Landrut in GroßKomm. z. AktG, 3. Aufl., § 92 Anm. 7; Wiesner in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4 AG 1988, § 25 Rz. 53). Wie der Senat in Übereinstimmung mit dem jüngeren Schrifttum zu § 63 Abs. 1 GmbHG entschieden hat, liegt eine Überschuldung im Sinne dieser Vorschrift nur dann vor, wenn das Vermögen der Gesellschaft bei Ansatz von Liquidationswerten unter Einbeziehung der stillen Reserven die bestehenden Verbindlichkeiten nicht deckt (rechnerische Überschuldung) und die Finanzkraft der Gesellschaft nach überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig nicht zur Fortführung des Unternehmens ausreicht (Überlebens- oder Fortbestehensprognose) (BGHZ 119, 201, 213 ff.). Von diesen Vorausset-

zungen ist bei gleicher gesetzlicher Regelung auch für die Aktiengesellschaft auszugehen, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat.

b) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die rechnerische Überschuldung der Gesellschaft und die Frage, ob eine positive oder negative Fortführungsprognose besteht, zwischen den Parteien umstritten ist. Im Hinblick auf den erwarteten Umsatzzuwachs hat es für das Jahr 1989 eine positive Fortführungsprognose für den Fall gestellt, daß der von den Gläubigern in Aussicht gestellte Verzicht auf Forderungen von 78 Mio. DM wirksam wird. Hingegen war nach seiner Ansicht diese Prognose nicht davon abhängig, daß die von der Verwaltung vorgeschlagene Kapitalherabsetzung im Verhältnis 5 : 2 zustande kam, da sich nicht mit letzter Sicherheit feststellen lasse, ob diese Herabsetzung "conditio sine qua non" für den Schuldenerlaß durch die Gläubiger gewesen sei. Gegen eine solche Verknüpfung spreche, daß die Interessen der Gläubiger bei dem vom Beklagten vorgeschlagenen Herabsetzungsverhältnis von 5 : 3 nicht gefährdet worden seien und die Gesellschaft die Mittel aus der vorgeschlagenen Kapitalerhöhung nicht sofort benötigt habe. Ferner hätten sich Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionäre noch um eine tragbare Lösung bemüht.

Die Revision rügt, zu diesem Ergebnis sei das Berufungsgericht nur gelangt, weil es den Inhalt des über den Hauptversammlungsverlauf aufgenommenen Tonbandprotokolls verwertet habe. Dieses sei aber, wie der Kläger auch gerügt habe, nicht zu den Akten gelangt. Demnach sei von dem Klägervortrag auszugehen, daß der Beklagte für den von dem Kläger

möglich ist (K. Schmidt, Gesellschaftsrecht aaO, § 5 IV 5; ders. ZIP 1980, 328, 336; ferner Timm, WM 1991, 481, 484 f.).

3. Nach den Darlegungen des Klägers, die für die Revisionsinstanz zugrunde zu legen sind, kann nicht ausgeschlossen werden, daß nach dem Scheitern des zwischen Vorstand und Gesellschaftsgläubigern ausgehandelten Sanierungskonzeptes der Zusammenbruch der G[redacted] AG unvermeidlich war.

a) Danach war die Gesellschaft überschuldet im Sinne des § 207 Abs. 1 KO in Verbindung mit § 92 Abs. 2 Satz 2 AktG.

Welche Anforderungen an den gesetzlichen Begriff der Überschuldung zu stellen sind, ist im Schrifttum im einzelnen umstritten (vgl. Hüffer, AktG aaO, § 92 Rz. 10 ff.; Hefermehl in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 92 Rz. 17; KK/Mertens, AktG, 2. Aufl., § 92 Rz. 29 ff.; Baumbach/Hueck, AktG, 13. Aufl., § 92 Rz. 6; Meyer-Landrut in GroßKomm. z. AktG, 3. Aufl., § 92 Anm. 7; Wiesner in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4 AG 1988, § 25 Rz. 53). Wie der Senat in Übereinstimmung mit dem jüngeren Schrifttum zu § 63 Abs. 1 GmbHG entschieden hat, liegt eine Überschuldung im Sinne dieser Vorschrift nur dann vor, wenn das Vermögen der Gesellschaft bei Ansatz von Liquidationswerten unter Einbeziehung der stillen Reserven die bestehenden Verbindlichkeiten nicht deckt (rechnerische Überschuldung) und die Finanzkraft der Gesellschaft nach überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig nicht zur Fortführung des Unternehmens ausreicht (Überlebens- oder Fortbestehensprognose) (BGHZ 119, 201, 213 ff.). Von diesen Vorausset-

zungen ist bei gleicher gesetzlicher Regelung auch für die Aktiengesellschaft auszugehen, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat.

b) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die rechnerische Überschuldung der Gesellschaft und die Frage, ob eine positive oder negative Fortführungsprognose besteht, zwischen den Parteien umstritten ist. Im Hinblick auf den erwarteten Umsatzzuwachs hat es für das Jahr 1989 eine positive Fortführungsprognose für den Fall gestellt, daß der von den Gläubigern in Aussicht gestellte Verzicht auf Forderungen von 78 Mio. DM wirksam wird. Hingegen war nach seiner Ansicht diese Prognose nicht davon abhängig, daß die von der Verwaltung vorgeschlagene Kapitalherabsetzung im Verhältnis 5 : 2 zustande kam, da sich nicht mit letzter Sicherheit feststellen lasse, ob diese Herabsetzung "conditio sine qua non" für den Schuldenerlaß durch die Gläubiger gewesen sei. Gegen eine solche Verknüpfung spreche, daß die Interessen der Gläubiger bei dem vom Beklagten vorgeschlagenen Herabsetzungsverhältnis von 5 : 3 nicht gefährdet worden seien und die Gesellschaft die Mittel aus der vorgeschlagenen Kapitalerhöhung nicht sofort benötigt habe. Ferner hätten sich Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionäre noch um eine tragbare Lösung bemüht.

Die Revision rügt, zu diesem Ergebnis sei das Berufungsgericht nur gelangt, weil es den Inhalt des über den Hauptversammlungsverlauf aufgenommenen Tonbandprotokolls verwertet habe. Dieses sei aber, wie der Kläger auch gerügt habe, nicht zu den Akten gelangt. Demnach sei von dem Klägervortrag auszugehen, daß der Beklagte für den von dem Kläger

geltend gemachten Schaden deswegen verantwortlich sei, weil er das erfolgversprechende Sanierungskonzept der Verwaltung zu Fall gebracht habe. Mit dieser Rüge hat die Revision Erfolg.

aa) Die Anlage B 7 (Wortprotokoll über die Hauptversammlung), die in der dem Schriftsatz vom 28. Juli 1993 beigefügten Anlage F 1 (S. 18) angeführt wird, ist weder mit diesem Schriftsatz noch zu einem späteren Zeitpunkt zu den Akten gelangt. Die Anlage B 7 ist vielmehr Bestandteil des Anlagenhefters B 0 bis B 7, das in dem vor dem Senat rechtshängigen Verfahren Bohle ./. Hoffmann - II ZR 144/94 (OLG Düsseldorf - 7 U 123/93; LG Düsseldorf - 7 O 324/92) mit dem Schriftsatz des Beklagten vom 17. Juni 1992 eingereicht worden ist und sich noch bei den Akten befindet. Sie wird weder in den erstinstanzlich gewechselten Schriftsätzen der Parteien noch in der Berufungsbegründung des Klägers erwähnt. In dem erstinstanzlichen Schriftsatz des Beklagten vom 25. September 1992 wird zwar die Vorlage des Protokolls der außerordentlichen Hauptversammlung vom 3. Februar 1989 angekündigt; eine solche Vorlage ist jedoch im Verhandlungsprotokoll vom 9. März 1993 nicht vermerkt. Im Berufungsrechtszug sind lediglich die Anlagen T 1, T 3 und T 4 vorgelegt worden.

Die Anlage ist somit nicht - auch nicht durch Bezugnahme (§§ 137 Abs. 3, 131 Abs. 1 ZPO) - zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung geworden. Sie durfte daher im Berufungsurteil nicht in Bezug genommen und bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt werden.

bb) Das Berufungsurteil beruht auch auf diesem Verfahrensfehler (§§ 549, 563 ZPO). Denn die Möglichkeit, daß das Berufungsgericht ohne diesen Verfahrensfehler zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, kann revisionsrechtlich nicht ausgeschlossen werden.

Die Rüge der Revision betrifft einmal die Äußerung des Vorstandsvorsitzenden der G[redacted] AG, die durch eine Kapitalerhöhung zu gewinnenden Mittel sollten der Gesellschaft nicht sofort zugeführt werden, zum anderen die Erklärung des Aufsichtsratsvorsitzenden, es sei nicht auszuschließen, daß der Antrag des Beklagten auch nicht die erforderliche Mehrheit erhalte, er es aber für sinnvoll halte, für diesen Fall noch einmal den Versuch zu machen, eine Lösung zu finden, die 75 % der Stimmen erhalte.

Die Erklärung des Vorstandsvorsitzenden ist für die Entscheidung der Frage erheblich, ob die Entscheidung der Gläubiger, Schulden in Höhe von ca. 78 Mio. DM zu erlassen, unabdingbar von einer Herabsetzung des Kapitals im Verhältnis 5 : 2 abhängig war. Das Berufungsgericht hält in diesem Zusammenhang die Ausführungen des Vorstandsvorsitzenden für die Ansicht von Bedeutung, die von dem Beklagten befürwortete Herabsetzung im Verhältnis 5 : 3 habe keine Gefährdung der Gläubigerinteressen herbeiführen können.

Die Erklärung des Aufsichtsratsvorsitzenden stützt die Überlegung des Berufungsgerichts, Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionäre hätten noch nach einer tragbaren Lösung gesucht.

Auch dieser Gesichtspunkt spricht nach seiner Ansicht gegen eine unauflösliche Verknüpfung zwischen Schuldenerlaß und Kapitalherabsetzung im Verhältnis 5 : 2.

Zwar sind die diesbezüglichen Ausführungen auszugsweise in der Anlage F 1 zur Berufungserwiderung (S. 11) und in dem als Anlage T 1 zu den Akten gereichten Aufsatz von Wenger zitiert (S. 225). Das Berufungsgericht bezieht sich jedoch auf die S. 20-22 des Tonbandprotokolls. Daraus ist ersichtlich, daß die Auszüge nicht den gesamten, vom Berufungsgericht berücksichtigten Wortlaut wiedergeben. Sie können somit dem Kläger auch keine vollständige, dem Beklagten und dem Berufungsgericht in dieser Vollständigkeit jedoch zugängliche Information über den Wortlaut der Rede des Vorstandsvorsitzenden geben.

Die Ausführungen des Aufsichtsratsvorsitzenden sind lediglich inhaltlich in kurzer Form in der Anlage F 1 zur Berufungserwiderung (S. 26 f.) wiedergegeben. Diese Wiedergabe ermöglicht es dem Kläger nicht, Inhalt und Tragweite der in dem Protokoll festgehaltenen Äußerungen des Aufsichtsratsvorsitzenden zu beurteilen.

Unter diesen Umständen kann die Entscheidung nicht mit der Begründung aufrechterhalten werden, dem Kläger seien die betreffenden Ausführungen aus anderen ordnungsgemäß in den Prozeß eingeführten Quellen zur Kenntnis gebracht worden (vgl. für den Fall der Rückgabe entscheidungserheblicher Unterlagen nach Beendigung der Tatsacheninstanz BGHZ 80, 64, 67).

c) Die Ansicht des Berufungsgerichts, die für die G[redacted] AG unter Berücksichtigung des in Aussicht gestellten Schuldenerlasses maßgebende positive Fortführungsprognose sei nicht am Abstimmungsverhalten des Beklagten gescheitert, kann danach keinen Bestand haben.

Das Berufungsgericht wird dazu neue Feststellungen treffen müssen, um gegebenenfalls anschließend darüber befinden zu können, ob die weiteren oben aufgeführten Voraussetzungen, unter denen ein Aktionär die Sanierung der Aktiengesellschaft nicht verhindern darf, vorgelegen haben.

4. Der Beklagte hat das Stimmrecht jeweils im Namen dessen, den es angeht, ausgeübt. Da er dem Kläger die Namen seiner Vollmachtgeber bisher nicht bekannt gegeben hat, ist der Kläger auch unter diesem Gesichtspunkt nicht gehindert, gegen ihn entsprechend § 179 Abs. 1 BGB vorzugehen (vgl. dazu OLG Düsseldorf MDR 1974, 843).

5. Trifft die Aktionäre, deren Stimmrechte der Beklagte ausgeübt hat, der Vorwurf, die Sanierung der G[redacted] AG treupflichtwidrig verhindert zu haben, kommt als Sanktion dieses Verhaltens im vorliegenden Falle die Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz in Betracht. Dafür hat der Beklagte entsprechend § 179 Abs. 1 BGB einzustehen.

a) Es ist weitgehend anerkannt und vom Senat auch bereits entschieden worden, daß die treupflichtwidrige Verletzung von Gesellschafterpflichten in der Kapitalgesellschaft zu einer Schadenersatzpflicht des treupflichtwidrig handelnden Gesellschafters führen kann (BGHZ 65, 15; vgl. auch BGH,

Urt. v. 22. Juni 1992 - II ZR 178/90, ZIP 1992, 1464, 1470 f.; aus dem Schrifttum vgl. u.a. Hüffer, AktG aaO, § 53 a Rz. 21; M. Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindunger ... aaO, S. 83 f. m.w.N. in Fn. 112; ablehnend noch Zöllner, Die Schranken ... aaO, S. 431 f.).

b) Fraglich ist, ob - und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen - die Verpflichtung zum Schadenersatz auch auf eine treupflichtwidrige Stimmrechtsausübung gestützt werden kann. Im Schrifttum zum GmbH-Recht ist die Frage, ob die Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses als Voraussetzung einer Schadenersatzpflicht aufgrund treupflichtwidrigen Abstimmungsverhaltens erforderlich ist, umstritten (vgl. zum Meinungsstand M. Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen ... aaO, S. 320 f. m.w.N. in Fn. 60 ff.). Im Aktienrecht trifft das Gesetz selbst in § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG eine Regelung. Nach dieser Vorschrift löst ein Verhalten im Sinne des § 117 Abs. 1 AktG dann keine Schadenersatzpflicht aus, wenn es auf der Ausübung des Stimmrechtes in der Hauptversammlung beruht. Auslegung und Geltungsbereich dieser Regelung sind jedoch im einzelnen umstritten.

c) Mit Rücksicht darauf, daß die Zweckmäßigkeit der Ausnahmeregelung rechtspolitisch als außerordentlich zweifelhaft angesehen wird (vgl. KK/Mertens, AktG, § 117 Rz. 20; Zöllner, Die Schranken ... aaO, S. 428 m.w.N. in Fn. 31; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 8 IV 1 a, S. 454 f.; ders. JZ 1976, 392, 394; Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, 1970, S. 280; Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958, S. 271; Flume, AT BGB, Bd. I 2, Die juristische Person,

1983, § 8 IV 2 e, S. 296; Timm, WM 1991, 481, 487), wird die Vorschrift zum Teil restriktiv ausgelegt. So wird befürwortet, die Regelung auf rechtmäßige, nicht treupflichtwidrige Hauptversammlungsbeschlüsse, die der Anfechtung nach § 243 Abs. 2 AktG nicht unterliegen, zu beschränken (Timm, WM 1991, 481, 487; ihm folgend Schöne, WM 1992, 209, 213); sie erfasse nur den der Hauptversammlung ausnahmsweise eröffneten Bereich der Geschäftsführungsangelegenheiten, nicht jedoch Beschlüsse über Satzungsänderungen und innerorganisatorische Maßnahmen (Marsch-Barner, ZHR 157 (1993), S. 172, 190); die Vorschrift beruhe auf der Annahme, als Grundlage für Schadenersatzansprüche aus dem Mitgliedschaftsverhältnis komme nur das Deliktsrecht in Betracht. Einer Schadenersatzpflicht aus der erst nach dem Inkrafttreten des Aktiengesetzes erfolgten Anerkennung der Treupflicht unter Aktionären stehe sie daher nicht entgegen (Dreher, ZIP 1993, 332, 335 f.; ders. ZHR 157 (1993), S. 150, 154; auch Thomas Raiser, ZHR 153 (1989), 1, 25). Diesen Ansichten ist einzuräumen, daß der unmittelbare Anwendungsbereich der Vorschrift eine Schadenersatzpflicht nur für die durch Stimmrechtsausübung erfolgten Einflußnahmen auf Verwaltungsorgane oder leitende Angestellte, nicht hingegen Beschlüsse über Struktur-, Organisations- oder sonstige Gesellschaftsmaßnahmen erfaßt. Zutreffend wird aber darauf hingewiesen, daß gerade bei den Geschäftsführungsangelegenheiten die Treupflichten besonders ausgeprägt sind. Seien bei diesen der Bindung an das Gesellschaftsinteresse besonders stark unterworfenen Maßnahmen schon Schadenersatzansprüche aufgrund rechtsmißbräuchlicher Stimmrechtsausübung ausgeschlossen, müsse das um so mehr für die Entscheidungen gelten, die eine solch intensive Nähe zu den Gesellschaftsbelangen nicht aufwiesen

(Zöllner/Winter, ZHR 158 (1994), S. 59, 73 f.). Mit dieser an Inhalt und Zweck der gesetzlichen Regelung orientierten Auslegung stimmt es überein, daß die Haftung der Aktionäre nach heutigem Verständnis als solche aus der Verletzung mitgliedschaftlicher Treuebindungen konzipiert werden könnte (Hüffer, AktG aaO, § 117 Rz. 2), mag sie nach ihrer Entstehungsgeschichte und ihrem Wortlaut auch als Tatbestand der unerlaubten Handlung zu verstehen sein (Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 117 Rz. 5; Hüffer, AktG aaO). Gegen eine auf allgemeinen Erwägungen beruhende restriktive Auslegung spricht ferner der Umstand, daß die Vorschrift als abschließende gesellschaftsrechtliche Regelung verstanden worden ist. In der Begründung zum Regierungsentwurf heißt es dazu, es erscheine nicht angängig, über die gesetzliche Regelung hinaus jeden Aktionär für die Ausübung des Stimmrechts haften zu lassen, da die Gesellschaft und die anderen Aktionäre gegen den Mißbrauch des Stimmrechts durch die Anfechtungsmöglichkeit nach § 243 Abs. 2 AktG hinreichend geschützt seien. In krassen Fällen komme daneben eine Haftung nach § 826 BGB in Betracht. Diese Umstände führen jedoch nicht zur Ablehung jeglicher Haftung (so aber noch KK/Zöllner, AktG, § 243 Rz. 195; ders. Die Schranken ... aaO, S. 427 f.; Martens, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik aaO S. 251, 260 ff.; Kropff, AktG aaO, S. 163 f.). Vielmehr ist daraus folgerichtig der Schluß zu ziehen, daß § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG eine Haftung aufgrund Stimmrechtsausübung insoweit nicht ausschließt, als der Eintritt des Schadens durch Erhebung einer Anfechtungsklage nicht verhindert werden kann (so Zöllner/Winter, aaO S. 74; im Grundsatz, allerdings § 826 BGB einbeziehend, ebenso Henssler, ZHR 157 (1993), S. 91, 121; tendenziell wohl auch Lutter, ZHR 153

(1989), S. 446, 448; für die GmbH vgl. M. Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht aaO, S. 320 ff. m.w.N. in Fn. 60 f.).

Ob insoweit der Ansicht zu folgen ist, Schadenersatzansprüche könnten in diesen Fällen nur dann geltend gemacht werden, wenn der zugrundeliegende Gesellschafterbeschluß wirksam angefochten worden sei (so Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht aaO, S. 320 ff. m.w.N. in Fn. 61; für das Aktienrecht mit beachtlichen Gegenargumenten Marsch-Barner, ZHR 157 (1993), S. 172, 190 f.), braucht hier nicht allgemein entschieden zu werden. Ein Schadenersatzrecht wird dem Aktionär auch für den Fall zugestanden, daß er mit der Anfechtungsklage den Eintritt des Schadens nicht verhindern kann, weil das Anfechtungsurteil eine rückwirkende Gestaltung gegen eine inzwischen eingetretene Gesetzeswirkung nicht mehr entfalten kann und der das Mitgliedschaftsrecht beeinträchtigende Beschluß daher trotz erfolgreicher Anfechtungsklage wirksam bleibt (so Zöllner/Winter aaO, S. 74 f.). Dem steht letztlich der Fall gleich, daß der Beschluß zwar angefochten ist und ein Urteil rechtlich rückwirkende Gestaltung entfalten kann, die Rückgängigmachung des Beschlusses aber tatsächlich keine Auswirkungen mehr hat, etwa weil über das Vermögen der Gesellschaft unmittelbar nach der Beschlußfassung das Konkursverfahren eröffnet worden ist, da die Gesellschaft nicht mehr lebensfähig war. Unter diesen Umständen erscheint die Forderung nach Erhebung einer vorherigen Anfechtungsklage jedenfalls dann als ein nicht gerechtfertigter Formalismus, wenn die genannten Ereignisse - Konkursantrag und Konkurseröffnung - innerhalb der Anfechtungsfrist des § 246 Abs. 1 AktG eingetreten sind

(Zöllner, Die Schranken ... aaO, S. 429). Aus der Bestandskraft des Beschlusses hergeleitete Rechtssicherheitsinteressen, denen nach der oben dargestellten Ansicht im Rahmen der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen Geltung eingeräumt werden soll, können in diesem Fall keine Bedeutung erlangen.

d) Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Falle gegeben. Der Hauptversammlungsbeschluß ist am 3. Februar 1989 gefaßt worden. Nach dem Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens vom 4. Februar 1989 ist am 28. Februar 1989 das Anschlußkonkursverfahren eröffnet worden. Da revisionsrechtlich davon auszugehen ist, daß die Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt rechnerisch überschuldet war und die Fortbestehensprognose negativ ausfiel, war die Gesellschaft auch nicht mehr sanierungs- und damit lebensfähig. Die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs ist daher aufgrund der Vorschrift des § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG im vorliegenden Falle nicht ausgeschlossen (im Ergebnis ebenso Schick, ZIP 1991, 938, 940).

6. Die auf Leistung von Schadenersatz gerichtete Haftung setzt den Vorwurf schuldhaften Handelns voraus. Ob der Verschuldensmaßstab für die Haftung aus Treupflichtverletzung im Aktienrecht generell auf Vorsatz zu beschränken ist, wie das in der dem Deliktsrecht zuzuordnenden Vorschrift des § 117 Abs. 1 AktG geschehen ist, kann hier dahingestellt bleiben. Auf jeden Fall hält der Senat eine solche Beschränkung für den Fall der Treupflichtverletzung durch Stimmrechtsausübung für geboten.

Das folgt bereits aus dem mit der Vorschrift des § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG verfolgten Zweck und der Bewertung der Interessenlage, die ihr zugrunde liegt. Die Regelung beruht auf dem Gedanken, eine Haftung für die Stimmrechtsausübung erscheine deswegen nicht angemessen, weil es dem Aktionär grundsätzlich nicht versagt sei, sein Stimmrecht zum eigenen Vorteil auszuüben (Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG aaO, § 117 Rz. 27; vgl. auch Baumbach/Hueck, AktG, 13. Aufl., § 117 Rz. 19). Die vom Gesetz als Sanktion gegen einen nicht hinnehmbaren Beschluß vorgesehene Anfechtung ist auf den Fall beschränkt, daß ein Aktionär mit der Ausübung des Stimmrechts Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder der anderen Aktionäre zu erlangen sucht. Dieses Bestreben setzt einen - auf die Erlangung des Sondervorteils beschränkten - Vorsatz voraus (Kropff, AktG, 1965, S. 329; zur Frage des rechtlichen Zusammenhangs beider Vorschriften vgl. Nirk, Hdb. d. AG aaO, Rz. 645), wobei bedingter Vorsatz genügt (Hüffer, AktG aaO, § 243 Rz. 34; KK/Zöllner, AktG, § 243 Rz. 223).

Vermag diese Beschlußanfechtung den ihr zugedachten Schutz nicht zu gewährleisten und läßt man aufgrund dessen als Sanktionsmöglichkeit die Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz zu, steht es mit der im Gesetz zum Ausdruck gebrachten Wertung in Einklang, die Haftung auf vorsätzliches Handeln zu beschränken.

Diese Beschränkung erscheint auch im Interesse der Aktiengesellschaften erforderlich, um den Aktionären eine von der drohenden Inanspruchnahme aus einer Schadenersatzverpflichtung weitgehend freie Stimmrechtsausübung in der

Hauptversammlung zu gewährleisten. Müßte der Aktionär befürchten, bereits aus einer fahrlässig begangenen Treupflichtverletzung zur Schadenersatzleistung herangezogen zu werden, bestünde die Gefahr, daß insbesondere Kleinaktionäre künftig von der Ausübung ihres Stimmrechtes abgeschreckt würden. Sie werden trotz des ihnen zur Verfügung zu stellenden Informationsmaterials und trotz Ausschöpfung der ihnen zustehenden Informationsrechte insbesondere bei komplexen und schwierigen Tagesordnungspunkten häufig kaum oder nur bedingt in der Lage sein, den Beschlußgegenstand sachgemäß zu beurteilen und entsprechend abzustimmen. Müßten sie befürchten, bereits bei leicht fahrlässiger Verkennung der Sachlage zur Haftung herangezogen zu werden, würde sie das erfahrungsgemäß von der Teilnahme an einer Hauptversammlung abschrecken (vgl. dazu Zöllner, Die Schranken ... aaO, S. 430). Das würde im übrigen auch gelten, wenn die Haftung für fahrlässiges Verhalten auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt würde. Denn die Abgrenzung der leichten von der groben Fahrlässigkeit kann als Frage rechtlicher und tatsächlicher Wertung häufig nur mit großen Schwierigkeiten getroffen werden. Derartige Konsequenzen eines Verhaltens können insbesondere dann kaum zutreffend beurteilt werden, wenn Entscheidungen in der häufig vorhandenen gespannten und hektischen Atmosphäre einer Hauptversammlung gefällt werden.

Droht dem Aktionär eine derart weitgehende Haftung, wird er auch nicht mehr oder seltener bereit sein, ein Kreditinstitut oder einen sonstigen geschäftsmäßigen Vertreter (§ 135 Abs. 1, 9 AktG) mit der Ausübung des Stimmrechts zu beauftragen.

Es ist weiter zu befürchten, daß sich die Folgen einer solch weitgehenden Haftung nicht nur negativ auf die Präsenz in den Hauptversammlungen auswirken, sondern auch das Kaufverhalten bei dem Erwerb von Wertpapieren zu Ungunsten des Aktienmarktes beeinflussen. Darüber hinaus ist davon auszugehen, daß auch das Verhalten der Depotbanken nachteilig beeinflußt wird. Zumindest wird die Bereitschaft sinken, weiterhin das Stimmrecht "für den, den es angeht" auszuüben.

Diese Konsequenzen sind hingegen bei einer Beschränkung der Haftung auf vorsätzliche Pflichtverletzungen nicht zu befürchten, weil sowohl Aktionäre als auch Bevollmächtigte ohne weiteres in der Lage sind, eine vorsätzliche Pflichtverletzung zu vermeiden. Zudem werden die tatsächlichen Umstände, die zu der Haftung aus vorsätzlicher Treupflichtverletzung führen, häufig zugleich die Voraussetzung für eine Haftung wegen sittenwidrig vorsätzlicher Schädigung (§ 826 BGB) erfüllen. Die Haftung nach dieser Vorschrift wird von der Regelung des § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG anerkanntermaßen nicht erfaßt (Kropff, AktG aaO, S. 164).

7. Teilweise zu Recht wendet sich die Revision gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Berechnung des dem Kläger entstandenen Schadens. Dieser Schaden ist nach dem Verkehrswert des Anteils zu bemessen, also dem Betrag, den ein Dritter als Erwerber üblicherweise zu zahlen bereit wäre. Dafür kann, wie zutreffend dargelegt worden ist (Wenger, ZIP 1993, 321, 329), der Börsenkurs einer Aktie in Betracht gezogen werden. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann dieser Kurs der Schadenberechnung auch dann zugrunde gelegt werden, wenn für seine Bildung nicht die üblichen

preisbildenden Faktoren, zu denen vorrangig die reale Einschätzung des Wertes des lebenden Unternehmens zählt, maßgebend gewesen sind, sondern spekulative Momente bestimmend waren. Voraussetzung ist allerdings, daß der Kläger diesen Kurs hätte realisieren können, wenn die Pflichtverletzung nicht begangen worden wäre und die Aktien aufgrund dessen nicht wertlos geworden wären. Insoweit wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, daß bei Zustandekommen der von der Verwaltung vorgeschlagenen Kapitalherabsetzung und nach deren Wirksamwerden (§ 224 AktG) der Kläger nur noch über einen im Verhältnis 5 : 2 herabgesetzten Aktienbestand verfügt hätte. Es wird feststellen müssen, inwieweit sich dieser Umstand auf den Kurswert der Aktien nach Zustandekommen des Herabsetzungsbeschlusses ausgewirkt hätte.

8. Es kann revisionsrechtlich nicht ausgeschlossen werden, daß in dem von dem Kläger geltend gemachten Schadenbetrag der Wert der Aktien enthalten ist, der - anteilig - dem Unternehmenswert entspricht. Er ist auf der Grundlage des wirklichen Wertes des lebenden Unternehmens einschließlich der stillen Reserven und - gegebenenfalls - des Goodwill zu bestimmen. Er bemißt sich im allgemeinen nach dem Preis, der bei einer Veräußerung des Unternehmens als Einheit erzielt würde. Dieser muß durch Einholung eines Sachverständigengutachtens ermittelt werden (BGHZ 116, 359, 370 f. m.w.N.), wobei es Sache des Tatrichters ist zu entscheiden, welche Berechnungs- und Bewertungsmethode der Ermittlung des Unternehmenswertes zugrunde zu legen ist (zu den Einzelheiten vgl. BGHZ 116, 359, 371; Sen.Urt. v. 24. Mai 1993 - II ZR 36/92, ZIP 1993, 1160, 1162).

In diesem Teil des geltend gemachten Schadens wird im Schrifttum ein den Kläger treffender mittelbarer Schaden gesehen, der sich nur als "Reflex" des bei der Aktiengesellschaft eingetretenen Schadens darstelle. Aus diesem Grunde sei der Kläger nicht berechtigt, insoweit die Leistung von Schadenersatz für sich in Anspruch zu nehmen (Schick, ZIP 1991, 938, 940; Schöne, WM 1992, 209, 213 f.; vgl. auch Dreher, ZHR 157 (1993), 151, 153, Fn. 7).

Diese Überlegungen treffen im Ausgangspunkt zu: Wird einer Aktiengesellschaft ein Schaden zugefügt, hat das zur Folge, daß dadurch der innere Wert der Aktien um den Schadenbetrag gemindert werden kann. Erleidet der einzelne Aktionär auf diese Weise einen Schaden, stellt sich dieser lediglich als "Reflex" des bei der Aktiengesellschaft eingetretenen Schadens dar. Der Aktionär hat insoweit grundsätzlich keinen Anspruch darauf, einen Ausgleich durch Leistung in sein Privatvermögen geltend zu machen (vgl. §§ 117 Abs. 1 Satz 2, 317 Abs. 1 Satz 2 AktG und dazu BGHZ 94, 55, 58; BGH, Urt. v. 10. November 1986 - II ZR 140/85, ZIP 1987, 29, 32; zur stillen Gesellschaft vgl. Urt. v. 29. Juni 1987 - II ZR 173/86, ZIP 1987, 1316, 1318; zu den Auswirkungen einer Schädigung des Gesellschaftsvermögens auf den Wert des Gesellschaftsanteils vgl. Kowalski, Der Ersatz von Gesellschafts- und Gesellschafterschaden, 1990, S. 47 ff., 107 ff.; Mertens in FS Hermann Lange, 1992, S. 561, 569).

Dabei ist es unerheblich, ob der Gesellschaft gegen den Schädiger ein eigener Schadenersatzanspruch zusteht oder nicht. Der Grundsatz der Kapitalerhaltung und der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens hat zur Folge, daß der Ge-

sellschafter den Ausgleich eines an dem Gesellschaftsvermögen entstandenen Schadens nur durch Leistung an die Gesellschaft beanspruchen kann (BGH, Urt. v. 10. November 1986 - II ZR 140/85, ZIP 1987, 29, 32 f. m.w.N.; Brandes in FS Fleck, 1988, S. 13, 17; Mertens in FS Hermann Lange, 1992, S. 561, 570 f.). Obwohl der G[redacted] AG, wie bereits ausgeführt, selbst kein Schadenersatzanspruch zusteht, weil der Beklagte für die Verletzung einer Treupflicht einzustehen hat, die den von ihm bei der Stimmrechtsausübung vertretenen Aktionären nicht gegenüber der Gesellschaft, sondern gegenüber den übrigen, für die Sanierung im Sinne des Verwaltungsvorschlages eingetretenen Aktionären, zu denen der Kläger gehört, oblag, und weil daher nur diese, nicht aber die Gesellschaft einen Anspruch darauf hatten, daß die Sanierung nicht verhindert würde, kann der Kläger grundsätzlich nur Zahlung an die Gesellschaft, nicht aber an sich selbst verlangen. Die Eröffnung des Konkursverfahrens ändert daran nichts: In diesem Falle ist der Schadenersatzbetrag in die Konkursmasse zu leisten (unzutreffend Schick, ZIP 1991, 938, 940). Erforderlichenfalls sind noch nicht befriedigte Forderungen an die Konkursmasse im Wege der Nachtragsverteilung (§ 166 KO) zu erfüllen. Eine Leistung an den Gesellschafter selbst ist erst dann zulässig, wenn der geltend gemachte Betrag zur vorrangigen Befriedigung der Gläubiger nicht mehr benötigt wird (Brandes in FS Fleck aaO, S. 20; zur Pfändung einer Einlageforderung vgl. Sen.Urt. v. 15. Juni 1992 - II ZR 229/91, ZIP 1992, 992, 993 m.w.N.). Dazu hat das Berufungsgericht - aus seiner Sicht zu Recht - bisher keine Feststellungen getroffen. Das ist, soweit bei der Ge-

sellschaft und dem Kläger ein Schaden entstanden ist und eine Schadenersatzpflicht des Beklagten festgestellt wird, nachzuholen.

B.

Zu Recht hat das Berufungsgericht eine Haftung des Beklagten unter dem Gesichtspunkt des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter abgelehnt. Die von der Revision dagegen geltend gemachten Bedenken greifen nicht durch.

I.

Als Grundlage für eine derartige Haftung kommt ein Auftragsverhältnis im Sinne der §§ 662 ff. BGB in Betracht. Das Berufungsgericht geht zu Recht davon aus, daß zwischen dem Beklagten und den Aktionären, die ihn mit der Ausübung des Stimmrechtes auf der Hauptversammlung vom 3. Februar 1989 beauftragt haben, ein Rechtsverhältnis dieser Art zustande gekommen ist.

Die Revision meint, dieses Auftragsverhältnis entfalte Schutzwirkungen zugunsten der Aktionäre, die den Beklagten nicht bevollmächtigt hätten. Bei Verletzung dieser sich aus dem Vertrag ergebenden Schutzpflichten hafte der Beklagte gegenüber diesen Aktionären aus dem Auftrag. Zur Begründung ihrer Ansicht beruft sie sich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu dem "Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter". Danach wird ein am Vertrage nicht beteiligter Dritter dann in die sich aus einem Vertrage ergebenden Sorgfalts- und Schutzpflichten einbezogen, wenn ihm die Leistung

nach dem Inhalt des Vertrages bestimmungsgemäß zugute kommen soll (vgl. u.a. BGHZ 49, 278, 280; 61, 227, 233 f.; BGH, Urt. v. 7. Februar 1976 - VIII ZR 44/75, NJW 1976, 1843, 1844; Urt. v. 26. November 1986 - IVa ZR 86/85, NJW 1987, 1758, 1759; Urt. v. 7. November 1984 - VIII ZR 182/83, NJW 1985, 489) oder die Umstände des Einzelfalles ansonsten konkrete Anhaltspunkte für den Parteiwillen ergeben, dem Schutz- und Sicherheitsbedürfnis des Dritten Rechnung zu tragen (vgl. u.a. BGHZ 69, 82, 86 f.; 96, 9, 17).

II.

Eine solche Haftung kommt für den Stimmrechtsvertreter nicht in Betracht. Zwar hat die mit der Ausübung des Stimmrechts durch einen Aktionär bevollmächtigte Person von dem Stimmrecht in gleicher Weise in den durch die Treupflicht gesteckten Grenzen Gebrauch zu machen wie es der Auftraggeber als Aktionär tun müßte, wenn er selbst abstimmen würde. Das ist bereits ausgeführt worden. Dennoch kann daraus nicht die Schlußfolgerung gezogen werden, daß den Beklagten bei Verletzung dieser Verpflichtung eine selbständige Schadenersatzpflicht gegenüber den an der Hauptversammlung beteiligten Aktionären trifft, die ihm keine Stimmrechtsvollmacht erteilt und in der Hauptversammlung anders abgestimmt haben als der Beklagte. Zwar mögen diese Aktionäre den Gefahren und Risiken, die das mit dem Beklagten abgeschlossene Auftragsverhältnis und die Erfüllung der daraus folgenden Pflicht mit sich bringen, in gleicher Weise ausgesetzt sein wie die Auftraggeber selbst (vgl. zu diesem Erfordernis BGHZ 49, 350, 354; 70, 327, 329; MüKo/Gottwald, BGB, 3. Aufl., § 328 Rz. 87; Palandt/Heinrichs, BGB, 54. Aufl.,

§ 328 Rz. 16). Jedoch kann für diesen Personenkreis - von der Frage seiner Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit einmal abgesehen (zu diesen Bedenken vgl. Schick, ZIP 1991, 938, 939) - bei objektiver Wertung der die Beteiligten berührenden Interessen kein Schutzbedürfnis festgestellt werden. Das kann allerdings nicht ohne weiteres daraus gefolgert werden, daß die Annahme einer generellen Drittschutzwirkung deswegen von vornherein sinnwidrig sei, weil es gerade um die Durchsetzung von Rechten gegen anders votierende Mitgesellschafter gehe (so aber Henssler, ZHR 157 (1993), S. 91, 109 f.; Schöne, WM 1992, 209, 211; Lutter, EWiR § 135 AktG 1/91, S. 849, 850; Hammen, ZBB 1993, 239, 244; Schick, ZIP 1991, 938, 939; Heermann, ZIP 1994, 1243, 1248). Auch bei bestehender Gegenläufigkeit der Interessen von Auftraggeber und Drittem kann im Einzelfall die Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages geboten sein (BGH, Urt. v. 26. November 1986 - IVa ZR 86/85, NJW 1987, 1758, 1759; Urt. v. 18. Oktober 1988 - IX ZR 12/88, WM 1989, 375, 377 m.w.N.; vgl. auch Nehls, Die gesellschaftsrechtliche Treupflicht im Aktienrecht, 1993, 167). Ferner kann ein Schutzbedürfnis im vorliegenden Falle nicht mit der Erwägung verneint werden, eine allgemeine Pflicht des Vertragspartners, Rechte des Dritten nicht zu beeinträchtigen, reiche zur Begründung von Schutzpflichten nicht aus (so Schöne, WM 1992, 209, 211 unter Berufung auf MüKo/Gottwald, BGB, 3. Aufl., § 328 Rz. 89). Denn unter den Aktionären besteht nicht nur eine - sich aus dem Gesetz ergebende - allgemeine Verpflichtung, bestimmte Rechte Dritter nicht zu verletzen (zu einem derartigen Fall vgl. OLG Köln VersR 1984, 340), vielmehr werden ihre Beziehungen untereinander durch das in einer Gesellschaft bestehende Mitgliedschaftsverhältnis geprägt, aus dem

besondere, auf dieses Rechtverhältnis bezogene und seinem Inhalt entsprechende Pflichten (Treupflichten) der Mitglieder der Gesellschaft untereinander hervorgehen.

Die Schutzbedürfigkeit des Dritten entfällt jedoch dann, wenn ihm gegen den Gläubiger ein eigener Schadenersatzanspruch zusteht (BGHZ 70, 327, 330; MüKo/Gottwald aaO, § 328 Rz. 92; Soergel/Hadding, BGB, 12. Aufl., Anh. § 328 Rz. 16; Palandt/Heinrichs aaO, § 328 Rz. 18; Henssler, ZHR 157 (1993), S. 91, 110 f.; Hammen, ZBB 1993, 239, 244). Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Falle erfüllt. Wie bereits ausgeführt, trifft auf jeden Fall die Aktionäre, die ihre Stimme mit dem Ziel einer einheitlichen Stimmabgabe einem "Stimmrechtsbündler" anvertrauen, eine Treupflicht, deren Verletzung in bestimmten Grenzen eine Schadenersatzpflicht auslöst. Nur eine derartig begrenzte Schadenersatzpflicht träfe - bei Bestehen eines Schutzbedürfnisses - auch den Beklagten.

Die Tatsache, daß eine Haftung der Aktionäre deswegen nicht durchsetzbar ist, weil der Beklagte als Stimmrechtsvertreter im Namen dessen, den es angeht, gehandelt hat, zwingt nicht zu einer anderen Beurteilung. Denn dieser Umstand führt dazu, daß der Beklagte anstelle seiner anonymen Auftraggeber entsprechend dem Rechtsgedanken des § 179 Abs. 1 BGB auf Leistung von Schadenersatz haftet.

Die Frage, ob diese Beurteilung auch auf den Fall der sog. Zufallssperrminderheit zutrifft, kann auch hier offenbleiben. Ihre Beantwortung hängt davon ab, ob die Aktionäre

als Auftraggeber auch in einem solchen Falle einer Treupflicht unterliegen und demgemäß aus Verletzung der Treupflicht haften. Das steht hier nicht zur Entscheidung an.

C.

Der Beklagte haftet auch nicht nach den Grundsätzen, die für eine Eigenhaftung des Vertreters aus culpa in contrahendo entwickelt worden sind.

I.

Diese Haftung setzt - über das angebahnte Rechtsverhältnis von Vertretenem und Vertragsgegner hinaus - entweder die Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens durch den Vertreter voraus, die insbesondere dann vorliegt, wenn er dem Verhandlungsgegner eine zusätzliche, von ihm persönlich ausgehende Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Erklärungen geboten hat, die für den Willensentschluß des anderen Teils bedeutsam gewesen ist, oder es muß ein wirtschaftliches Eigeninteresse des Vertreters an dem Zustandekommen des Rechtsverhältnisses vorliegen (vgl. zu beiden Kriterien BGH, Urt. v. 1. Juli 1991 - II ZR 180/90, ZIP 1991, 1140, 1142; zur Einschränkung der Haftung des Geschäftsführers einer GmbH wegen wirtschaftlichen Eigeninteresses vgl. BGH, Urt. v. 6. Juni 1994 - II ZR 292/91, ZIP 1994, 1103, 1104 ff.). Liegen bei der Anbahnung von Vertragsverhandlungen derartige, für eine Haftung des Vertreters maßgebende Umstände nicht vor, scheidet dessen Inanspruchnahme durch den Verhandlungsgegner aus.

II.

Im Schrifttum wird eine Eigenhaftung des Stimmrechtsvertreters für den Fall befürwortet, daß der Bevollmächtigte im Hinblick auf seine Einschaltung in die zwischen den Aktionären bestehende Sonderrechtsverbindung zur Wahrnehmung von Rechten aus diesem Rechtsverhältnis eingesetzt wird und aus seiner Vertreterposition atypische Einwirkungsmöglichkeiten erhält, über die der Vertretene nicht verfügt und die der Vertreter zu eigenen Zwecken nützt (Henssler, ZHR 157 (1993), S. 91, 114 ff.). Bündele ein Stimmrechtsvertreter eine Vielzahl von Stimmen und erreiche er dadurch eine besondere Einflußmöglichkeit, wie z.B. eine Sperrminorität, durch die er auf die Rechtsposition der von ihm nicht vertretenen Aktionäre in einer Weise einwirken könne, die seinen Auftraggebern als Einzelaktionären nicht möglich sei, und setze er diese Einflußposition dann ein, um eigene Ziele und Interessen - wie hier die Verhinderung eines in bestimmtem Umfang zu Lasten der Aktionäre gehenden Sanierungskonzeptes - durchzusetzen, werden die genannten Voraussetzungen als gegeben angesehen. In diesem Fall soll bei pflichtverletzendem Verhalten die Haftung wie bei der Inanspruchnahme besonderen Vertrauens oder bei Vorliegen eines wirtschaftlichen Eigeninteresses im Rahmen einer Vertragsanbahnung den Vertreter treffen (Henssler aaO, S. 116 f.).

Auch diesem Haftungsmodell kann für den vorliegenden Fall nicht gefolgt werden. Es ist bereits im einzelnen dargelegt worden, daß bei der zur Erreichung eines gemeinsamen Sachzieles vorgenommenen Stimmrechtsbündelung die dem Einfluß entsprechende Treupflicht die Aktionäre, nicht aber den

Stimmrechtsvertreter trifft, auch wenn man der Vorstellung von einer wirkungsbezogenen Treupflicht im Sinne Drehers nicht folgt, sondern sie an Gegenstand und Inhalt der jeweiligen Verpflichtung mißt. Da diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind, scheidet eine Haftung des Beklagten als Stimmrechtsvertreter aus.

Ob das - wie bereits im Rahmen der Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erörtert - dann anders zu entscheiden ist, wenn sich eine Antrags- oder Sperrminorität nicht sachbezogen und gezielt, sondern zufällig bildet, kann hier offenbleiben.

D.

Das Berufungsgericht hat eine Haftung des Beklagten wegen sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) abgelehnt.

Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis mit Erfolg. Sie rügt, das Berufungsgericht habe auch diese Ausführungen auf den Inhalt des nicht zu den Akten gelangten Tonbandprotokolls gestützt. Auch hier hat das Berufungsgericht Umstände verwertet, die nicht zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden sind (§ 128 Abs. 1 ZPO). Aus diesem Grunde durften sie im Berufungsurteil weder in Bezug genommen noch bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden.

Das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung zur Haftung nach § 826 BGB die Ausführungen einer Reihe von Teilnehmern der Hauptversammlung zugrunde gelegt. Auf diese Äußerungen stützt das Berufungsgericht seine Überzeugung, daß sich die

Beteiligten noch um eine angemessene Lösung der Sanierungsfrage bemüht haben, so daß der Beklagte nicht sittenwidrig gehandelt habe.

Auch hier kann nicht davon ausgegangen werden, daß dem Kläger die Einzelheiten der berücksichtigten Beiträge auf andere Weise im Prozeß bekannt geworden sind. Denn ihr Inhalt ist nur äußerst knapp und sporadisch in dem als Anlage F 1 zur Berufungserwiderung eingereichten Schriftsatz wiedergegeben worden (S. 18 f.; 23 f.). Dem Kläger ist damit keine genaue und umfassende Beurteilung der Beiträge möglich, auf die das Berufungsgericht seine Ausführungen gestützt hat.

E.

Aus den vorstehenden Gründen war das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Soweit der Senat eine Haftung des Beklagten entsprechend § 179 Abs. 1 BGB revisionsrechtlich bejaht hat und auch eine solche nach § 826 BGB nicht ausgeschlossen erscheint, wird das

Berufungsgericht - gegebenenfalls nach Ergänzung des Sachvortrages durch die Parteien - noch die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben. Soweit nach der Sachlage geboten, gilt das auch für die Frage des Reflexschadens und die Schadenhöhe.

Boujong Röhricht Dr. Henze

Dr. Goette Dr. Greger