

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

AktG 1965 §§ 221 Abs. 3, 235; AGBG 23

- a) Die mitgliedschaftliche Beteiligung an einer AG kann nur durch Aktien, nicht jedoch durch andere Berechtigungen wie Genußscheine eingeräumt werden.

Den Inhabern von Genußscheinen können auch keine Rechte gewährt werden, die Ausfluß der mitgliedschaftlichen Stellung der Aktionäre sind (z.B. Stimmrecht, Recht der Erhebung einer Anfechtungsklage).

- b) Genußrechte, die gekündigt werden können und im Falle der Liquidation der Gesellschaft in Höhe des Ausgabebetrages im Range vor den Aktionären zurückgezahlt werden müssen, sind nicht aktiengleich ausgestaltet.
- c) Genußscheinbedingungen unterliegen der Inhaltskontrolle nach dem AGBG, da sich Genußrechte in einem bestimmten geldwerten Anspruch erschöpfen und darin ihr Charakter als schuldrechtliches Gläubigerrecht zum Ausdruck kommt. Soweit sie aktienähnlich ausgestaltet sind, unterliegen sie einer an aktienrechtlichen Normen und Grundsätzen ausgerichteten Inhaltskontrolle.
- d) Ist nach den Genußscheinbedingungen die Herabsetzung des

Genußkapitals an die Herabsetzung des Grundkapitals gekoppelt und erfolgt die Herabsetzung nicht wegen endgültig feststehender, sondern nur wegen drohender künftiger Verluste, für die Rückstellungen in der Bilanz gebildet worden sind, und können spätere Rückstellungen aufgelöst werden, weil die befürchteten Verluste nicht eingetreten sind, lebt das Genußrecht weder in der anteiligen Höhe wieder auf noch kann der Genußrechtsinhaber dessen Auffüllung verlangen. Er hat jedoch in ergänzender Vertragsauslegung einen Anspruch auf Auszahlung des anteilig auf das Genußkapital und sein Genußrecht entfallenden Betrages.

- e) Die Gesellschaft trifft aufgrund des Genußrechtsvertrages in gewissem Umfang die Pflicht, für die Erhaltung und den Schutz der Genußrechte (des Genußrechtskapitals) zu sorgen. Verletzt sie diese Pflicht durch eine Geschäftstätigkeit, die dem in der Satzung festgelegten Unternehmensgegenstand nicht entspricht oder die kaufmännisch schlechthin unseriös und verantwortungslos ist, haftet sie dem Genußrechtsinhaber auf Schadenersatz.
- f) Das Grundkapital kann durch eine Kapitalherabsetzung vollkommen beseitigt werden, wenn gewährleistet ist, daß durch eine gleichzeitig durchgeführte Kapitalerhöhung der für die Gründung erforderliche Mindestnennbetrag wieder erreicht wird.

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 172/91

Verkündet am:
5. Oktober 1992
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit



Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juli 1992 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Dr. Hesselberger, Dr. Henze, Dr. Goette und Gerber

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 10. Mai 1991 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage auf Zahlung von 67.500,-- DM nebst Zinsen (Hilfsantrag IV) sowie auf Feststellung der Verpflichtung abgewiesen worden ist, Ausschüttungsbeträge auszusahlen.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die K. & Co. Kommanditgesellschaft a. A., geriet im Jahre 1988 durch spekulative Termingeschäfte mit Rohöl in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten, obwohl sie in anderen Unternehmenbereichen sehr günstige Ergebnisse erzielte. Um die eingetretenen und noch zu erwartenden Verluste abzudecken, beschloß ihre Hauptversammlung am 21. November 1988, alle Gewinnrücklagen einschließlich der Sonderposten mit Rücklagenanteil sowie das Agio des Genußkapitals (insgesamt ca. 161 Mio. DM) aufzulösen, das Grundkapital, das 270,3 Mio. DM betrug, auf 100,-- DM herabzusetzen und zugleich unter Ausschluß des Bezugsrechts der Kommanditaktionäre um 250 Mio. DM zu erhöhen. Die Kommanditgesellschaft auf Aktien wurde auf der Grundlage der Umwandlungsbilanz zum 30. September 1988 in die Beklagte, eine Aktiengesellschaft, umgewandelt.

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten hatte im Oktober 1986 Genußscheine zu einem Nominalwert von 100 Mio. DM mit einem Agio von 35,-- DM pro 100,-- DM Nennwert ausgegeben. § 7 Abs. 1 der zugrundeliegenden Genußscheinbedingungen (GB) bestimmt, daß im Falle der Herabsetzung des Grundkapitals, die ausschließlich dem Ausgleich von Wertminderungen und der Deckung sonstiger Verluste dient, im gleichen Verhältnis und zu entsprechenden Bedingungen zugleich der Gesamtgrundbetrag des Genußkapitals herabgesetzt ist. Diese Wirkung hat die Herabsetzung des Grundkapitals nach § 7 Abs. 2 GB allerdings nur, wenn zuvor die freien Rücklagen, die gesetzliche Rücklage und das Agio des Genußkapi-

tals, das seinerseits erst nach Auflösung der Rücklagen zum Verlustausgleich herangezogen werden darf, zum Zwecke des Verlustausgleichs aufgelöst worden sind. In einer Veröffentlichung vom 24. November 1988 gab die Beklagte die Herabsetzung des Genußkapitals auf 37,-- DM bekannt, zog den Restbetrag ein und erklärte die Genußscheine für kraftlos.

In der Folgezeit konnten die Verluste vor allem durch Verhandlungen über verlustträchtige Kontrakte und eine von den ungünstigen Prognosen abweichende Entwicklung der Ölpreise erheblich niedriger gehalten werden, als bei Durchführung der Sanierungsmaßnahmen angenommen. Auf entsprechende Rückstellungen brauchte nicht zurückgegriffen zu werden. Ihre Höhe wird von der Beklagten per 31. Dezember 1989 mit ca. 144 Mio. DM angegeben. Mit Rücksicht auf diese Entwicklung bot die Beklagte den Genußscheininhabern pro Nennbetrag von 100,-- DM eine Abfindungssumme von 112,-- DM an. Das entsprach der letzten vor Bekanntwerden der Krise bestehenden Notierung der Genußscheine an der Börse.

Der Kläger hat das Abfindungsangebot für einen Nominalbetrag von 50.000,-- DM nicht angenommen. Er hält die insbesondere in § 7 GB getroffene Regelung für unwirksam, weil die Genußscheinbedingungen als Versuch der Umgehung der §§ 139 ff. AktG nichtig seien. Sie hielten auch einer Kontrolle nach dem AGBG nicht stand. Er meint, die Beklagte sei aus diesen Gründen verpflichtet, ihm die nach § 4 GB zu berechnende Ausschüttung zu gewähren und ihm nach Kündigung der Genußscheine den Nominalbetrag zuzüglich Agio zurückzahlen. Auf jeden Fall treffe die Beklagte unter Schadenersatzgesichtspunkten die Verpflichtung, das Genußkapital aus

den künftigen Jahresüberschüssen bis zur Höhe von je 100,-- DM wieder aufzufüllen und ihm von diesem Zeitpunkt an die Ausschüttungsbeträge wieder auszuzahlen. Hilfsweise sei die Beklagte verpflichtet, die Auffüllung aus den anteilig auf ihn entfallenden Gewinnbeträgen vorzunehmen und im Anschluß daran die Ausschüttungsbeträge auszuzahlen. Auf jeden Fall habe die Beklagte das Genußkapital in dem Verhältnis der aufgelösten zu den getätigten Rückstellungen wieder aufzufüllen. Sollte diesen Anträgen nicht entsprochen werden, verlangt der Kläger die Zahlung von 67.500,-- DM (Nominalwert zuzüglich Agio) nebst Zinsen ab Klageerhebung.

Landgericht und Berufungsgericht (Urteil veröffentlicht in ZIP 1991, 1070) haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Er hat klargestellt, daß - sollte seinem Hauptantrag und seinen auf Wiederauffüllung gerichteten Hilfsanträgen nicht entsprochen werden - neben den Anspruch auf Zahlung von 67.500,-- DM nebst Zinsen ab Klageerhebung (Hilfsantrag IV) der in dem Hilfsantrag II enthaltene Antrag auf Feststellung des Schadens treten soll, der ihm dadurch entsteht, daß infolge der Herabsetzung des Genußkapitals Ausschüttungen gemäß § 4 GB nicht mehr vorgenommen werden.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet, soweit ihr der Hauptantrag und die auf Wiederauffüllung sowie Ausschüttung gerichteten Hilfsanträge des Klägers zugrundeliegen. Im Hinblick auf den geltend gemachten Zahlungsanspruch sowie das

Begehren auf Feststellung des Bestehens einer weitergehenden Schadenersatzpflicht (modifizierter Hilfsantrag IV) führt sie zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

I.

Die Revision ist der Meinung, der Genußkapitalgrundbetrag sei nicht wirksam herabgesetzt worden. Die Vorschrift des § 7 Abs. 1 GB stelle die Genußrechte insoweit den Aktien gleich, als deren Inhaber ebenso wie Aktionäre am Verlust der Gesellschaft durch Kapitalherabsetzung beteiligt seien. Da die Emission aktiengleicher Genußrechte zum Zwecke der Eigenkapitalbeschaffung als Umgehung der zwingenden Vorschriften der §§ 139 ff. AktG nach § 134 BGB nichtig sei, müsse die Koppelungsklausel des § 7 Abs. 1 GB als nichtig angesehen werden. Das habe zur Folge, daß das Genußkapital trotz Herabsetzung des Eigenkapitals unverändert geblieben sei. Dieser Ansicht der Revision kann nicht gefolgt werden.

Die von der Rechtsvorgängerin der Beklagten ausgegebenen Genußrechte sind nicht wegen Verstoßes gegen zwingende aktienrechtliche Vorschriften nichtig.

1. Inhalt und Begriff des Genußrechtes sind allerdings gesetzlich nicht näher geregelt. Bei seiner Ausgestaltung im einzelnen sind die Vertragsparteien daher weitgehend frei (vgl. Stellungnahme der Bundesregierung v. 5. Oktober 1984 - BTDrucks. 10/2079 S. 8 = DB 1984, 2448; Krieger in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, AktG,

1988, § 63 Rdn. 28, S. 685). Es ist jedoch unbestritten, daß die mitgliedschaftliche Beteiligung an einer Aktiengesellschaft gegen Einlagen nicht durch Berechtigungen wie Genußscheine, sondern nur durch die Gewährung von Aktien eingeräumt werden kann (vgl. nur Lutter in KK z. AktG, 1985, § 221 Rdn. 66 f.; Hirte, ZIP 1988, 477 f.). Das Genußrecht ist, wie der Senat bereits früher ausgesprochen hat, kein gesellschaftsrechtlich geprägtes Mitgliedschaftsrecht, sondern ein Recht, das sich in einem bestimmten geldwerten Anspruch erschöpft (Sen.Urt. v. 5. März 1959 - II ZR 145/57, WM 1959, 434, 436; vgl. dazu ferner Feddersen/Knauth, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 2. Aufl. 1992, S. 17 m.w.N.; Ernst, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 1963, S. 92; Emde, Der Genußschein als Finanzierungsinstrument, 1987, S. 7 ff.; ders. BB 1988, 1214; allg. zur Rechtsnatur von Genußrechten Rid-Niebler, Genußrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung für die GmbHG, 1989, S. 10 ff.). Trotz dieses formal schuldrechtlichen Charakters kann das Genußrecht nicht nur obligationsähnlich, sondern auch aktienähnlich ausgestaltet sein (Vollmer/Lorch, ZBB 1992, 44, 49), d.h., es kann vermögensrechtlich Rechte und Pflichten enthalten, die denen entsprechen, die nach dem Gesetz an die Inhaberschaft der Aktie geknüpft sind. Die mit der Aktie verbundenen, auf der Mitgliedschaft beruhenden Mitverwaltungsrechte gewährt es nicht. Daraus wird hergeleitet, die Angleichung der Genußrechte an die aktienrechtliche Beteiligung könne letztlich dazu führen, daß der Geschäftsführung Eigenkapital zur Verfügung stehe, das in keiner Weise mehr der Kontrolle durch die Kapitalgeber unterworfen sei. Das könne zu einer erheblichen Risikoerhöhung für die

Kapitalanlage führen, die umso größer sei, je mehr Eigenkapital auf diese Weise finanziert werde. Das Gesetz lasse zwar die Beschaffung von Eigenkapital durch Aktien, die kein Stimmrecht gewähren, gegen Ausstattung mit einem nachzuzahlenden Vorzug bei der Gewinnverteilung zu (§ 139 Abs. 1 AktG), trage den vorstehenden Bedenken jedoch dadurch Rechnung, daß es den Aktionären mit Ausnahme des Stimmrechts nicht nur alle Rechte belasse (§ 140 Abs. 1 AktG), sondern auch eine Verbindung zwischen Vorzug und Stimmrecht herstelle (§ 140 Abs. 2, § 141 Abs. 4 AktG) und die Höhe des über stimmrechtslose Vorzugsaktien zu finanzierenden Eigenkapitals beschränke (§ 139 Abs. 2 AktG). Diese Regelung, die eine Beschaffung von Eigenkapital über Aktien, die nicht stimmberechtigt sind, einschränkt, wird als zwingend angesehen. Sie soll eine Finanzierung von Eigenkapital über andere, den Vorzugsaktien gleiche Beteiligungen ausschließen (vgl. § 23 Abs. 5 AktG; Reuter, Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages, 1984, S. B 24, 25 f.; Habersack, ZHR 1991, 378, 384 ff.; Schäfer, WM 1991, 1941, 1942 f.; Th. Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 2. Aufl., § 17 Rdn. 20, S. 209; weitergehend Hirte, ZIP 1988, 477, 478 ff.; ders. ZIP 1991, 1461 f.; gegen Hirte zutreffend Gehling, WM 1992, 1093, 1099). Demgegenüber wird geltend gemacht, es handle sich um ein Forderungsrecht sui generis, für das kein Umgehungsverbot, sondern allgemeine Vertragsfreiheit bestehe (Albach, Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages, 1984, S. K 9, 29 ff.; Clausen, AG 1985, 77, 78 f.; Schwark, Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages, 1984, S. K 107; U. H. Schneider, FS Goerdeler, 1987, S. 511, 513 f.).

2. Unterschiedlich beantwortet wird von den Befürwortern des Umgehungsverbotes die weitere Frage, wann ein Genußrecht aktiengleich ausgestaltet ist. Zwar wird dafür die Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös für unabdingbar gehalten (Reuter aaO Verhandlungen ... S. B 25 f.; ders. AG 1985, 104, 105; ders. FS Stimpel 1985, 645, 654 f.; Habersack aaO S. 387; Schäfer aaO S. 1943; Rid-Niebler aaO S. 5). Auch wird eine aktiengleiche Ausgestaltung dann verneint, wenn die Genußrechtsinhaber entweder in Höhe des Nenn- oder Ausgabewertes des Genußkapitals vor den Aktionären am Liquidationserlös beteiligt werden (Reuter, FS Stimpel aaO S. 655; ders. NJW 1984 aaO S. 1851; Habersack aaO S. 387; Schäfer aaO S. 1943). Die Gewährung einer gewinnunabhängigen Mindestverzinsung wird jedoch unterschiedlich beurteilt (Beseitigung der Aktiengleichheit: Reuter, FS Stimpel aaO, S. 655; keine Beseitigung: Habersack aaO S. 387; alleinige Gewinnabhängigkeit führt nicht zur Aktiengleichheit: Schäfer, aaO S. 1943).

Ob die in § 4 Abs. 1 GB vorgesehene Ausschüttung, zu der auch eine Mindestausschüttung von 5 % p.a. des Grundbetrages der Genußscheine gehört, als aktiengleiche Ausgestaltung angesehen werden kann, braucht ebensowenig entschieden zu werden wie die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Umgehung der §§ 139 ff. AktG vorliegt. Denn nach § 9 Abs. 1 GB können die Genußscheine zum Ablauf von 20 Jahren gekündigt werden. Nach § 9 Abs. 5 GB sind die Genußscheine im Falle der Liquidation vorbehaltlich der Wirkungen einer zuvor wirksam gewordenen Herabsetzung des Genußkapitals mit dem Ausgabebetrag im Range vor den Aktionären zurückzuzahlen. Wegen dieser Besserstellung der Genuß-

rechte gegenüber der Aktie sind diese nicht aktiengleich ausgestaltet (vgl. Krieger, aaO § 63 Rdn. 30). Unter diesen Umständen kann von einer Umgehung der §§ 139 ff. AktG nach keiner der vertretenen Ansichten ausgegangen werden. Eine Nichtigkeit des § 7 Abs. 1 GB ist somit nicht gegeben.

II.

Entgegen der Ansicht der Revision ist § 7 Abs. 1 GB auch nicht wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG unwirksam.

1. Genußscheinbedingungen sind als allgemeine Geschäftsbedingungen anzusehen. Sie unterliegen einer Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz (Reuter, AG 1985, 104; ders. FS Stimpel aaO S. 653; Rid-Niebler aaO S. 83; Hammen, Betriebsberater 1990, 1917, 1918; Th. Raiser aaO § 17 Rdn. 19; Hachenburg/Goerdeler/Müller, GmbHG, 8. Aufl., Anh. § 29 Rdn. 28). Zwar findet das AGB-Gesetz nach dessen § 23 Abs. 1 u.a. keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts. Davon werden jedoch Verträge über die Gewährung von Genußrechten nicht umfaßt, da sie keine gesellschaftsrechtlich geprägten Mitgliedschaftsrechte sind, sondern sich in einem bestimmten geldwerten Anspruch erschöpfen und darin ihr Charakter als schuldrechtliches Gläubigerrecht zum Ausdruck kommt (vgl. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 6. Aufl., § 23 Rdn. 21 a; Hachenburg/Goerdeler/Müller aaO Anh. § 29 Rdn. 28; Hammen aaO S. 1918; Hirte ZIP 1991, 1461, 1464; auch Horn in Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 2. Aufl., § 23 Rdn. 75). Soweit sie aktienähnlich ausgestaltet sind, unterliegen sie auch einer an aktienrechtlichen Normen und Grundsätzen ausge-

richteten Inhaltskontrolle (vgl. Horn in Wolf/Horn/Lindacher aaO; Vollmer/Lorch, ZGR 1983, 445, 465; Reuter, NJW 1984 aaO S. 1952; Rid-Niebler aaO S. 119; U. H. Schneider, ZGR 1978, 1, 10).

2. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot, der den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen und damit zur Unwirksamkeit der nachteiligen Bestimmung führen kann (BGHZ 106, 42, 49 ff. m.w.N.; 112, 115, 117 m.w.N.), liegt nicht, wie die Revision meint, darin, daß der durchschnittliche Anleger in Genußscheinen auch im Falle einer durch bloße Rückstellungen veranlaßten Kapitalherabsetzung mit dem Verlust des sich aus § 9 Abs. 4 GB ergebenden Rückkaufwertes seiner Genußscheine rechnen müsse und er das nicht erkennen könne. Treu und Glauben verpflichten den Verwender von AGB zwar, die Rechte und Pflichten seiner Vertragspartner überschaubar und möglichst klar darzustellen (Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 6. Aufl., § 9 Rdn. 83). Dabei ist nicht auf die Erkenntnismöglichkeit des einzelnen Vertragspartners oder auf das Verständnis einer mit besonderen Fachkenntnissen ausgestatteten Person, sondern auf die Verständnismöglichkeit des typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden abzustellen (BGHZ 106, 42, 49; 112, 115, 118). Für den durchschnittlichen Erwerber der ausgegebenen Genußscheine stellt § 7 Abs. 1 GB aber hinreichend klar, daß im Falle einer Grundkapitalherabsetzung, die dem Ausgleich von Wertminderungen oder zur Deckung sonstiger Verluste dient, das Genußkapital in gleichem Umfange wie das Grundkapital herabgesetzt wird. Aus der Regelung ist deutlich zu ersehen, daß

die Herabsetzung des Genußkapitals an die Herabsetzung des Grundkapitals gekoppelt ist. Ob und in welchem Umfange das Grundkapital herabzusetzen ist, beantwortet sich ebenso nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (§§ 229 ff. AktG) wie die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfange Verluste eingetreten sind. Aus dem Gesetz (§§ 231 ff. AktG, insbes. auch § 92 AktG betreffend die Pflichten des Vorstandes bei Verlust, Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit) ergibt sich, daß diese Einzelheiten auf der Grundlage einer Bilanz festzustellen sind. Diese ist nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung aufzustellen (§ 243 Abs. 1 HGB). § 249 Abs. 1 HGB schreibt konkret vor, daß für ungewisse Verbindlichkeiten und für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften in der Bilanz Rückstellungen gebildet werden müssen. Es ist daher eindeutig und klar erkennbar, daß diese für die Entscheidung, ob und in welcher Höhe eine Herabsetzung des Grundkapitals - und nach § 7 Abs. 1 GB des Genußkapitals - vorzunehmen ist, maßgebend sind.

3. Die Revision ist weiterhin der Auffassung, § 7 Abs. 1 GB stelle eine unangemessene Benachteiligung der Genußrechtsinhaber dar, weil sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen werde, nicht zu vereinbaren sei (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG). Einmal dürften obligatorische Forderungsrechte durch eine Kapitalherabsetzung nicht berührt werden, zum anderen dürfe es nicht in der Entscheidungsmacht des Schuldners liegen, das Forderungsrecht eines Gläubigers zu beseitigen, ohne daß dieser darüber mitzubefinden habe.

a) Die von der Revision angesprochenen rechtlichen Gesichtspunkte träfen dann zu, wenn es sich bei dem Genußkapital um reines Fremdkapital handeln würde, für das als Grundlage der gesetzlichen Regelung die Vorschriften über das Schuldrecht in Betracht kämen. Das ist aber nicht der Fall. Vielmehr handelt es sich im vorliegenden Fall um Genußrechte mit Eigenkapitalcharakter. Denn die Genußscheininhaber sind verpflichtet, der Gesellschaft das Genußkapital in der Weise zur Verfügung zu stellen, daß es bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen wie Eigenkapital haftet. Zutreffend weist die Revisionserwiderung darauf hin, daß mit der Bezeichnung des Genußrechtes als "geldwerter Anspruch" (Sen.Urt. v. 5. März 1959 aaO) bzw. "schuldrechtliches Gläubigerrecht, das inhaltlich die typischerweise Aktionären zustehenden Vermögensrechte und -pflichten zum Gegenstand haben könne" (Feddersen/Knauth aaO S. 15 m.w.N.; Ernst aaO S. 92; Emde aaO S. 7 ff.; ders. BB 1988, 1214; Rid-Niebler aaO S. 10 ff.), nicht der Grundgedanke einer gesetzlichen Regelung für obligatorische Rechte umschrieben, sondern lediglich eine Abgrenzung von gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen ("gesellschaftsrechtlich geprägten Mitgliedschaftsrechten") vorgenommen wird. Da Begriff und Inhalt des Genußrechtes gesetzlich nicht geregelt sind, ist sein Leistungsinhalt im einzelnen vertraglich festzulegen. Nach § 3 Abs. 2 GB nimmt der Genußscheininhaber u.a. nach näherer Maßgabe des § 7 am Verlust der Gesellschaft teil. Die Beteiligung am Verlust einer Kapitalgesellschaft ist wesentliches Merkmal des - im Wege mitgliedschaftlicher Beteiligung - zur Verfügung gestellten Eigenkapitals. Soweit eine solche Verlustbeteiligung zum Gegenstand einer - nicht mitgliedschaftlichen - Vereinbarung über Genußrech-

te gemacht wird, legen die Parteien im Rahmen der ihnen durch das Gesetz gewährten Gestaltungsfreiheit ihren Hauptleistungsinhalt fest. Dieser besteht im Hinblick auf die Verlustbeteiligung darin, daß insoweit das Genußkapital wie Eigenkapital als Haftungsmasse zur Verfügung gestellt wird. Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung, die sich im Rahmen der von Gesetz und Recht gewährleisteten Freiheit vertraglicher Gestaltung bewegen, unterliegen nach § 8 AGBGB keiner Inhaltskontrolle (Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen aaO § 8 Rdn. 1, 6 f., 21; BGH, Urt. v. 26. Mai 1986 - VIII ZR 229/85, NJW 1986, 2574, 2575; abweichend Hachenburg/Goerdeler/Müller aaO Anh. § 29 Rdn. 28 m.w.N. in Fn. 63). Die in § 7 Abs. 1 GB an die Herabsetzung des Grundkapitals gekoppelte Herabsetzung des Grundbetrages des Genußkapitals ist lediglich eine Folge dieser Leistungsumschreibung, nach der das Genußkapital u.a. im Hinblick auf die Verlustbeteiligung bei Kapitalherabsetzung nicht als Fremdkapital in Form eines Darlehens, sondern als Eigenkapital zur Verfügung gestellt wird.

b) Die Art und Weise, in der das Genußkapital herabgesetzt wird, gehört jedoch nicht mehr zu dem einer Inhaltskontrolle entzogenen Hauptleistungsinhalt. Die Revision hat insoweit zu Recht die Frage aufgeworfen, ob den Genußscheininhabern bei der Herabsetzung des Genußkapitals Mitwirkungs- und Kontrollrechte eingeräumt werden müssen. Das unterliegt der an aktienrechtlichen Normen und Grundsätzen ausgerichteten Inhaltskontrolle. Die Frage kann jedoch für den vorliegenden Fall nicht bejaht werden.

Maßnahmen und Entscheidungen der emittierenden Gesellschaft können allerdings die vertraglich begründeten Genußrechte nicht einseitig aufheben oder abändern. Das Genußkapital, dem partiell Eigenkapitalcharakter zukommt, unterliegt mit Rücksicht auf seine vertragliche Grundlage und seinen gläubigerrechtlichen Charakter ebensowenig der einseitigen gesellschaftsrechtlichen Disposition wie Genußkapital, das materiell ausschließlich die Funktion von Fremdkapital erfüllt (Vollmer ZGR 1983, 454, 461; Emde, Der Genußschein als Finanzierungsinstrument, 1987, S. 93; Ernst aaO S. 185; ders. AG 1967, 75, 80). Diese Voraussetzungen sind hier aber nicht gegeben. Die der Begebung der Genußscheine zugrundeliegenden Genußscheinbedingungen sehen die Genußkapitalherabsetzung ausdrücklich vor und regeln sie in § 7 Abs. 1 GB.

c) Fraglich kann demnach nur sein, ob es der in bezug auf die Verlustbeteiligung durch Herabsetzung des Genußkapitals partiell vereinbarte Eigenkapitalcharakter unabdingbar macht, daß den Genußscheininhabern insoweit bestimmte, den Gesellschaftern zustehenden Mitwirkungsrechte eingeräumt werden. Auch das ist zu verneinen. Die den Aktionären zustehenden Mitwirkungsrechte sind Ausfluß ihrer mitgliedschaftlichen Beteiligung an der Aktiengesellschaft. Den Genußscheininhabern kommt eine solche mitgliedschaftliche Stellung nicht zu (Krieger aaO § 63 Rdn. 26; Th. Raiser aaO § 17 Rdn. 21; Hachenburg/Goerdeler/Müller aaO Anh. § 29 Rdn. 2, 9). Sie erschöpft sich formal in einer schuldrechtlichen Gläubigerstellung und materiell in einer teilweisen vermögensrechtlichen Haftungsbeteiligung in der Gesellschaft. Ihnen ist unter diesen Umständen ein Eingriff in

das innere Gefüge der Aktiengesellschaft durch Mitwirkung an Entscheidungen der Hauptversammlung verwehrt (Thielemann, Das Genußrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung, 1988, S. 126 f.). Die vertragliche Einräumung eines Stimmrechts an die Genußberechtigten ist nicht zulässig (Rid-Niebler aaO S. 51; Ernst, AG 1967, 75, 80; Krieger aaO § 63 Rdn. 26; Th. Raiser aaO § 17 Rdn. 21).

Auch das Anfechtungsrecht des Aktionärs gegen Beschlüsse der Gesellschaft beruht auf seiner mitgliedschaftlichen Stellung. Es ist als Instrument zur Kontrolle der Recht- und Gesetzmäßigkeit des Organhandelns einer Kapitalgesellschaft ausgestaltet und in die Hände der Gesellschafter gelegt (BGHZ 107, 296, 308). Es erscheint bedenklich, ein solches nicht nur den Interessen des einzelnen Aktionärs, sondern den wohlverstandenen Gesamtbelangen der Aktiengesellschaft dienendes Kontrollinstrument außenstehenden Dritten zugänglich zu machen, und sei es auch nur zur Wahrung ihrer stark begrenzten Interessen (so aber Hirte, ZIP 1988, 477, 489; Vollmer/Lorch aaO S. 49 f.). Da die Genußscheininhaber den Aktionären nur in stark eingeschränktem Maße haftungsmäßig gleichgestellt, im übrigen aber - wenn auch im Range nach den anderen Gläubigern - der Gesellschaft als Fremdgläubiger gegenüberstehen, besteht die Gefahr, daß die Anfechtungsklage nicht zur Wahrung berechtigter eigener Belange und zur Kontrolle des Handelns der gesellschaftlichen Organe, sondern in erhöhtem Maße funktionswidrigen Eigeninteressen dienstbar gemacht wird. Ferner ist zu bedenken, daß die Erweiterung des Anfechtungsrechts auf Genußscheininhaber einen Eingriff in die Mitgliedsrechte und Mitgliedsstellung der Aktionäre darstellen

würde, der ohne gesetzliche Regelung nicht zulässig erscheint (im Ergebnis ablehnend auch Rid-Niebler aaO S. 55 ff.; Krieger aaO § 63 Rdn. 26, S. 684; Th. Raiser aaO § 17 Rdn. 21). Ein Vergleich mit der Stellung der Aktionäre stimmrechtsloser Vorzugsaktien, denen ein Anfechtungsrecht zusteht (§ 140 Abs. 1 AktG), kann deshalb nicht vorgenommen werden, weil diese mit Ausnahme des Stimmrechts alle Rechte, aber auch Pflichten haben, die mit der Stellung als Aktionär verbunden sind. Den Genußrechtsinhaber treffen derartige Pflichten, bei denen er dem Aktionär gleichgestellt ist, nur in sehr begrenztem Maße. Im übrigen gehen seine Rechte denen der Aktionäre vor (vgl. § 3 Abs. 2 u. § 7 Abs. 1 einerseits u. § 3 Abs. 3 GB andererseits).

Es wird zwar für möglich gehalten, den Genußscheininhabern ein Recht auf Teilnahme an der Hauptversammlung (Thielemann aaO S. 131 ff., 178 ff.; Ernst, AG 1967, 75, 80; Krieger aaO § 63 Rdn. 26, S. 684) oder Informationsrechte (Emde aaO S. 189 ff.; Feddersen/Knauth aaO S. 80 ff.; Ernst aaO; Krieger aaO) einzuräumen. Derartigen Befugnissen kommt jedoch, wenn überhaupt, nur eine geringfügige eigenständige Bedeutung für die Wahrnehmung eigener Rechte zu. Sie erlangen ihre Bedeutung erst im Zusammenhang mit den Mitverwaltungsrechten, deren sachgemäßer Ausübung sie in der Regel als Hilfsrechte (z.B. Auskunftsrecht) dienen. Der Umstand, daß die Genußscheinbedingungen das Recht auf Teilnahme an der Hauptversammlung bzw. Informationsrechte nicht gewähren, führt nicht dazu, daß die Rechtsstellung der Genußscheininhaber mit wesentlichen Grundgedanken des Aktienrechts als unvereinbar angesehen werden müßte.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß die Beschränkung der Rechtsstellung der Genußscheinhaber entsprechend § 3 Abs. 1 der Genußscheinbedingungen mit wesentlichen Grundgedanken des Aktienrechts nicht als unvereinbar angesehen werden kann.

4. Die Revision hält wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, für so stark eingeschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet sei (§ 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBGB). Sie meint, die Gesellschaft könne den Rückzahlungsbetrag manipulieren, weil im Falle der Kündigung dem Genußscheininhaber nach § 9 Abs. 4 GB nach Durchführung einer Kapitalherabsetzung nur der aus der Zusammenlegung folgende Betrag zurückzuzahlen sei. Gerade die Gesellschaft kurz vor Eintritt der Kündigungsmöglichkeit in die Krise, könne sie ihr Kapital herabsetzen und die Genußscheininhaber mit dem herabgesetzten Genußkapitalbetrag abspeisen. Das mag zwar im Ansatz zutreffen. Die Revisionserwiderung hält dem jedoch zu Recht entgegen, daß die Herabsetzung des Genußkapitals von dem Eintritt eines Verlustes abhängig ist und sich derartige Situationen nicht nach Belieben manipulieren lassen. Ferner muß man berücksichtigen, daß den Genußscheininhabern als Ausgleich eine Mindestausschüttung gewährt wird, auf welche die Aktionäre keinen Anspruch haben. Da sich eine Verschlechterung der Ertragssituation der Gesellschaft bis hin zu Verlusten in der Regel über einen längeren Zeitraum entwickelt - der vorliegende Fall mit dem plötzlichen Eintritt kurzfristiger Spekulationsverluste ist atypisch - und somit auch über einen längeren Zeitraum gewinnmindernd oder gewinnbeseitigend auswirkt, haben die Hauptlast dieser Ent-

wicklung die Aktionäre zu tragen, denen keine Mindestausschüttung garantiert werden kann. Sie haben im Gegensatz zu den Genußscheininhabern keine Ausschüttungsansprüche, die in die nächsten Geschäftsjahre - insoweit auch wieder gewinnmindernd für die Aktionäre - übertragen werden. Der von der Revision aufgezeigte Nachteil wird im wesentlichen durch diesen Vorteil kompensiert.

III.

Die Revision hält die in § 7 Abs. 1 getroffene Regelung dann nicht für anwendbar, wenn das Grundkapital der Gesellschaft auf Null herabgesetzt oder die Herabsetzung nur mit Rücksicht auf Rückstellungen, nicht aber wegen endgültig feststehender Verluste vorgenommen worden ist. Entgegen der Ansicht der Revision ist dem Berufungsgericht, das den gegenteiligen Standpunkt vertritt, zu folgen.

1. Die von der Rechtsvorgängerin der Beklagten durchgeführte Kapitalherabsetzung auf 100,-- DM kann nicht, wie die Revision meint, als eine der Verschmelzung oder Umwandlung wirtschaftlich vergleichbare Maßnahmen im Sinne des § 10 der Genußscheinbedingungen gewertet werden, die zur Folge habe, daß das Genußkapital erhalten geblieben sei. § 10 GB ist ersichtlich an der Vorschrift des § 347 a AktG orientiert, nach der im Rahmen einer Verschmelzung die übernehmende Gesellschaft u.a. den Inhabern von Genußscheinen der übertragenden Gesellschaft gleichwertige Rechte zu gewähren hat. Die Bestimmung überträgt diesen Rechtsgedanken auch auf die Umwandlung. Soweit ferner "wirtschaftlich vergleichbare Maßnahmen" in die Regelung einbezogen werden,

ist offensichtlich an die Fälle des Abschlusses von Unternehmensverträgen, der Eingliederung, der Aufspaltung sowie der Abspaltung und Ausgliederung von Unternehmensteilen gedacht.

Die Herabsetzung des Genußkapitals nach § 7 Abs. 1 GB ist an die Herabsetzung des Grundkapitals nach § 229 Abs. 1 AktG - beschränkt auf die Fälle des Ausgleichs einer Wertminderung oder der Deckung sonstiger Verluste - gekoppelt. Damit ist hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, daß die für die Durchführung einer Kapitalherabsetzung maßgebenden Voraussetzungen auch für die Herabsetzung des Grundkapitals gelten sollen. Nach § 228 AktG kann das Grundkapital auch unter den Mindestnennbetrag des § 7 AktG herabgesetzt werden, sofern die Herabsetzung mit einer Kapitalerhöhung verbunden ist, durch die der Mindestnennbetrag wieder erreicht wird. In dieser Regelung kommt als gesetzliche Wertung zum Ausdruck, daß es bis zur völligen Beseitigung des Grundkapitals keine Grenze dafür gibt, in welcher Höhe die Herabsetzung vorgenommen wird, wenn gewährleistet ist, daß durch eine gleichzeitig durchgeführte Kapitalerhöhung der für die Gründung erforderliche Mindestnennbetrag wieder erreicht wird. Gegen die Ansicht der Revision spricht ferner, daß eine Grenze unterhalb des Mindestnennbetrags des § 7 AktG und oberhalb von Null vom Gesetz nicht genannt wird und auch nur willkürlich festgesetzt werden könnte. Sie könnte sich als für eine an den wirtschaftlichen Bedürfnissen der Aktiengesellschaft ausgerichtete, erfolgsversprechende Sanierung in vielen Fällen als hinderlich erweisen.

Auch der Hinweis der Revision, eine der Verschmelzung und Umwandlung vergleichbare wirtschaftliche Maßnahme sei deswegen gegeben, weil sich der Vermögensträger der Gesellschaft dadurch geändert habe, daß die alten Aktionäre ausgeschieden und neue Kapitalgeber eingetreten seien, geht fehl. Zutreffend weist die Revisionserwiderung darauf hin, daß das nicht eine Folge der Kapitalherabsetzung, sondern der Kapitalerhöhung ist, weil durch sie allein der Fortbestand der Gesellschaft gewährleistet wird. Ob die Interessen der Genußscheininhaber dadurch hätten gewahrt werden können und müssen, daß auch das Genußkapital entsprechend dem Grundkapital wieder aufgestockt würde, braucht hier nicht weiter vertieft zu werden, weil ein solches Begehren von dem Kläger nicht geltend gemacht wird.

Die Revision kann ihre Ansicht auch nicht auf § 3 Abs. 3 GB stützen, wonach die Rechte der Inhaber von Genußscheinen Vorrang vor den Rechten der Aktionäre der Gesellschaft haben. Das betrifft nicht den Fall der Verlustbeteiligung im Sinne des § 3 Abs. 2 GB, von dem die Herabsetzung des Genußkapitals umfaßt wird. Insoweit stehen, wie die Revisionserwiderung zutreffend hervorhebt, Grund- und Genußkapital gleichrangig nebeneinander.

2. Fehl geht schließlich auch die Ansicht der Revision, daß eine Herabsetzung des Genußkapitals nur wegen endgültiger und nicht wegen nur drohender Verluste erfolgen könne. Aus § 249 Abs. 1 Satz 1 HGB ergibt sich, daß für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften Rückstellungen zu bilden sind. Wie die Revision selbst einräumt, können Rückstellungen dazu führen, daß die Bilanz, in die sie einge-

stellt werden, einen Verlust ausweist und daß wegen eines solchen ausgewiesenen Verlustes das Grundkapital herabgesetzt werden kann. Daß der in § 7 Abs. 1 GB verwendete Begriff "sonstige Verluste" - abweichend von dem Verständnis des Bilanzrechtes - im Falle der Herabsetzung des Genußkapitals nur "endgültig eingetretene" Verluste und nicht "drohende Verluste" erfassen soll, kann im Hinblick auf die zum Teil wörtliche Übernahme der in § 229 Abs. 1 AktG getroffenen Regelung und die auf dieser Grundlage an die Herabsetzung des Grundkapitals vorgenommene Ankoppelung der Herabsetzung des Genußkapitals nicht angenommen werden.

Ob und in welchem Rahmen den Genußscheininhabern ein Ausgleich zu gewähren ist, wenn sich nach der Herabsetzung von Grund- und Genußkapital herausstellt, daß ganz oder teilweise die Verluste in Höhe der vorgenommenen Rückstellungen nicht eingetreten sind, braucht an dieser Stelle nicht weiter erörtert zu werden.

IV.

Die Revision hält die Beklagte für verpflichtet, das Genußkapital im Verhältnis der aufgelösten zu den tatsächlich vorgenommenen Rückstellungen wieder aufzufüllen. Bei der Entscheidung über die Kapitalherabsetzung werde die Hauptversammlung bei der vorliegenden Vertragsgestaltung zugleich treuhänderisch für die Genußscheininhaber tätig. Stelle sich nach der Beschlußfassung heraus, daß die zugrunde gelegten Umstände nicht eingetreten seien, so sei

die Geschäftsgrundlage für den Beschluß entfallen und das Genußkapital müsse dementsprechend wieder aufgefüllt werden. Dem kann nicht gefolgt werden.

1. Entgegen der Ansicht der Revision können die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht angewandt werden. Eine Kapitalherabsetzung, die gemäß § 229 Abs. 1 AktG zum Zwecke der Abdeckung von Verlusten vorgenommen wird, kann auch, wie bereits ausgeführt, dann durchgeführt werden, wenn diese Verluste erst künftig einzutreten drohen, in Höhe dieser drohenden Verluste gemäß § 249 Abs. 1 HGB Rückstellungen in der Bilanz zu bilden sind und die dadurch eingetretene Situation zur Überschuldung der Gesellschaft führt oder diese sonst in wirtschaftliche Schwierigkeiten bringt. Erweist sich später, daß die Verluste in der angenommenen Höhe nicht eingetreten sind und werden die Rückstellungen in dieser Höhe aufgelöst, ist der Betrag entsprechend § 232 AktG in die Kapitalrücklage (§ 266 Abs. 3 A II HGB) einzustellen. Diese Vorschrift ergänzt die Bestimmung des § 230 AktG. Beide Vorschriften sollen die Auszahlung der entsprechenden Beträge an die Aktionäre verhindern; sie dienen dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger (Lutter in KK aaO § 230 Rdn. 2; § 232 Rdn. 2; Schilling in GroßKomm. z. AktG, 3. Aufl., § 230 Anm. 1; § 232 Anm. 1). Die Kapitalherabsetzung kann auf keinen Fall rückgängig gemacht werden.

Nach § 7 Abs. 1 GB ist die Herabsetzung des Genußkapitals an die Herabsetzung des Grundkapitals gekoppelt. Infolge dieser Koppelung ist auch die Herabsetzung des Genußkapitals bei lediglich künftig drohenden Verlusten gegeben.

Die enge Verknüpfung von Grundkapitalherabsetzung und Herabsetzung des Genußkapitals und die Übereinstimmung ihrer Voraussetzungen zeigen, daß auch die Herabsetzung des Genußkapitals in dem Falle endgültig sein sollte, daß Rückstellungen für drohende Verluste in der Bilanz enthalten sind. Das folgt zudem aus § 7 Abs. 4 u. 5 GB über die Durchführung und Bekanntgabe der Herabsetzung des Genußkapitals. Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, die Bestimmung könne nur dahin verstanden werden, die Herabsetzung des Genußkapitals gelte lediglich für den Fall, daß Verluste auch tatsächlich eingetreten seien.

2. Die von der Revision erhobene Forderung nach anteiliger Wiederauffüllung der Genußrechte wird auch aus den Vorschriften der §§ 216 Abs. 3 u. 347 a AktG abgeleitet (Hirte, ZIP 1991, 1461, 1466 f.; vgl. auch Hachenburg/Goerdeler/Müller aaO Anh. § 29 Rdn. 16). Diesen Vorschriften sei der allgemeine Rechtsgedanke zu entnehmen, daß der wirtschaftliche Inhalt gewinnabhängiger Rechte durch Kapitalmaßnahmen nicht beeinträchtigt werden dürfe. Auch mit dieser Begründung kann der geltend gemachte Anspruch nicht durchgreifen.

Nach § 216 Abs. 3 AktG wird der wirtschaftliche Inhalt vertraglicher Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten, die von der Gewinnausschüttung der Gesellschaft, dem Nennbetrag oder Wert ihrer Aktien oder sonst von den bisherigen Kapital- oder Gewinnverhältnissen abhängen, durch eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nicht berührt. Nach § 347 a AktG hat bei einer Verschmelzung die übernehmende Gesellschaft u.a. von der übertragenden Gesellschaft ausge-

gebene Genußscheine durch Gewährung gleichwertiger Rechte zu ersetzen. Der diesen Vorschriften zu entnehmende Rechtsgedanke, die mittelbare Beeinträchtigung gewinnabhängiger Rechte Dritter bei Grundlagenentscheidungen zu verhindern, trifft nicht auf den vorliegenden Fall zu, der die unmittelbare Beeinträchtigung des Genußscheinkapitals durch Herabsetzung zum Gegenstand hat, wie die Revisionserwiderung zutreffend hervorhebt. Auch wirtschaftlich sind die Sachverhalte nicht vergleichbar: Im Fall des § 216 Abs. 3 AktG soll verhindert werden, daß der wirtschaftliche Inhalt gewinnabhängiger Rechte Dritter durch eine Besserstellung der Aktionäre geschmälert wird. § 347 a AktG will verhindern, daß gewinnabhängige Rechte untergehen, ohne daß dafür eine Ausgleichsleistung gewährt wird, wie sie die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft für ihre Aktien erhalten. Im Falle der Kapitalherabsetzung auf Null verlieren Aktionäre und Genußscheingläubiger gleichermaßen ihre Rechte. Auch wenn man davon ausgeht, daß den Genußscheingläubigern der aus der Auflösung der Rückstellungen entstandene wirtschaftliche Vorteil anteilig erhalten bleiben sollte, könnte das, wie das Berufungsgericht erwogen hat, allein in der Weise erreicht werden, daß entsprechend der Kapitalerhöhung neue Genußrechte mit einem proportionalen Agio an die alten Genußscheingläubiger ausgegeben werden (vgl. dazu Vollmer/Lorch aaO S. 47; Claussen, AG 1991, 441, 442; Hammen, JWIR § 9 AGBGB 22/91, S. 843, 844; Schäfer, WM 1991, 1941, 1944; Emde, DB 1989, 209, 213; vgl. auch Hachenburg/Goerdeler/Müller aaO Anh. § 29 Rdn. 16). Die Genußscheinbedingungen sehen in § 6 Abs. 1 bei Erhöhung des Grundkapitals eine verhältnismäßige Erhöhung des Genußkapitals vor, das den Genußscheininhabern nach § 6 Abs. 2 GB grundsätzlich ein

Bezugsrecht gewährt. Ob im vorliegenden Falle von dieser Möglichkeit hätte Gebrauch gemacht werden müssen, braucht nicht entschieden zu werden, weil, wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat, der Klage ein solches Rechtsbegehren nicht zugrunde liegt.

V.

Nach den vorstehenden Ausführungen stehen dem Kläger für die Zeit nach Herabsetzung des Genußkapitals vertragliche Ansprüche nach § 4 GB (Anspruch auf Ausschüttung bis zur erstmals zulässigen Kündigung des Genußkapitals) und § 9 Abs. 1 GB (Rückzahlung des Genußkapitals nach Kündigung) ebensowenig zu wie Ansprüche aus Vertrag darauf, das Genußkapital aus künftigen Jahresüberschüssen der Beklagten bzw. künftigen auf die Genußscheine des Klägers entfallenden Gewinnen wieder aufzufüllen sowie - nach Auffüllung - Ausschüttungen nach § 4 GB vorzunehmen. Der Kläger hat jedoch einen vertraglichen Anspruch auf Auszahlung des Betrages, der sich aus dem Verhältnis der aufgelösten zu den tatsächlich vorgenommenen Rückstellungen ergibt, soweit dieser auf das Genußkapital entfällt und dem Anteil der von dem Kläger noch gehaltenen Genußscheine entspricht.

1. Ergibt sich bei Aufstellung der Jahresbilanz für das Geschäftsjahr, in dem der Beschluß über die Herabsetzung des Grundkapitals gefaßt worden ist, oder für eines der beiden folgenden Geschäftsjahre, daß u.a. Verluste in der angenommenen Höhe tatsächlich nicht eingetreten sind, ist der Unterschiedsbetrag in die Kapitalrücklage (§ 266 Abs. 3 A II HGB) einzustellen (§ 232 AktG). Diese Vor-

schrift ergänzt die in § 230 AktG getroffene Regelung, nach der die aus der Auflösung von Kapital- und Gewinnrücklagen sowie der Kapitalherabsetzung gewonnenen Beträge den Aktionären nicht ausgezahlt, sondern nur für bestimmte, im Gesetz genannte Zwecke verwandt werden dürfen. Beide Vorschriften dienen, wie bereits ausgeführt, dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger.

2. Die Genußscheinbedingungen enthalten keine Regelung darüber, wie mit den aus der Auflösung von Rückstellungen freigewordenen Beträgen zu verfahren ist, die darauf beruht, daß Verluste nicht in der angenommenen Höhe eingetreten sind. § 7 Abs. 1 GB, der in Anlehnung an den Wortlaut des § 229 Abs. 1 AktG für die Herabsetzung des Genußkapitals den Eintritt bilanzieller Verluste genügen läßt, enthält keinen Hinweis darauf, daß die in § 232 AktG für die Herabsetzung des Grundkapitals geltende Regelung auf die Herabsetzung des Genußkapitals angewandt werden soll. Das kann auch nicht daraus geschlossen werden, daß § 7 Abs. 1 und 2 GB das Genußkapital dem Grundkapital haftungsrechtlich partiell gleichstellt, ihm im Umfang der Gleichstellung Eigenkapitalcharakter beizumessen ist und daß die sich aus § 232 AktG ergebenden Folgen notwendigerweise an diesen Rechtscharakter anknüpfen. Eine solche Argumentation würde einmal verkennen, daß dem Genußrecht ungeachtet dieser Gleichstellung kein mitgliedschaftsrechtlicher Charakter zukommt, an den sich der in § 232 AktG geregelte Tatbestand unabdingbar anschließen würde. Zum anderen beschränkt die vertragliche Regelung die Gleichstellung auf bestimmte Voraussetzungen der Herabsetzung und die Tatsache, daß bei Vorliegen dieser Voraussetzungen das Genußkapital herabge-

setzt ist. Weitergehende Umstände, die erst nach der Durchführung der Genußkapitalherabsetzung auftreten und die den für die Grundkapitalherabsetzung in § 232 AktG geregelten entsprechen, berücksichtigen die Genußscheinbedingungen nicht. Insoweit kann daher von einer Vertragslücke ausgegangen werden, die durch ergänzende Auslegung der Bedingungen unter Zugrundelegung eines objektiv-generalisierenden Maßstabes zu schließen ist, der sich am Willen und Interesse der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise auszurichten hat (BGHZ 90, 68, 73 ff.; 96, 18, 26; H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen aaO § 6 Rdn. 32; Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher aaO § 6 Rdn. 15, 18). Ausgangspunkt für die Ermittlung dieses Willens ist die Frage, auf welche Weise den Genußscheininhabern ein Ausgleich gewährt worden wäre, wenn die Möglichkeit bedacht worden wäre, daß Verluste in der angenommenen und für die Genußkapitalherabsetzung als maßgebend zugrundegelegten Höhe tatsächlich nicht eintreten würden. Einen Hinweis darauf, daß dieser Ausgleich in Form einer Barzahlung vorgenommen worden wäre, geben § 6 Abs. 3 GB über die Zahlung eines Ausgleichsbetrages für den Fall, daß die Genußscheininhaber das ihnen bei Erhöhung des Genußkapitals eingeräumte Bezugsrecht nicht ausüben können, weil die Aktionäre von ihrem gesetzlichen Bezugsrecht gemäß § 221 Abs. 4 Satz 1 AktG Gebrauch machen, und ferner § 7 Abs. 4 GB über den Barausgleich für Genußscheine, deren Einziehung zum Ausgleich von Spitzen erforderlich ist. Für die Bemessung des Betrages ist einmal die Höhe der Rückstellungsbeträge maßgebend, die aufgelöst worden sind, weil sie zum Ausgleich von Wertminderungen oder für die Abdeckung von Verlusten tatsächlich nicht benötigt worden sind. Auf die für die

Grundkapitalherabsetzung in § 232 AktG vorgenommene Beschränkung, die lediglich einen Mindestschutz der Gesellschaftsgläubiger gewährleisten soll, kann dabei nicht abgestellt werden, weil die Abwägung der Interessen von Gläubigern und Aktionären, die dieser gesetzlichen Regelung zugrundeliegt, nicht ohne weiteres auf das Verhältnis der Genußrechtsinhaber zu den Gesellschaftsgläubigern übertragen werden kann.

Es ist ferner zu berücksichtigen, daß die aus der Auflösung von Rückstellungen gewonnenen Beträge nicht allein den Genußscheininhabern zugute kommen können. Da Grund- und Genußkapital im Rahmen der Kapitalherabsetzung nach § 3 Abs. 2 und § 7-Abs. 1 GB gleichrangig zu behandeln sind, entfällt ein Teil der aufgelösten Beträge auf das alte Grundkapital von 270,3 Mio. DM. Würde man allerdings nur Genuß- und früheres Grundkapital berücksichtigen, würde dem Umstand nicht Rechnung getragen, daß zur Abwendung der Verluste in erheblichem Maße die Tatsache beigetragen hat, daß die Gesellschaft fortgeführt worden ist. Das war nur durch die Zuführung neuen Kapitals im Nominalwert von 250 Mio. DM möglich. Da nicht festgestellt werden kann, in welchem Maße die im einzelnen aufgeführten Faktoren dazu beigetragen haben, den Eintritt der angenommenen Verluste zu verhindern, erscheint es angemessen, die gewonnenen Beträge auf Genuß- und Grundkapital im Verhältnis 1 : (2,7 + 2,5 =) 5,2 aufzuteilen.

Das Berufungsgericht wird unter Berücksichtigung dieser Umstände die ergänzende Vertragsauslegung vornehmen und dazu gegebenenfalls die noch erforderlichen Feststellungen zu treffen haben.

VI.

Das Berufungsgericht hat Schadenersatzansprüche des Klägers gegen die Beklagte mit der Begründung abgelehnt, die Rechtsstellung des Klägers als Genußscheininhaber komme haftungsmäßig derjenigen eines Aktionärs gleich. Da diesem ein Schadenersatzanspruch gegen die Aktiengesellschaft nicht zustehe, könne auch der Kläger einen solchen Anspruch nicht durchsetzen. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

1. Zwar ist dem Berufungsgericht einzuräumen, daß die Genußrechtsinhaber nach § 3 Abs. 2 und § 7 Abs. 1 und 2 GB den Aktionären haftungsrechtlich insoweit zum Teil gleichgestellt sind, als das Grundkapital der Gesellschaft herabgesetzt wird. Allein diese Regelung macht jedoch die Genußrechte noch nicht zu aktiengleichen Rechten i.S. der §§ 139 ff. AktG. Davon könnte, wie bereits ausgeführt, nur dann ausgegangen werden, wenn - von der Frage der gewinnunabhängigen Mindestverzinsung nach § 4 Abs. 1 GB einmal abgesehen - das Kapital der Gesellschaft zeitlich unbegrenzt zur Verfügung gestellt und den Genußrechtsinhabern lediglich eine Beteiligung am Liquidationserlös der Gesellschaft gewährt werden müßte. Das ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr ist das Genußkapital gemäß § 9 Abs. 1 GB nach Ablauf von 20 Jahren kündbar. Nach § 3 Abs. 3 GB gehen die Rechte der Genußscheininhaber denen der Aktionäre vor. Zwar ist

die haftungsrechtliche Stellung der Genußrechtsinhaber derjenigen der Aktionäre dadurch angenähert, daß die Rechte der Gesellschaftsgläubiger Vorrang vor den Genußrechten haben. Das führt aber nicht dazu, daß die Genußrechtsinhaber den Aktionären haftungsrechtlich vollständig gleichgestellt sind. Vielmehr ist das Genußkapital durch den Rangrücktritt gegenüber den Gesellschaftsgläubigern und die im Verhältnis zu Fremdverbindlichkeiten lange Laufzeit von 20 Jahren lediglich in - wenn auch erheblich - höherem Maße risikobehaftet als das der übrigen Gläubiger.

2. Dem Genußrechtskapital kommt zwar Eigenkapitalcharakter zu, weil es haftungsrechtlich im Bereich der Kapitalherabsetzung dem Grundkapital teilweise angeglichen ist (§ 3 Abs. 2, § 7 Abs. 1 und 2 GB). Auch das rechtfertigt jedoch die vom Berufungsgericht vorgenommene Gleichstellung der Genußrechtsinhaber mit den Aktionären nicht.

Die rechtliche Stellung der Aktionäre in der Aktiengesellschaft bzw. der Kommanditaktionäre in der KGaA unterscheidet sich wesentlich von der Rechtsstellung, welche die Genußscheininhaber im vorliegenden Falle gegenüber der Gesellschaft einnehmen. Der Gesellschafter ist mitgliederschaftlich an der Gesellschaft beteiligt. Aufgrund dieser mitgliederschaftlichen Stellung geht er Verpflichtungen ein und erwirbt Rechte. Den Kapitalgesellschafter trifft als Hauptpflicht die Leistung der Einlage, die in Form gebundenen Kapitals als Haftungsgrundlage dient. Ihm stehen Mitverwaltungsrechte zu (zur Terminologie vgl. Th. Raiser aaO § 12 Rdn. 7 f.; K. Schmidt, GesR, 2. Aufl., § 19 III 3 c, S. 451 ff.; Wiedemann, GesR I, 1980, § 7 II, S. 365 ff.),

die ihm die Möglichkeit gewähren, zur Wahrung seiner Gesellschafterrechte - wie etwa der Vermögensrechte (vgl. dazu Th. Raiser aaO § 12 Rd. 9; K. Schmidt aaO) - oder - allgemein - seiner Beteiligungsinteressen Einfluß auszuüben. Obwohl es dem Aufsichtsrat obliegt, die Geschäftsführung des Vorstandes zu überwachen (§ 111 Abs. 1 AktG) und die Gesellschaft bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegenüber Vorstandsmitgliedern zu vertreten (§ 112 AktG; vgl. Sen.Urt. v. 13. Februar 1989 - II ZR 209/88, ZIP 1989, 497 = WM 1989, 637), ist der Gesellschafter in der Lage, durch Ausübung seiner Mitwirkungs- und Kontrollrechte (vgl. u.a. § 84 Abs. 3 Satz 2; § 119 Abs. 1 Nr. 1, 3; § 120 Abs. 2; § 131 Abs. 1; § 142 Abs. 1, 2; §§ 243 ff. AktG) auch darauf Einfluß zu nehmen. Er ist daher - wenn auch in begrenztem Maße - in der Lage, auf eine verantwortungsvolle Geschäftsleitung durch den Vorstand (§ 76 Abs. 1 AktG) hinzuwirken. Ferner hat er die Möglichkeit, durch Herbeiführung eines Hauptversammlungsbeschlusses oder des Begehrens einer Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, die Gesellschaft zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen zu verpflichten, die ihr u.a. gegenüber den Mitgliedern des Vorstandes zustehen, wenn diese bei der Geschäftsführung die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht beachtet haben (§ 147 Abs. 1; § 93 Abs. 1 und 2 AktG). Auf diese Weise kann der Aktionär einer Beeinträchtigung seiner vermögensrechtlichen Beteiligung, z.B. der Schmälerung seines Dividendenanspruchs oder des Wertes seiner Einlage entgegenwirken.

Diese Möglichkeit hat der Genußrechtsinhaber nicht. Dabei kann es auch hier dahingestellt bleiben, ob man ihm ein Recht auf Teilnahme an der Hauptversammlung bzw. Informationsrechte (vgl. dazu oben II. 3 c) oder ein Kontrollrecht entsprechend § 233 HGB (so Habersack, ZHR 155 [1991] aaO S. 395) einräumt. Diese Rechte bleiben ein "stumpfes Schwert", solange sie nicht durch das Stimmrecht, das Auskunftsrecht im Sinne des § 131 Abs. 1 AktG und das Anfechtungsrecht ergänzt werden können. Zwar hat der Genußrechtsinhaber aufgrund seiner Gläubigerstellung das Recht, gemäß § 93 Abs. 5 AktG den Ersatzanspruch der Gesellschaft entsprechend seiner Stellung nach den Genußscheinbedingungen (§ 3 Abs. 3 GB) geltend zu machen, soweit er von dieser keine Befriedigung erlangen kann. Dazu ist er jedoch zumindest insoweit nicht in der Lage, als das von ihm zur Verfügung gestellte Kapital haftungsrechtlich der Einlage der Gesellschafter gleichgestellt ist (§ 3 Abs. 2, § 7 Abs. 1 und 2 GB). In diesem Rahmen ist sein Genußrecht materiell nicht als Gläubigerrecht im Sinne des § 93 Abs. 5 AktG zu werten, vielmehr kommt ihm Eigenkapitalcharakter zu. Wird das Genußkapital entsprechend dem Grundkapital herabgesetzt, kann er demgemäß aus seiner Gläubigerposition heraus dagegen nichts unternehmen. Da ihm die Mitverwaltungsrechte eines Aktionärs ebenfalls nicht zustehen, aufgrund deren eine Beteiligung an der Entscheidung über die Herabsetzung des Kapitals und über die Geltendmachung möglicher Ausgleichsansprüche der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführungsorgan gewährleistet wäre, wäre er rechtswidrigen Einwirkungshandlungen schutzlos ausgesetzt. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Interessen zwischen Aktionären und Genußscheininhabern in aller Regel gleichgerich-

tet sein mögen, soweit Rechte durch Sorgfaltspflichtverletzungen des Vorstandes beeinträchtigt werden. Eine derartige Schutzlosigkeit der Genußscheininhaber widerspräche Inhalt und Zweck des zwischen dem Kläger und der K.

& Co. KGaA abgeschlossenen Begebungsvertrages über die Genußscheine.

3. Fraglich kann danach nur noch sein, in welchem Rahmen einem Genußrechtsinhaber Ersatz für Schäden zu leisten ist, die dieser durch die pflichtwidrige Geschäftsführung der zur Vertretung der K. & Co. KGaA berechtigten persönlich haftenden Gesellschafter erlitten hat.

a) Das Reichsgericht (RGZ 105, 236, 240 f.) hat eine Schadenersatzpflicht der Gesellschaft wegen einer Beeinträchtigung der Genußrechte grundsätzlich mit der Erwägung verneint, die Gesellschaft habe gegenüber dem Genußrechtsinhaber freie Hand, wie sie ihre Geschäfte führe und eine Dividende erwirtschafte. Eine Haftung komme erst dann in Betracht, wenn sie absichtlich zum Nachteil des Genußrechtsinhabers handle. Das Schrifttum ist dem Reichsgericht weitgehend gefolgt (Hachenburg/Goerdeler/Müller, GmbHG, 7. Aufl., Anh. § 29 Rdn. 25; Lutter in KK z. AktG, 1985, § 221 Rdn. 70; U. H. Schneider in FS Goerdeler, 1987, 511, 517; Vollmer, ZGR 1983 aaO S. 467 f.; Wunsch in FS Strasser, 1983 S. 871, 881; Flechtheim in Düringer/Hachenburg, HGB, 3. Aufl., Anh. § 179 AktG Anm. 8; G. Hueck in Baumbach/Hueck, GmbHG, 15. Aufl., § 29 Rdn. 89), wobei teilweise auf eine treu- und sittenwidrige Verkürzung der Genußrechte abgestellt wird (Hachenburg/Goerdeler/Müller

aaO; Lutter in KK z. AktG aaO; Vollmer, ZGR 1983 aaO; Wünsch aaO). Der Senat vermag diesen engen Standpunkt nicht zu teilen.

Der Genußrechtsvertrag ist als ein Dauerschuldverhältnis eigener Art anzusehen, da das Genußrecht auf wiederkehrende Leistungen gerichtet ist (Hachenburg/Goerdeler/Müller, GmbHG, 8. Aufl., Anh. § 29 Rdn. 3; Ernst aaO S. 122 ff.; ders. AG 1967, 75, 78 f.; Pougin, FS Oppenhoff, 1985, S. 275 ff.; Rid-Niebler aaO S. 80 ff.; Thielemann aaO S. 58 ff.; Wünsch aaO S. 879 ff.). Zutreffend wird darauf hingewiesen, daß sich die beiderseitigen Verpflichtungen aus einem derartigen Rechtsverhältnis nicht in den Hauptleistungspflichten - im wesentlichen Erbringung der versprochenen Geldleistung durch den Genußrechtsinhaber und Leistung der vereinbarten Gewinnbeteiligung durch die Gesellschaft - erschöpfen, sondern daß sich aus ihm auch weitere Schutz- und Verhaltenspflichten ergeben, deren Inhalt in der Wahrung der Rechte des anderen Vertragsteils und der Rücksichtnahme auf seine wohlverstandenen Interessen besteht (Habersack aaO S. 392 f. unter Hinweis auf RGZ 117, 379, 386; zu den Verhaltens- und Schutzpflichten allgemein vgl. MüKo-Roth, BGB, 2. Aufl., § 242 Rdn. 106 ff.; Palandt/Heinrichs, BGB, 51. Aufl., Einl. vor § 241 Rdn. 6 f.; § 242 Rdn. 24). Die Gesellschaft trifft demnach grundsätzlich die Pflicht, vertragswidrige Beeinträchtigungen des Genußkapitals zu unterlassen bzw. zu unterbinden. Verletzt sie diese Pflicht, kann eine Schadenersatzverpflichtung unter den nachfolgend erörterten Voraussetzungen aus positiver Vertragsverletzung entstehen.

Stellt der Genußscheininhaber der Gesellschaft Kapital mit der Maßgabe zur Verfügung, daß es haftungsrechtlich teilweise dem Einlagekapital gleichsteht, geht er von der dem Vertragspartner erkennbaren Erwartung aus, daß sich die Geschäfte der Gesellschaft im Rahmen des von der Satzung vorgegebenen Unternehmensgegenstandes bewegen. Ferner erwartet er, daß sein Kapital nicht durch eine Geschäftstätigkeit gefährdet wird, die schlechterdings kein seriöser Kaufmann durchführen würde. Es muß ihm einerseits bewußt sein, daß die Gesellschaft für ihre geschäftliche Tätigkeit und den damit verbundenen Einsatz des ihr zur Verfügung gestellten Kapitals gewisse unternehmerische Entscheidungsfreiheiten benötigt, die wirtschaftliche Risiken in sich tragen. Es würde die unternehmerische Entschlußfreudigkeit und Handlungsfähigkeit erheblich beeinträchtigen, wenn die Gesellschaft damit rechnen müßte, für jedes Versehen und jede Fehlentscheidung haftbar gemacht zu werden. Andererseits braucht der Genußrechtsinhaber nicht damit zu rechnen, daß sein Kapital durch Entscheidungen gefährdet wird, die schlechthin nicht gerechtfertigt werden können und zu deren Durchführung ein verantwortungsbewußt denkender und handelnder Kaufmann zu keiner Zeit bereit wäre. Es erscheint gerechtfertigt, den Genußrechtsinhabern für derartige Fälle einen Schadenersatzanspruch gegen die Gesellschaft aus positiver Vertragsverletzung zu gewähren. Das stellt einen angemessenen Ausgleich dafür dar, daß der Genußrechtsinhaber sein Kapital haftungsrechtlich teilweise wie Eigenkapital zur Verfügung stellt, ohne daß er Mitsprache- oder Mitverwaltungsrechte erhält und aufgrund dieser

Rechte einem verantwortungslosen Verhalten der Gesellschaftsorgane entgegentreten könnte (weitergehend Habersack aaO S. 397 ff.).

b) Auf den vorliegenden Fall übertragen heißt das folgende:

Das Genußrechtskapital stand nach § 3 Abs. 2 und § 7 Abs. 1 GB haftendem Eigenkapital gleich. Machte der Eintritt von Verlusten eine Herabsetzung des Grundkapitals erforderlich, so war daran in gleichem Verhältnis die Herabsetzung des Gesamtgrundbetrages des Genußkapitals gebunden, soweit zuvor die freien Rücklagen, die gesetzliche Rücklage und das Agio des Genußkapitals aufgelöst worden waren (§ 7 Abs. 2 GB). Da das Grundkapital praktisch auf Null herabgesetzt worden ist, ist nach § 7 Abs. 1 GB automatisch eine entsprechende Herabsetzung des Genußkapitals eingetreten. Der Kläger hat somit sein gesamtes Genußkapital verloren.

Unstreitig steht fest, daß die Kapitalherabsetzung durch Verluste erforderlich geworden ist, die durch Spekulationsgeschäfte auf dem Rohölmarkt entstanden sind. Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob derartige Geschäfte noch zu dem Gegenstand des Unternehmens gerechnet werden können, wie ihn § 3, insbesondere Nr. 3.6 der Satzung der Rechtsvorgängerin der Beklagten umschreibt. Sollten sie mit der Satzung vereinbar sein, wird es weiter prüfen müssen, ob solche Geschäfte von einem seriösen Kaufmann schlechterdings noch verantwortet werden können. Nach dem Vortrag des Klägers ist beides nicht der Fall.

Nach den Ausführungen des Klägers sind die Spekulationsgeschäfte von einem Prokuristen der K. & Co. KGaA mit Billigung des im einzelnen genau unterrichteten persönlich haftenden Gesellschafters C. P. H. getätigt worden. Er hat unter Darlegung von Einzelheiten behauptet, diese Geschäfte hätten außerhalb des Rahmens jeder kaufmännischen Gepflogenheit gestanden. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten habe in einer mit der Firma G. im Juni 1986 getroffenen Rahmenvereinbarung bewußt das gesamte Ausfallrisiko für die Termingeschäfte im eigenen Namen für eine Marktteilnehmerin übernommen, deren Kreditwürdigkeit von den übrigen Marktteilnehmern des Rohöl-Terminmarktes und den zuständigen Clearing-Stellen so niedrig eingeschätzt worden sei, daß sie wegen des hohen Ausfallrisikos für den Handel an den Terminmärkten selbst nicht zugelassen worden sei. Sicherheiten habe sich die Rechtsvorgängerin der Beklagten nicht geben lassen. Obwohl bereits im Sommer 1988 infolge des Verfalls der Rohölpreise immense Verluste entstanden seien, habe sie die entsprechenden Positionen offengelassen und darüber hinaus weitere Geschäfte in noch größerem Umfang abgeschlossen, um in der Art eines Roulettespielers durch immer höhere Einsätze die entstandenen Verluste im Vabanquespiel wieder auszugleichen. Als die Clearing-Stellen immer höhere Nachschüsse für die eingegangenen Kontrakte zum Ausgleich der eingetretenen Verluste verlangt hätten und das Verlustpotential schließlich einen Betrag von 700 Mio. DM erreicht habe, sei sie am 8. Oktober 1988 an die D. herangetreten, um ihre mögliche Zahlungsunfähigkeit zu offenbaren. Diese Terminkontrakte seien dann notwendig, wenn sie der Preisabsicherung der Verträge über physische Ware dienten. Sei das aber wie bei

der Rechtsvorgängerin der Beklagten nicht der Fall, stellen sie eine für einen ordentlichen Kaufmann verbotene Spekulationen insbesondere dann dar, wenn sie nur in Richtung fallender oder steigender Ölpreise betrieben würden. Von diesem Sachvortrag des Klägers ist mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts für die Revisionsinstanz auszugehen. Er erfüllt rechtlich die oben dargelegten Voraussetzungen für die Leistung von Schadenersatz.

Da es sich um ein pflichtwidriges Handeln eines Organs der Rechtsvorgängerin der Beklagten handelt, haftet diese dafür nach § 31 BGB. Diese Vorschrift ist auch auf eine Haftung aus Vertrag anwendbar (BGH, Urt. v. 6. Februar 1984 - II ZR 119/83, BGHZ 90, 92, 95). Sie wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Gesellschaft ihrerseits Schadenersatzansprüche gegenüber dem Organmitglied geltend machen kann (abweichend offenbar Mertens in KK z. AktG, 2. Aufl., § 76 Rdn. 74; § 93 Rdn. 170 f.).

3. Der Kläger möchte in erster Linie festgestellt wissen, daß die Beklagte verpflichtet ist, die Genußrechte aus den künftigen Jahresüberschüssen auf den jeweiligen Grundbetrag von 100,-- DM aufzufüllen und ihm vom Zeitpunkt der Auffüllung an die Ausschüttungsbeträge auszuzahlen (§ 249 BGB). Da, wie ausgeführt, die Herabsetzung des Genußkapitals wirksam geworden und die Rechtsvorgängerin der Beklagten die Genußscheine durch Veröffentlichung vom 24. November 1988 für kraftlos erklärt hat, könnte sie dem Begehren des Klägers nur dadurch nachkommen, daß sie neue Genußscheine ausgibt. Dazu bedarf es eines Beschlusses ihrer Hauptversammlung (§ 221 Abs. 1 u. 3 AktG). Die Entscheidung

darüber, ob und in welcher Höhe eine Gesellschaft Genußscheine ausgibt, bedarf einer gründlichen Prüfung, bei der vielfältige wirtschaftliche Gesichtspunkte und Überlegungen von Bedeutung sind. Es unterliegt daher erheblichen Bedenken, unter Eingriff in diese Entscheidungsautonomie der Hauptversammlung der Gesellschaft durch Gerichtsurteil eine derart weitreichende wirtschaftliche Maßnahme aufzuzwingen. Mit Rücksicht darauf erscheint es entsprechend § 251 Abs. 1 BGB geboten, die Schadenersatzpflicht auf eine Entschädigung in Geld zu beschränken.

Der Kläger kann daher Schadenersatz in Geld verlangen, soweit der aus der Auflösung von Rückstellungen freigewordene Betrag zur Erfüllung des von ihm geltend gemachten Zahlungsanspruches nicht ausreicht.

Durch die Herabsetzung des Genußkapitals hat der Kläger auch den Anspruch auf Gewinnausschüttung nach § 4 GB verloren. Grundsätzlich ist die Beklagte daher ferner verpflichtet, dem Kläger den aus diesem Anspruchsverlust entstandenen Schaden zu ersetzen, soweit eine Sorgfaltspflichtverletzung der Organe in dem oben dargelegten Sinne festgestellt wird.

VII.

Der Rechtsstreit war demnach, soweit dem Begehren des Klägers ein Zahlungs- und Schadenersatzanspruch zugrunde liegt, unter Aufhebung des Berufungsurteils an die Vorinstanz zurückzuverweisen, damit das Berufungsgericht - gege-

benenfalls nach ergänzendem Sachvortrag durch die Parteien - Gelegenheit erhält, die noch erforderlichen Feststellungen zu treffen.

Im übrigen war die Revision zurückzuweisen.

Boujong

Dr. Hesselberger

Dr. Henze

Dr. Goette

Gerber