

Gründe:

I. Die Kläger verlangen vom Beklagten Schadensersatz wegen der Verletzung von Pflichten im Zusammenhang mit dem Verkauf von Aktien.

Die Parteien hielten - gebunden durch einen Poolvertrag vom 01.04.1992 (Bl. 45 ff. d.A.), geändert durch Vereinbarung vom 27.11.1995 (Bl. 53 d.A.) - als Familienaktionäre die Mehrheit der Aktien der X. AG in Y. In dem Pool waren insgesamt 60,19 % aller Aktien der gebunden. Der Beklagte - der Neffe des Klägers zu 1 - hielt 16,93 %. Der Poolvertrag enthielt zum einen in § 4 die Verpflichtung zur einheitlichen Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung, zum anderen räumte er in § 5 Abs. 2 und 3 wechselseitige Vorkaufsrechte der Poolgesellschafter an den poolgebunden Aktien ein.

Am 09.08.1998 beschlossen die Poolgesellschafter bei einem Treffen auf dem Stuttgarter Flughafen mehrheitlich, dass der Kläger zu 1 in seiner Eigenschaft als Poolgeschäftsführer während eines annehmbaren Zeitraums mit einem dritten Unternehmen über eine Verschmelzung verhandeln solle, sofern sich das Unternehmen zu einem Erwerb der in dem Pool gebundenen Aktien verpflichte. Falls dies nicht möglich sei, könne der Kläger zu 1 mit einem Konkurrenten Verkaufsverhandlungen einleiten (K 5; italienisches Original Bl. 56 d.A.; deutsche Übersetzung Bl. 202 d.A.). Der Wohn- und Geschäftssitz des Klägers zu 1 lag damals im Bezirk des Landgerichts Tübingen.

Im Frühjahr 2001 trat der Kläger zu 1 mit der Z. in Verhandlungen über den Erwerb einer mehrheitlichen Beteiligung am Grundkapital der X. AG („Verkaufsverhandlungen 1. Phase“). Nachdem die Verkaufsverhandlungen fortgeschritten waren, verlangte der Kläger zu 1 von den übrigen Mitgliedern des Pools die Unterzeichnung einer Blankovollmacht, die ihn zum Verkauf ihrer Aktien legitimierte (B 1; vgl. Ziff. 4 des in englischer Sprache abgefassten Entwurfs Bl. 248 f. d.A.).

Die Kläger zu 2 bis 5 unterzeichneten die Vollmachtsurkunden, der Beklagte dagegen weigerte sich. Er übermittelte dem Kläger zu 1 am 29.03.2001 einen neu formulierten Vollmachtenentwurf, der unter anderem die Bedingung enthielt, dass die Vollmacht nur gemeinsam mit den übrigen Poolmitgliedern in einem einheitlichen Vertrag unterzeichnet werden müsse (K 6, Bl. 58 ff. d.A.).

Nach weiterem Schriftverkehr sowie der Erstellung weiterer Vertragsentwürfe betreffend das Innenverhältnis zwischen dem Kläger zu 1 und den von ihm zu vertretenden Poolmitgliedern trafen sich der

Kläger zu 1 und der Beklagte im Beisein ihrer Rechtsanwälte, der Zeugen M., C. und A. am 28.05.2001 im Büro des Klägervertreters zu einer Verhandlung. Deren Inhalt und Ergebnis sind streitig. Im Nachgang zu dieser Verhandlung erstellte der Klägervertreter einen neuen Entwurf (K 8, Bl. 66 d.A.) und übermittelte ihn über die Zeugen A. und C. dem Beklagten mit der Maßgabe, dass dieser den Entwurf bis zum Wochenende unterschrieben zurücksenden solle. Der Beklagte teilte durch Anwaltsschreiben vom 01.06.2001 (K 9, Bl. 72 d.A.) mit, dass er diesen Vereinbarungsentwurf nicht akzeptieren werde. Hauptstreitpunkte waren die Form des Abschlusses der Vereinbarung, Modalitäten und Fristen der Notifizierung des Verkaufs der Aktien und die Ausgestaltung der Vollmacht. Einen vom Beklagten erstellten eigenen Vollmachtenentwurf erklärte der Kläger zu 1 durch Anwaltsschreiben vom 01.06.2001 für nicht konsensfähig.

Mit Schreiben vom 27.06.2001 erklärte der Kläger zu 1, dass der Beklagte mangels einer Verkaufsvollmacht in der letzten Fassung des Kaufvertragsentwurfs mit der Z. aus der Liste der Verkäufer gestrichen sei, da die Käuferin auch unter Ausschluss der Aktien des Beklagten eine einfache Aktienmehrheit erreichen könne (B 11, Bl. 272 d.A.).

Am 07.07.2001 wurde mit der Z. ein Aktienkaufvertrag über sämtliche Aktien der Kläger zu 2 bis 5 sowie des Beklagten sowie ein Aktien-Options-Kaufvertrag über die Aktien der Kläger zu 1 und zu 6 ausgefertigt. In beiden Verträgen war als Kauf bzw. Optionspreis EUR 45 pro Aktie vorgesehen. Der Aktienkaufvertrag wurde am 07.07.2001 für die Kläger zu 2 bis 5 und für die Z. unterzeichnet. Der Vertrag sollte seine Wirksamkeit verlieren, wenn der Beklagte ihn nicht durch seinen Anwalt bis zum 20.07.2001 unterzeichne (K 10, Bl. 97 d.A.).

Mit Anwaltsschreiben vom 11.07.2001 (K 12) ließ der Beklagte erklären, dass er grundsätzlich verkaufsbereit sei, dass er aber den Inhalt des Vertrags überprüfen wolle. Dazu müsse eine vollständige italienische Übersetzung vorliegen (Bl. 100 d.A.). Unter dem 18.07.2001 ließ der Beklagte mitteilen, dass er den Vertrag so nicht unterzeichnen werde.

Der Kläger zu 1 und der Beklagte planten einen neuen Verhandlungstermin am 31.07.2001 in M., um doch noch zu einer Verständigung zu kommen. Der Beklagte sagte den Termin jedoch kurzfristig ab.

Im August 2001 nahm der Kläger zu 1 erneut Verhandlungen mit der Z. auf, in denen es um einen Aktienverkauf unter Ausschluss der Aktien des Beklagten ging („Verkaufsverhandlungen 2. Phase“). Am 07.09.2001 wurde ein Aktienverkaufsvertrag über sämtliche Aktien der Kläger zu 2 bis 5 (Bl. 109 ff. d.A.) und ein Aktienoptionskaufvertrag über die

Aktien der Kläger zu 1 und 6 (Bl. 141 ff. d.A.) abgeschlossen. Beide Verträge enthielten im Gegensatz zu den am 07.07.2001 ausgefertigten Verträgen, die durch Fristablauf unwirksam geworden waren, einen Kauf- bzw. Optionspreis von nur noch 43 EUR statt 45 EUR pro Aktie. Am 21.12.2001 wurden die Aktien der Kläger zu 2 bis 5 der Z. übertragen. Nach Ausübung der Kaufoption wurden auch die Aktien der Kläger zu 1 und 6 am 25.02.2002 übertragen.

Die Z. trat parallel dazu direkt mit dem Beklagten in Kaufverhandlungen. Am 05.12.2001 schloss sie mit dem Beklagten einen Aktienkaufvertrag über sein Aktienpaket ab (Bl. 150 ff. d.A.). Der Kaufpreis betrug ebenfalls 43 EUR pro Aktie, auch im übrigen stimmten die Bedingungen des Vertrags mit jenen der Verträge zwischen den Klägern und der Z. überein.

Die Kläger meinen, der Beklagte sei aus dem Poolvertrag, den daraus resultierenden Treuepflichten sowie aufgrund der auf dem Stuttgarter Flughafen getroffenen Vereinbarung vom 09.08.1998 verpflichtet gewesen, dem Kläger zu 1 eine schriftliche Vollmacht zum Verkauf und zur Übertragung seiner Aktien zu erteilen. Sie behaupten, dass der Beklagte auch bis zum Ende der 1. Phase der Kaufverhandlungen wiederholt versichert habe, dass er an dem Verkauf der Aktien interessiert sei und dass deshalb mit der Erteilung der schriftlichen Vollmacht gerechnet werden dürfe. In dem Verhandlungstermin vom 28.05.2001 habe der Beklagte zugesagt, er werde den jetzt mündlich durchgesprochenen und vom Klägervertreter noch redaktionell zu überarbeitenden Vertrags- und Vollmachtstext gegenzeichnen und spätestens bis zum 01.06.2001 von seinem Wohnort unterzeichnet zurücksenden.

Da der Beklagte pflichtwidrig dem Kläger zu 1 die notwendige Verkaufsvollmacht nicht schriftlich bestätigt habe und den Aktienkaufvertrag vom 07.07.2001 ebenfalls pflichtwidrig nicht innerhalb der Frist unterzeichnet habe, sei den Klägern neben den für die nach dem 07.07.2001 notwendigen Nachverhandlungen angefallenen Mehrkosten in Höhe von EUR 30.894,72 ein Schaden dadurch entstanden, dass sie nur noch einen um 2 EUR pro Aktie niedrigeren Kaufpreis hätten erzielen können. Der Schaden betrage bei 2.163.340 Stückaktien EUR 4.326.680. Der Beklagte sei durch Anwaltsschreiben vom 08.02.2002 unter Fristsetzung bis zum 01.03.2002 ergebnislos zur Zahlung aufgefordert worden und sei ab dieser Zeit auch zum Ersatz des Verzugschadens verpflichtet.

Die Kläger haben in erster Instanz beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an die Kläger EUR 4.357.574,72 zuzüglich 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz seit dem 08.02.2002 zu bezahlen.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt.

Der Beklagte rügte die internationale und örtliche Unzuständigkeit des Landgerichts Tübingen. Keine der Verpflichtungen, deren Verletzung ihm vorgeworfen werde, sei in Y. zu erfüllen gewesen. Er könne deshalb nach Art. 2 Abs. 1 EuGVVO nur an seinem allgemeinen Gerichtsstand in Italien in Anspruch genommen werden.

Im übrigen habe er keine Vollmacht zum Verkauf seiner Aktien erteilt, er sei auch nicht rechtlich verpflichtet gewesen, eine solche Vollmacht zu erteilen. Dies ergebe sich weder aus dem Gesellschaftszweck des Poolvertrags, noch aus der Vereinbarung vom 09.08.1998. Am 28.05.2001 habe er zwar erklärt, er sei grundsätzlich zum Verkauf bereit, jedoch nur zu den von ihm in seinem Vertragsentwurf vorgesehenen Bedingungen. Den Vertrag vom 07.07.2001 habe er nicht unterzeichnet, weil ihm keine ausreichende Zeit, das Vertragswerk zu prüfen, eingeräumt worden sei.

Das Landgericht Tübingen hat in dem angegriffenen Urteil, das am 14.02.2001 zugestellt wurde, die Klage als unzulässig abgewiesen, weil es an der deutschen internationalen Zuständigkeit fehle. Auf die Entscheidungsgründe wird Bezug genommen.

Mit der am 14.03.2003 eingelegten und mit Schriftsatz vom 14.04.2003 rechtzeitig begründeten Berufung wenden sich die Kläger gegen die Klagabweisung als unzulässig, weil die Treuepflicht aus dem Poolvertrag, gegen die der Beklagte verstoßen habe, streitgegenständliche Hauptpflicht nach Art. 5 Nr. 1 lit. a) EuGVVO sei. Der Erfüllungsort für diese im Poolvertrag wurzelnde Treuepflicht sei Y., weil der Poolvertrag in Y. einen ortsgebundenen Schwerpunkt habe. Der Kläger zu 1 als Poolgeschäftsführer sei im Landgerichtsbezirk Tübingen wohnhaft, der Sitz der X. AG sei in Y. und die Aktionärsrechte seien deshalb in Y. geltend zu machen. Dort hätten auch die Verhandlungen der 1. Phase mit der Z. stattgefunden.

In der Sache tragen die Kläger vor, der Beklagte sei verpflichtet gewesen, die Verkaufsvollmacht zu unterzeichnen, weil er dies am 28.05.2001 ausdrücklich versprochen habe. Er habe auch unter der ausdrücklichen Versicherung seines Anwalts, des Zeugen C. („Was ich verspreche, das halte ich“), zusagen lassen, die unterzeichnete Vollmacht bis Freitag, den 01.06.2001 an den Kläger zu 1 zurückzusenden. Nur weil der Beklagte aus Zeitgründen nicht bereit gewesen sei, am 28.05.2001 auf die Fertigung einer Reinschrift zu warten, habe man diesen Weg gewählt. Dem Zustandekommen einer derartigen mündlichen Absprache habe der Zeuge A in der Folgezeit bis zum 01.06.2001 auch nie widersprochen.

Die Kläger beantragen:

1. Das Urteil des Landgerichts Tübingen vom 10.02.2003 (AZ: 2 O 103/02) wird aufgehoben.
2. Der Beklagte wird verurteilt, an die Kläger EUR 4.357.574,72 zuzüglich 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz seit 08.02.2002 zu bezahlen.

Der Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Er rügt weiterhin die internationale und örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Tübingen. In der Sache trägt er vor, dass er zum Verkauf bereit gewesen sei, jedoch aus verschiedenen Gründen Misstrauen gegen den Kläger zu 1 gehegt habe, weshalb er durch die Vereinbarung einer hohen Vertragsstrafe, einer kurzen Notifizierungsfrist und einer eng beschränkten kausalen Vollmacht versucht habe, sicherzustellen, dass alle Aktien des Pools zu den gleichen Bedingungen verkauft würden. Dazu habe er umso mehr Anlass gehabt, als der Kläger zu 1 ihn von allen Informationen zu dem möglichen Verkäufer und zu den Bedingungen des Kaufs ferngehalten und von Anfang an Druck auf ihn ausgeübt habe, blind eine Vollmacht zu unterzeichnen.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen M., C. und A. über den Inhalt und das Ergebnis der Verhandlung vom 28.05.2001.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes und des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Schriftsätze der Parteien vom 14.04., 30.06., 22.10. und 25.11.2003 sowie auf die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 08.10.2003 (Bl. 378 d.A.) und 18.02.2004 (Bl. 455 d.A.) Bezug genommen.

II. Die Berufung ist zulässig, aber im Ergebnis unbegründet. Die Klage ist zwar zulässig, weil das Landgericht Tübingen international und örtlich zuständig ist, doch ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme die Klage unbegründet, weil der Beklagte sich nicht verpflichtet hat und auch sonst nicht verpflichtet war, dem Kläger zu 1 eine Verkaufsvollmacht zu erteilen.

(1.) Das Landgericht Tübingen ist nach Art. 5 Nr. 1 lit. a) EuGVVO zuständig.

a) Für den Rechtsstreit ist nach Art. 66 Abs. 1 EuGVVO der Anwendungsbereich der EuGVVO in zeitlicher Hinsicht eröffnet, denn die Klage ist am 28.05.2002, also nach Inkrafttreten der Verordnung, anhängig geworden. Die EuGVVO ist auch sachlich anzuwenden (Art. 1 Abs. 1 EuGVVO), weil es sich um eine Zivilsache handelt, die, wie Art. 22 Nr. 2 EuGVVO zu entnehmen ist, grundsätzlich unter die EuGVVO fällt.

Die EuGVVO ist räumlich und persönlich anwendbar, denn sie gilt in den Mitgliedsstaaten der EU; der Beklagte wohnt in Italien.

Eine ausschließliche Zuständigkeit nach Art. 22 Nr. 2 EuGVVO ist nicht gegeben, weil nicht die Frage der Gültigkeit eines Gesellschaftsvertrags oder von Gesellschafterbeschlüssen im Streit steht, sondern eine Schadensersatzpflicht des Beklagten aus Pflichtverletzung.

b) Jedoch ist der besondere Gerichtsstand des Art. 5 Nr. 1 lit. a) EuGVVO erfüllt. Danach kann eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats hat, in einem anderen Vertragsstaat verklagt werden, wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden, und zwar vor dem Gericht des Ortes, an dem die Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre (BGH, Urteil vom 16.12.2003, XI ZR 474/02, Juris-Nr. KORE300072004). Streitgegenstand im vorliegenden Verfahren sind Ansprüche aus einem Vertrag. Der Begriff des Vertrags ist autonom auszulegen (EuGH NJW 2002, 3159) und setzt eine freiwillig eingegangene Verpflichtung voraus.

Die Zuständigkeit gilt für alle Streitigkeiten aus dem Vertrag, auch für Schadensersatzklagen wegen Leistungsstörungen oder Verletzung von Nebenrechten (Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 25. Aufl., Art. 5 EuGVVO Rdnr. 10). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften ist für die Bestimmung des Erfüllungsorts im Sinne von Art. 5 EuGVÜ und entsprechend von Art. 5 EUGVVO die Verpflichtung heranzuziehen, die dem vertraglichen Anspruch entspricht, auf den der Kläger seine Klage stützt (EuGH, Urteile vom 6. Oktober 1976 - Rs 14/76, Slg. 1976, 1497, 1508, Rz. 13/14 - de Bloos, vom 15. Januar 1987 - Rs 266/85, Slg. 1987, 239, 254, Rz. 9 - Shenavai und vom 5. Oktober 1999 - Rs C-420/97, Slg. I 1999, 6747, 6790, Rz. 31 - Leathertex). Der Erfüllungsort richtet sich hier nach der Auffangregel des Art. 5 Nr. 1 lit c) EuGVVO, weil der Poolvertrag und die aus ihm resultierenden Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien weder Kauf- noch Dienstvertrag sind.

Abzustellen ist auf den Erfüllungsort der verletzten Pflicht, aus der der Schadensersatzanspruch als Sekundäranspruch herrührt. Maßgeblich ist der Erfüllungsort der primären Hauptverpflichtung. Sekundäransprüche werden zuständigkeitsrechtlich der Hauptverpflichtung zugeordnet (OLG Hamm NJW-RR 1995, 188). Auch Nebenpflichten begründen keine eigene Zuständigkeit, sondern werden zuständigkeitsrechtlich der Hauptverpflichtung zugeordnet, aus der sie hervorgegangen sind (BayObLG RIW 2001, 862, 863). Ob es sich um eine Haupt- oder um eine Nebenpflicht handelt, bestimmt das materielle Recht (vgl. Zöller/Geimer, ZPO, 24. Aufl., Anh I Art. 5 EG-VO Rdnr. 7 f.; Musielak/Weth, ZPO, 3. Aufl., Art. 5 EuGVVO Rdnr. 2). Für die Beurteilung der die Zuständigkeit

begründenden Umstände kommt es allein auf den Klägervortrag an (vgl. Zöller/Geimer, Anh I Art. 5 EG-VO Rdnr. 16; OLG Köln RiW 1988, 557).

aa) Pflichten aus §§ 4 bis 6 des Poolvertrags scheiden als Anknüpfungspunkt aus. Anknüpfungspunkt für die internationale Zuständigkeit des Landgerichts Tübingen ist auch nicht eine allgemeine Treuepflicht aus dem Poolvertrag in Verbindung mit dem Gesellschafterbeschluss vom 09.08.1998. Aus dem Poolvertrag allein folgen, auch wenn man nur den Klägervortrag zugrundelegt, keine Pflichten des Beklagten, an einem etwaigen Verkauf mitzuwirken. Der Anpassungsvereinbarung vom 27.11.1995 mit einer festen Laufzeit des Poolvertrags kann entnommen werden, dass der Pool nicht auf die Veräußerung der Aktien gerichtet war. Die Parteien haben den Poolvertrag miteinander abgeschlossen, um den Einfluss der Vertragsschließenden auf die X. AG durch einheitliche Stimmausübung in der Hauptversammlung und durch Einräumung gegenseitiger Erwerbsrechte an den in den Poolvertrag einbezogenen Aktien der X. AG zu sichern (vgl. die Präambel des Poolvertrags). Der Pool ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ohne Gesamthandsvermögen (§ 1 Abs. 2 Poolvertrag). Das bedeutet, dass jedes Mitglied Inhaber seiner Aktien bleibt, aber die Poolmitglieder bestimmten Verhaltenspflichten unterliegen, um auf diese Weise die Ziele des Pools zu erreichen. Dies sind die in §§ 4 bis 6 geregelten Verpflichtungen betreffend die Stimmrechtsausübung, die Verfügung über Vertragsaktien und die Belastung, Verpfändung und Pfändung der Vertragsaktien, deren Verletzung vertragsstrafenbewehrt ist. Nicht verpflichtet sind die Poolmitglieder dagegen, an einem Verkauf der Aktien mitzuwirken.

bb) Auch aus dem Gesellschafterbeschluss vom 09.08.2000 lässt sich - auch unter Zugrundelegung allein des Klägervortrags - keine Treuepflicht herleiten, aufgrund derer der Beklagte zur Unterzeichnung der Vollmacht verpflichtet gewesen wäre. Eine Treuepflicht, die eine derartige Verpflichtung erzeugte, setzte voraus, dass in dem Gesellschafterbeschluss bereits die Bedingungen des Aktienverkaufs fest umrissen wären. Der Gesellschafterbeschluss vom 09.08.2000 enthält dazu jedoch nur wenige unbestimmte Vorgaben. So soll der Kaufpreis „angemessen“ sein, eine betragsmäßige Festlegung ist nicht getroffen. Sonstige Regelungen, die Bestandteil des Kaufvertrages werden sollten, sind nicht definiert. Als Käufer ist außerdem eine Firma K genannt, nur falls ein Verkauf mit ihr nicht zustande kommen sollte, war der Kläger zu 1 berechtigt, mit einem Konkurrenten in Verkaufsverhandlungen einzutreten.

cc) Eine Verpflichtung des Beklagten ergibt sich jedoch, legt man den Vortrag der Kläger zugrunde, aus der Verhandlung vom 28.05.2001. Die

Kläger behaupten, der Beklagte habe sich hierbei verpflichtet, dem Kläger zu 1 eine schriftliche Verkaufsvollmacht für sein Aktienpaket zu erteilen.

Erfüllungsort für diese Verpflichtung ist der damalige Wohn- oder Geschäftssitz des Klägers zu 1, also der Landgerichtsbezirk Tübingen.

Der Erfüllungsort, an dem "Ansprüche aus einem Vertrag" eingeklagt werden können, bestimmt sich nach dem Recht, das nach den Kollisionsnormen des mit dem Rechtsstreit befaßten Gerichts (*lex fori*) für die streitige Verpflichtung maßgebend ist (vgl. EuGH, Urteile vom 6. Oktober 1976 - Rs. 12/76, *Tessili* - Slg. 1976, 1473 Rn. 13 ff.; vom 15. Januar 1987 - Rs. 266/85, *Shenavai* - Slg. 1987, 239 Rn. 7; vom 29. Juni 1994 - Rs. C-288/92, *Custom* - Slg. 1994, I 2913 Rn. 26 und vom 28. September 1999 - Rs. C-440/97, *Concorde* - Slg. 1999, I 6307 Rn. 13; BGH, Urteil vom 31. Januar 1991 - III ZR 150/88 - BGHR EGÜbk Art. 5 Nr. 1 *Anwaltshonorar* 1; Kropholler, *Europäisches Zivilprozeßrecht* 8. Aufl. 2002 S. 131). Das ist hier das deutsche internationale Privatrecht.

Die Rechtsbeziehungen der Parteien im Zusammenhang mit dem geplanten Verkauf der poolgebundenen Aktien sind nach deutschem Recht zu beurteilen. Weder in dem Gesellschafterbeschluss vom 09.08.1998 noch bei einer späteren Gelegenheit ist eine ausdrückliche Rechtswahl nach Art. 27 EGBGB für die Rechtsbeziehungen der Parteien im Zusammenhang mit dem gemeinsamen Verkauf der Aktien getroffen worden. Die Zuständigkeit bestimmt sich daher nach Art. 28 EGBGB. Der Vertrag unterliegt danach dem Recht des Staates, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist. Dies ist Deutschland. Das Innenverhältnis der Verkäufer bei dem geplanten Aktienverkauf stand in engem Zusammenhang mit dem Poolvertrag. Mit der Übertragung der poolgebundenen Aktien sollte eine Verschmelzung verbunden sein. Sie musste aktienrechtlich in der Hauptversammlung der X. AG vollzogen werden. Deshalb richtete sich dieses Innenverhältnis wie der Poolvertrag nach deutschem Recht. Der Poolvertrag enthielt zwar ebenfalls keine ausdrückliche Rechtswahl, wies aber zu Deutschland die engsten Verbindungen auf. Die Mitglieder des Pools lebten in verschiedenen Ländern, die gehaltenen und zu verkaufenden Aktien waren jedoch solche einer deutschen Kapitalgesellschaft, das Aktiendepot lag bei der I.-Bank in Y., die Hauptversammlungen, in denen die Poolaktionäre einheitlich abstimmen sollten, fanden in Deutschland statt, der Poolgeschäftsführer war zugleich der Vorstandsvorsitzende der X. AG.

Die Zuständigkeit richtet sich damit gemäß § 29 ZPO nach dem Ort, an dem die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Der in § 29 ZPO angesprochene Erfüllungsort der verletzten Pflichten ergibt sich aus dem bürgerlichen Recht, in erster Linie also aus einer etwaigen besonderen gesetzlichen Bestimmung, hilfsweise nach § 269 BGB, soweit dort nicht

auf Parteivereinbarung verwiesen ist. In erster Linie ist er damit aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 24. Aufl., § 29 Rdnr. 24; Musielak/Smid, ZPO, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 13). Zwar können Parteien, die keine Kaufleute sind, durch eine Vereinbarung des Erfüllungsorts, wenn sie vom ansonsten maßgeblichen gesetzlichen Erfüllungsort abweicht, den Gerichtsstand dadurch nicht beeinflussen (§§ 29 Abs. 2, 38 ZPO; MünchKommBGB/Krüger, 4. Aufl., § 269 Rdnr. 12). Dem Prorogationsverbot unterfallende Parteien können allerdings im Rahmen ihrer Privatautonomie die Natur des Schuldverhältnisses und die Umstände des Einzelfalles so ausgestalten, dass es im Ergebnis einer Gerichtsstandsvereinbarung gleichkommt (vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 1986, 351, 352; Staudinger/Bittner, BGB, 13. Bearb. 2001, § 269 Rdnr. 53). Der in § 29 ZPO angesprochene „Erfüllungsort“ muss als Leistungsort verstanden werden (vgl. Staudinger/Bittner, BGB, 13. Bearb. 2001, § 269 Rdnr. 2; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 29 Rdnr. 3 m.w.N.).

Leistungs- und Erfolgsort lagen in Deutschland, am Wohnort oder Geschäftsort des Klägers zu 1. Bei der behaupteten Verpflichtung des Beklagten, die Vereinbarung K 8 einschließlich unterzeichneter Vollmacht an den Kläger zu 1 zu senden, handelte es sich nach den Umständen des Schuldverhältnisses um eine Bringschuld. Die Parteien gingen nach dem Vortrag der Kläger übereinstimmend davon aus, dass der Beklagte die Vollmacht an den Kläger zu 1 übersenden sollte. Erst dadurch, dass die Vollmachtsurkunde den Kläger zu 1 erreichte, war die Willenserklärung des Beklagten, ihn für den Verkauf zu bevollmächtigen, beim Erklärungsempfänger angekommen, zugegangen und damit wirksam (vgl. Staudinger/Bittner, BGB, 13. Bearb. 2001, § 269 Rdnr. 35). Zwar war der Beklagte zur Übersendung berechtigt, musste also nicht die Unterschrift in T leisten. Im Gegensatz zur üblichen Schickschuld trug er hier jedoch das Transportrisiko und auch das Risiko der rechtzeitigen Leistungserbringung, denn die Vollmacht sollte bis spätestens Freitag, den 01.06.2001 als Urkunde den Kläger zu 1 erreichen. Der Kläger zu 1 war darauf angewiesen, die Legitimationsurkunden in Händen zu halten, um seine Verhandlungen mit Z. fortsetzen zu können. Der Beklagte hatte damit letztlich dafür Sorge zu tragen, dass die Vollmachtsurkunde beim Kläger zu 1 ankam. Die Urkunden sollten nach dem Vortrag der Kläger auch nur deshalb versandt werden, weil der Beklagte am 28.05.2001 nicht bereit war, im Büro des Klägervertreters so lange abzuwarten, bis eine unterschriftsfertige Reinschrift der Vereinbarung und der Vollmacht gefertigt war.

(2.) Der Senat konnte nach § 538 Abs. 1 ZPO selbst in der Sache entscheiden. Eine Zurückverweisung war nicht sachdienlich, weil das Interesse an der schnelleren Erledigung des Rechtsstreits den Verlust der

Tatsacheninstanz überwog. Die beweisbedürftigen Fragen beschränkten sich auf einen eng umgrenzten Sachverhalt.

(3.) Die Klage ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht begründet.

a) Aus dem Poolvertrag war der Beklagte, wie schon oben unter 1. b) aa) ausgeführt, auch wenn man allein den Klägervortrag zugrundelegt, nicht verpflichtet, den Kläger zum Verkauf seiner Aktien zu bevollmächtigen. Der Poolvertrag war gerichtet auf die Bündelung der Stimmen der Poolmitglieder und durch ein Vorkaufsrecht auf die Verhinderung des Verlustes der Familienmehrheit. Eine Veräußerung des gesamten gemeinsamen Depots war in dem Poolvertrag nicht vorgesehen, vielmehr war der Poolvertrag durch die Vertragsänderung vom 27.11.1995 unkündbar bis 31.12.2005.

b) Der Gesellschafterbeschluss vom 09.08.1998 kann zur Begründung einer den Klaganspruch rechtfertigenden Pflichtverletzung des Beklagten nicht herangezogen werden. Konkrete Mitwirkungspflichten für den Beklagten erwachsen daraus nicht. Aus diesem Beschluss ergab sich nur die allgemeine Verkaufsabsicht der Parteien. Genauere Regelungen über die Verkaufsbedingungen sind in dem Beschluss nicht getroffen. Der Kläger zu 1 war in dem Beschluss nur berechtigt, mit dem dritten Käufer zu verhandeln oder Gespräche zum Verkauf an einen Konkurrenten einzuleiten.

c) Auch eine Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht durch den Beklagten rechtfertigt den Klaganspruch nicht. Die Gesellschafter einer Personengesellschaft sind durch Treupflichten zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft und im gesellschaftsbezogenen Bereich auch zur Schonung der Interessen der Mitgesellschafter verpflichtet. Gegenüber den Mitgesellschaftern ist ein Gesellschafter verpflichtet, willkürliche Schädigungen zu unterlassen und das schonendste Mittel zur Ausübung eigener Rechte zu wählen (Palandt/Sprau, BGB, 63. Aufl., § 705 Rdnr. 27). Hier ist zu berücksichtigen, dass die Pflicht, am Aktienverkauf mitzuwirken, im Poolvertrag so nicht angelegt war, weil es nicht um den Weiterbestand des Pools ging. Die Treupflicht geht auch nie so weit, dass der verpflichtete Gesellschafter berechnete eigene Interessen vernachlässigen müsste. Hier hatte der Beklagte zumindest Anspruch darauf, das jeweilige Vertragsangebot sorgfältig zu prüfen, zu ungeprüfter Unterschrift war er nicht verpflichtet, auch dann nicht, wenn die anderen Gesellschafter bereits unterschrieben hatten. Dies kann schon dem Gesellschafterbeschluss vom 09.08.1998 entnommen werden, der einen Verkauf zu angemessenem Preis vorsah.

d) Der Beklagte verstieß auch nicht gegen seine Treupflicht, als er dem später wirkungslos gewordenen Vertrag vom 07.07.2001 nicht bis zum 20.07.2001 beitrug. Der Beklagte hatte, wie oben schon dargelegt, das Recht, den Kaufvertrag zu prüfen. Eine angemessene Prüfungsfrist wurde ihm von den Klägern nicht eingeräumt. Der Beklagte hatte mit Schreiben vom 11.07.2001 (K 12) gefordert, den Vertragstext prüfen zu können, nachdem der Klägervertreter mit Schreiben vom 10.07.2001 (K 11) nur die wichtigsten Elemente zusammengefasst hatte. Auch dem Schreiben der Kläger vom 12.07.2001 (K 13) war der Vertrag nicht beigelegt. Als dem Beklagten der Vertrag schließlich (frühestens nach dem 12.07.2001) übersandt wurde, war die Prüfungsfrist mit fünf bis sechs Tagen unzumutbar kurz, denn der Klägervertreter hatte mit Schreiben vom 12.07.2001 eine Vertragsunterzeichnung bereits für den 18. oder 19.07.2001 vorgeschlagen. Eine Prüfungsfrist von fünf bis sechs Tagen ist nicht ausreichend, um einen 24-seitigen englischsprachigen Vertrag zu prüfen, von dem zunächst noch eine italienische Übersetzung gefertigt werden musste. Die Prüfung musste auch deshalb gründlich erfolgen können, weil der Beklagte über einen Vermögenswert von etwa 38 Millionen Euro disponieren sollte, einen beträchtlichen Teil seines Vermögens. Die Kläger haben auch nicht vorgetragen, dass dem Beklagten der Vertragstext vorher bekannt war.

e) Auch die Absage des Treffens vom 31.07.2001 oder eine Haftung wegen abgebrochener Vertragsverhandlungen vermögen den Klagenspruch nicht zu rechtfertigen.

f) In Betracht kam allenfalls eine Haftung aus der Verletzung des von der Klägerseite behaupteten Versprechens anlässlich der Besprechung vom 28.05.2001, die Vollmacht bis 01.06.2001 unterzeichnet zurückzusenden. Der Beweis dieser Behauptung ist den Klägern nicht gelungen.

aa) Die Frage, ob einer derartigen mündlichen Vereinbarung nicht schon entgegensteht, dass unstreitig eine schriftliche Fixierung vereinbart war, kann letztlich offen bleiben, Nach § 154 Abs. 2 BGB ist im Zweifel ein Vertrag nicht geschlossen, bis eine beabsichtigte Beurkundung erfolgt ist. Fehlende Beurkundung im Sinne des § 154 Abs. 2 BGB ist auch die vereinbarte Schriftform (Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl. § 154 Rdnr. 4). Dies gilt nur dann nicht, wenn die Schriftform lediglich Beweis Zwecken dienen sollte (BGH NJW 1964, 1269). Hier bestehen daran schon deshalb Zweifel, weil die Vollmachturkunde nur der Anhang zu einem umfangreichen Vertragswerk sein sollte, auf dessen Unterzeichnung der Beklagte nicht zu verzichten bereit war, weil er unstreitig Misstrauen gegen den Kläger zu 1 hegte. Ob die Schriftform hier nur Beweis Zwecken dienen sollte, braucht jedoch nicht entschieden zu werden, weil auch eine mündliche Vereinbarung über die Vollmachterteilung nicht bewiesen ist.

bb) Die Kläger vermochten den Beweis, dass der Beklagte sich mündlich zur Vollmachterteilung verpflichtet hat, nicht zur Überzeugung des Senats zu führen. Der Senat hat zu dieser Frage die Zeugen M., C. und A. vernommen. Erforderlich wäre der Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (st. Rspr, z.B. BGHZ 53, 245, 256; NJW 1993, 935, 937). Dies ist nicht gelungen, denn die Zeugen haben Unterschiedliches ausgesagt. Der Zeuge M. hat eine Vereinbarung, wonach der Beklagte bis zum 01.06.2001 die Vereinbarung K 24/K 25/K 8 einschließlich der beigefügten Vollmachtsurkunde unterzeichnet an den Kläger zu 1 zurücksenden sollte, bestätigt, die Zeugen A. und C. haben derartiges jedoch nicht bestätigt. Sie haben vielmehr geschildert, dass die Besprechung vom 28.05.2001 ergebnislos endete und die Parteien weiter verhandeln wollten. Der Senat konnte nicht mit Sicherheit feststellen, welche der Aussagen glaubhaft war. Alle drei Zeugen konnten sich recht gut an die Geschehnisse erinnern, alle drei Zeugen waren - schon von Berufs wegen - glaubwürdig. Bei der Würdigung der Aussage des Zeugen M. ist allerdings zu berücksichtigen, dass seine Wahrnehmung der Verhandlung vom 28.05.2001 dadurch beeinflusst wurde, dass er der Überzeugung war, der Beklagte sei zur Vollmachterteilung verpflichtet. Dadurch nahm er anhaltenden Widerstand des Beklagten möglicherweise nicht in ausreichendem Maße wahr. Die Aussagen der anderen beiden Zeugen waren in diesem Punkt plausibler. So hat der Zeuge C. nicht etwa ausgesagt, dass sich die Parteien in allen Positionen unversöhnlich gegenüberstanden, sondern räumte durchaus Teileinigungen ein, etwa bei der Vertragsstrafe.

In der Aussage des Zeugen A. kam sehr stark das Atmosphärische der Verhandlung vom 28.05.2001 zum Ausdruck. Die Positionen des Klägers zu 1 und des Beklagten standen sich danach unversöhnlich gegenüber und zwischen beiden herrschte Sprachlosigkeit. Die Aussage des Zeugen war in besonderem Maße nachvollziehbar, weil er sich sehr genau an viele Details zu erinnern vermochte, er schilderte seine Wahrnehmung von den Vertragsverhandlungen der Parteien spontan, klebte nicht am zeitlichen Ablauf, sondern konnte in seiner Aussage vom Konkreten zum Allgemeinen, vom Anfang zum Ende springen. Dazu kommt, dass der Zeuge A., der das Treffen und den Versuch einer Einigung im persönlichen Gespräch selbst angeregt hatte, gewissermaßen zwischen den Parteien stand. Er wahrte dem Zeugen C. und dem Beklagten gegenüber kritische Distanz, ließ sich also am wenigsten einem bestimmten Lager zuordnen. Wenn er seiner Wahrnehmung, die Verhandlung am 28.05.2001 habe zu seiner Ernüchterung ohne konkretes Ergebnis geendet, vehement Ausdruck verlieh, hatte dies besonderes Gewicht.

Auch die übrigen Umstände der Verhandlung führen zu keinem eindeutigen Ergebnis.

Gegen eine abschließende Einigung spricht, dass es sich bei der Verhandlung am 28.05.2001 um die erste gemeinsame Besprechung in der Angelegenheit handelte. Die Parteien hatten - wie sich aus dem vorgelegten Schriftwechsel vor dem 28.05.2001 ergibt - die einzelnen Streitpunkte noch nicht ausdiskutiert. In mehreren Punkten waren die Parteien noch weit auseinander (etwa Vertragsstrafe, Notifizierungsfrist, gleichzeitige Anwesenheit bei der Unterzeichnung des Vertrags mit Z.). Jede Seite hatte in den wechselnden Vereinbarungsentwürfen ihre Positionen dargestellt, ohne dass man im einzelnen versucht hatte, einen Kompromiss zu finden. Vor diesem Hintergrund spricht mehr dafür, dass man sich nicht über alle Punkte zu einigen vermochte, als dass man alle Differenzen ausräumen konnte.

Zu berücksichtigen waren im Rahmen der Beweiswürdigung außerdem die Schreiben und E-Mail-Nachrichten, die die Parteien im Nachgang zu der Verhandlung am 28.05.2001 gewechselt hatten. Sie sprechen ebenfalls nicht zwingend für eine Vereinbarung. Zwar berief sich der Klägervertreter in den E-Mails K 26 und K 30 jeweils auf eine „getroffene Vereinbarung“ und widersprach der Zeuge A dem nicht. Allerdings hat der Zeuge A in seiner Vernehmung nachvollziehbar erklärt, dass er unter der „getroffenen“ Vereinbarung nur eine Vereinbarung zur weiteren Vorgehensweise verstanden habe. Dies erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen.

Gegen eine abschließende Einigung spricht für den Senat vor allem, dass die Parteien nicht einmal eine Fassung mit handschriftlichen Änderungen, wie sie nach dem Klägervortrag am 28.05.2001 gefertigt wurde, paraphiert haben. Dazu wäre, auch wenn der Beklagte und der Zeuge C. eilig zum Flughafen fahren mussten, Zeit gewesen. Dass eine Einigung herbeigeführt wurde, ohne eine verbindliche Fassung zu paraphieren, erscheint in Anbetracht dessen, dass der Beklagte vor und nach dem 28.05.2001 viel Wert auf einzelne präzise Formulierungen gelegt hatte, nicht plausibel. Schon die Person des Zeugen C. spricht dagegen, dass sich der Beklagte, anwaltlich beraten durch den Zeugen C., bindend verpflichtet haben sollte, ohne schriftlich etwas in der Hand zu halten. Der Zeuge C. ist dem Senat als ein Mann erschienen, der Regelungen genau auf ihren Wortlaut und ihre Bedeutung untersucht, und nicht als ein Mann der pauschalen Entscheidungen. Wie sich im Beweisaufnahmetermin ergab, hatten die Parteien nicht einmal einen gemeinsamen Vertragstext, in dem Änderungen einvernehmlich vermerkt wurden, sondern jede arbeitete in ihrer eigenen - deutschen oder italienischen - Fassung, wobei die Fassungen, bedingt durch die Übersetzung, gewisse Unterschiede aufwiesen. Damit spricht vieles dafür, dass am Ende der Verhandlung vom 28.05.2001 noch nicht alles geklärt war, sondern die Parteien ein Zwischenergebnis erzielt hatten, auf dessen Basis die Verhandlungen

weiter gehen sollten, und sich der Beklagte jedoch nicht bindend zur Unterzeichnung der Vollmacht verpflichtet hatte.