

# ZH\_OBERGERICHT LB120010 vom 16. Januar 2013

ZH Obergericht, 2013-01-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB120010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB120010)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB120010 du 16 janvier 2013

IT: ZH\_OBERGERICHT LB120010 del 16 gennaio 2013

## Erwägungen

### E. 1

Die B.\_\_\_\_\_ AG (Klägerin), die vormals unter "B'.\_\_\_\_\_ AG" firmierte, war Aktionärin der D.\_\_\_\_\_ AG mit Sitz in ... . Über die Letztere wurde, nach einer vorgängigen Umbenennung auf D'.\_\_\_\_\_ AG, am 20. März 1997 der Konkurs eröffnet (vgl. act. 4/10).

- 4 - Die Klägerin liess sich von der Konkursverwaltung die inventarisierten Verantwortlichkeitsansprüche der Konkursmasse gegen Organe der D'.\_\_\_\_\_ AG abtreten, darunter A.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ (vgl. act. 4/1 und 4/2). A.\_\_\_\_\_ (Beklagter) war Mitglied des Verwaltungsrates der D.\_\_\_\_\_ AG, und zwar während mehr als 20 Jahre bis zu deren Konkurs unter der Firma D'.\_\_\_\_\_ AG (vgl. act. 4/10). Der Beklagte war zudem Verwaltungsrat der im Mai 1993 im Handelsregister eingetragenen F.\_\_\_\_\_ Holding AG, die im Oktober 1998 durch Konkurs aufgelöst wurde (vgl. act. 4/18). Zwischen der F.\_\_\_\_\_ Holding AG und der D.\_\_\_\_\_ AG bestand, abgesehen von der Tatsache, dass der Beklagte bei beiden Verwaltungsrat war, keine Beziehung. Gemäss eigenem Bekunden vertrat der Beklagte bis 1991 im Verwaltungsrat der D.\_\_\_\_\_ AG lediglich die Interessen der Familie ... [Familie von A.\_\_\_\_\_] als Minderheitsaktionäre, da bis dahin die Klägerin sowie mit ihr verbundene Angehörige der Familie B'.\_\_\_\_\_ über die Aktienmehrheit an der Gesellschaft verfügten. Ab Herbst 1991 will er im Verwaltungsrat die Interessen der neu in einer "Gruppe A.\_\_\_\_\_ " verbundenen Mehrheitsaktionäre vertreten haben (vgl. etwa act. 9 S. 6 f.). Präsiert wurde der Verwaltungsrat der D.\_\_\_\_\_ AG ab ca. Mitte November 1991 von E.\_\_\_\_\_. Es gehörten dem Verwaltungsrat neben dem Beklagten und E.\_\_\_\_\_ bis April 1992 noch der vorherige Verwaltungsratspräsident H.\_\_\_\_\_ an, ab da G.\_\_\_\_\_ und ab April 1993 zusätzlich I.\_\_\_\_\_. Im Januar 1994 traten G.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ aus dem Verwaltungsrat zurück.

### E. 2

a) Unstrittig ist, dass die D.\_\_\_\_\_ AG gegen Ende der 80er-Jahre des letzten Jahrhunderts einen Kapazitätsüberschuss verzeichnete, weshalb ihre Geschäftsleitung eine Marketing-Strategie entwickelte, "welche vorsah, neue geographische Märkte zu erschliessen" (vgl. act. 9 S. 8 und dazu act. 18 S. 12 sowie act. 1 S. 9). Auf Antrag von E.\_\_\_\_\_ und des Beklagten beschloss der Verwaltungsrat im Januar 1993 eine Beteiligung von 10% an der J.\_\_\_\_\_ Gesellschaft ... mbH (nachfolgend: J.\_\_\_\_\_ ) in ..., die 1991 gegründet worden war und deren Gesellschafter bis dahin ein K.\_\_\_\_\_ sowie ein L.\_\_\_\_\_ waren. Bereits im April

- 5 - 1992 hatten K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ im Hinblick auf einen Neubau für die J.\_\_\_\_\_ (Lager- und Produktionshalle) eine Grundstückverwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) gegründet. Laut Beklagtem hatte L.\_\_\_\_\_ der D.\_\_\_\_\_ AG vorgegeben, das Bauland sei erworben und die Hypothekierung bei der ... Bank gesichert (vgl. act. 9 S. 9 f.).

Um die Realisierung des Vorhabens mitzubestimmen und den Geldfluss zwischen der J.\_\_\_\_\_ und der GbR zu kontrollieren, beteiligte sich die D.\_\_\_\_\_ AG, vertreten durch E.\_\_\_\_\_ und den Beklagten, im Juli 1993 als Gesellschafterin an der GbR. Vorgesehen war an sich die Aufteilung der Kapitalleistungen von insgesamt DM 1'000'000.-- zu je einem Viertel zwischen K.\_\_\_\_\_, L.\_\_\_\_\_, der D.\_\_\_\_\_ AG und einem sog. Drittinteressenten. Weil K.\_\_\_\_\_ den ihm zgedachten Anteil von 25% nicht vollständig aufzubringen vermochte, übernahm die D.\_\_\_\_\_ AG den ungedeckten Teil von 11.84%, mithin einen Anteil von insgesamt 36.84% (resp. DM 349'980.--). Weil sich der sog. Drittinteressent zurückgezogen hatte, über- nahm den entsprechenden Anteil von 25% die F.\_\_\_\_\_ Holding AG. Laut Beklag- tem wurde die F.\_\_\_\_\_ Holding AG (siehe dazu vorn Ziff. I/1.2, 1. Absatz) eigens dafür gegründet (vgl. act. 9 S. 10 und dazu act. 4/24). b) Im Sommer 1993 überwarfen sich die Gesellschafter K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ (act. 9 S. 10). Anlässlich einer danach durchgeführten ausserordentli- chen Gesellschafterversammlung der J.\_\_\_\_\_, an der seitens der D.\_\_\_\_\_ AG E.\_\_\_\_\_ und der Beklagte teilnahmen, wurde u.a. aufgrund einer provisorischen Gewinn-/Verlustrechnung für das erste Halbjahr 1993 ein Verlust von rund DM 2.1 Mio. konstatiert (vgl. act. 4/28 S. 3). Auf Antrag des Beklagten wurde der Auftrag erteilt, Vorkehren zu treffen, dass wöchentliche Auskunft über die Fi- nanz- und Produktionslage erteilt werden kann (a.a.O., S. 4). Es wurden die Kon- sequenzen einer Auflösung und Weiterführung der J.\_\_\_\_\_ sowie die jeweils er- forderlichen Massnahmen erwogen (vgl. a.a.O., S. 4 f.). Dabei wurde die Weiter- führung als vorteilhafter angesehen (a.a.O., S. 5) und eine neue Kompetenzzord- nung auf der Ebene Unternehmensführung beschlossen sowie beim Finanzplan Zielsetzungen und Termine bestimmt (vgl. a.a.O., S. 5 ff.). Die D.\_\_\_\_\_ AG über- nahm dabei laut Beklagtem die Managementverantwortung (vgl. act. 9 S. 10). Sei-

- 6 - tens der D.\_\_\_\_\_ AG (E.\_\_\_\_\_ und Beklagter) wurde eine Fortführung der J.\_\_\_\_\_ vorab bis Mitte August befürwortet, unter Hinweisen darauf, dass die Hauptgesellschafter den bisherigen Verlust zu tragen hätten und die M.\_\_\_\_\_ Bank die Verlustsituation noch nicht als überschuldet betrachte (act. 4/28 S. 8). c) Am 8. September 1993 beschloss der Verwaltungsrat der D.\_\_\_\_\_ AG, bei der J.\_\_\_\_\_ mit wenig Cash-Investitionen eine Beteiligung von über 50% an- zuvisieren (vgl. act. 4/29 [Protokoll] S. 3). Dabei wurde festgehalten: Kein Cash in J.\_\_\_\_\_ ohne Sicherheit durch reelle Aktiven wie Maschinen/ Werkzeuge (a.a.O.). Festgehalten wird in diesem Zusammenhang im Sitzungsprotokoll, die Produktivi- tät sei unter dem D.\_\_\_\_\_ -Management steil angestiegen (a.a.O.). d) Gegen Ende September 1993 übernahmen K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ anläss- lich einer weiteren Gesellschafterversammlung der J.\_\_\_\_\_ die Verluste im Um- fang von insgesamt DM 2.55 Mio und die D.\_\_\_\_\_ AG zum symbolischen Preis von je DM 1.00 von K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ je 25% der Stammanteile. Die Leistung eines langfristigen Darlehens über eine Million DM durch die D.\_\_\_\_\_ AG an die J.\_\_\_\_\_ wurde in Aussicht gestellt (vgl. act. 4/30). Ab dem 1. Oktober 1993 veranlasste die D.\_\_\_\_\_ AG mehrere Überweisun- gen zwecks Darlehensgewährung an die J.\_\_\_\_\_, so allein im Oktober 1993 eine Überweisung in der Höhe von Fr. 900'000.-- (vgl. act. 4/35, dazu act. 1 S. 16 und act. 9) und eine über DM 300'000.-- (vgl. dazu act. 4/33-35, dazu act. 1 S. 16 und act. 9). Unstrittig wurde die D.\_\_\_\_\_ AG zudem aus Wechselbürgschaften in An- spruch genommen, da sie u.a. die Schulden eines Kunden der J.\_\_\_\_\_ (N.\_\_\_\_\_) gegenüber der J.\_\_\_\_\_ gesichert hatte (vgl. etwa act. 1 S. 18 und act. 9 S. 13) sowie für die GbR (vorn Ziff. I/2.1) einstand. Unstrittig ist ebenfalls, dass im Jahr 1994 Bürgschaften im Höchstbetrag von insgesamt DM 2'500'000.-- gegenüber der M.\_\_\_\_\_ Bank für Schulden der J.\_\_\_\_\_ eingegangen wurden.

## E. 2.6

Mio. In diesem Betrag sind neben den Beteiligungen an der J.\_\_\_\_\_ und der GbR rund DM 1.8 Mio. für langfristige Darlehen (Teils zum Zwecke weiterer Betei- ligung) und Verluste aus zwei "geplatze[n], avalierte[n] Wechsel[n]" enthalten und insofern anerkannt (vgl. act. 9 S. 13). Eine Verantwortlichkeit für alle übrigen ihm

- 8 - von der Klägerin angelasteten Zahlungen usw. bestreitet er damit der Sache nach. c) Das Hauptverfahren war im Jahre 2005 beendet. Aussergerichtliche Ver- gleichsgespräche und Vergleichsbemühungen des Gerichts im Rahmen einer Re- ferentenaudienz im Dezember 2006 blieben ergebnislos. Das Bezirksgericht führ- te danach ein Beweisverfahren durch, das im April 2007 mit dem Beweisaufgabe- beschluss eröffnet wurde (Prot. VI S. 25 ff.). Abgeklärt wurde im Wesentlichen der von der Klägerin behauptete Schaden, da die diversen Zahlungen der D.\_\_\_\_\_ AG an die J.\_\_\_\_\_ usw. an sich unstrittig geblieben waren. Ebenfalls abgeklärt wurden strittige Sachverhalte, aus denen die Klägerin Pflichtverletzungen herleitet bzw. mit denen der Beklagte korrektes Handeln seinerseits behauptet (vgl. a.a.O., S. 26 ff.). Beweisverhandlungen mit der persönliche Befragung des Beklagten sowie diversen Zeugenbefragungen fanden in den Jahren 2009 und 2010 statt (vgl. a.a.O., S. 62-232). 2011 wurden die Stellungnahmen der Parteien zum Be- weisergebnis eingeholt und am 22. Dezember 2011 das angefochtene Urteil ge- fällt. Für weitere Einzelheiten zum vorinstanzlichen Beweisverfahren kann auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden.

## E. 3

Die Klage wurde am 15. November 2002 beim Bezirksgericht anhängig gemacht. Die Parteivorträge wurde im schriftlichen Verfahren erstattet und sind im angefochtenen Urteil (vgl. act. 155 [= act. 153 = act. 147]) einlässlich wiederge-

- 7 - geben (a.a.O. S. 9-25). Um Wiederholungen zu vermeiden, kann darauf verwie- sen werden, und es genügen hier einige wenige Angaben. a) Die Klägerin macht in ihrer Klage im Wesentlichen geltend, aus dem von E.\_\_\_\_\_ und dem Beklagten wegen diverser Pflichtverletzungen zu verantworten- den "...abenteuer" mit der J.\_\_\_\_\_ habe die D.\_\_\_\_\_ AG ab 1993 einen Schaden von wenigstens rund 6.5 Millionen Franken erlitten. Es hätten allein Darlehen von rund 4.7 Millionen Franken in den Jahren 1993 und 1994 vollständig wertberichtigt und die Beteiligungen in Deutschland (im Umfang von Fr. 722'000.--) abgeschrie- ben werden müssen (vgl. act. 1 S. 27 f.). Letzteres rechnete sie dem Beklagten aus prozessökonomischen Gründen (so act. 1 S. 31) nicht als Schaden an, wel- chen sie daher auf rund 5.8 Mio. Franken bezifferte (a.a.O.). Mit der Klage ver- langt sie – unter Hinweis, dass dem Verwaltungsrat ab 1993 jeweils die Décharge verweigert worden sei – eine anteilmässige Deckung des Schadens durch den Beklagten im Umfang des eingeklagten Betrages (vgl. act. 1 S. 3 und act. 37), nachdem sie sich mit E.\_\_\_\_\_ aussergerichtlich geeinigt hat (vgl. act. 1 S. 3; Prot. VI S. 10; Prot. VI S. 98). b) Der Beklagte erhob vorab die Einrede der Verjährung und machte zudem eine Eventualwiderklage anhängig. Der Klage hielt er im Übrigen entgegen, Hauptverantwortlicher für das Engagement der D.\_\_\_\_\_ AG bei der J.\_\_\_\_\_ mit den sich daraus ergebenden Folgen sei der für seine Tätigkeit honorierte Verwal- tungsratspräsident E.\_\_\_\_\_ gewesen (vgl. etwa act. 9 S. 3). Ebenso sieht er sich als Prügelknaben, der in eine Familienfehde hineingezogen sei, da E.\_\_\_\_\_ und der Verwaltungsrat G.\_\_\_\_\_ ursprünglich Vertreter der B'.\_\_\_\_\_ Gruppe gewesen seien (act. 9 S. 7). Wie G.\_\_\_\_\_ usw. sei er gewöhnliches Verwaltungsratsmit- glied gewesen. Die ihm (pauschal) angelasteten

Entscheide seien zudem stets von entsprechenden Beschlüssen des Verwaltungsrates gedeckt gewesen. Die Verluste der D.\_\_\_\_\_ AG "aus dem Deutschland-Projekt" beziffert er auf rund DM

#### **E. 4**

a) Der Schriftsatz (act. 152 f.), mit dem der Beklagte das Berufungsverfahren rechtzeitig in die Wege geleitet hat, ging am 9. Februar 2012 bei der Kammer ein. In der Folge wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen und mit Verfügung vom 21. Februar 2012 Frist zur Leistung eines Kostenvorschuss angesetzt (act. 156). Nach Eingang des Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 30'750.-- (act. 158) wurde von der Klägerin die Berufungsantwort eingeholt. In der Berufungsantwort (act. 163) stellte die Klägerin den Antrag, es sei in der zweiseitlich von ihr gegen den Beklagten eingeleiteten Betreibung der Rechtsvorschlag zu beseitigen. Dasselbe beantragt sie – für den Fall, dass das Gericht der Auffassung sei, in diesem Antrag liege eine Klageänderung – mit der gleichzeitig erhobenen eventuellen Anschlussberufung (vgl. act. 163 S.2 und S. 43).

- 9 - b) Mit Verfügung vom 16. April 2012 nahm die Kammer die Berufungsantwort mit dem Antrag auf Beseitigung des Rechtsvorschlages als Anschlussberufung entgegen (vgl. act. 165) und begründete das zuhanden der Parteien. Das ist hier daher nicht nochmals zu wiederholen, und es kann vollumfänglich auf die entsprechenden Erwägungen in der Verfügung vom 16. April 2012 verwiesen werden. Dem Beklagten wurde sodann Frist zur Beantwortung der Anschlussberufung angesetzt (vgl. act. 165); dieser nahm am 18. Mai 2012 dazu Stellung und stellte den eingangs aufgeführten Antrag sowie dem prozessualen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Replik und Duplik oder eines zweiten Schriftenwechsels sowie einer Referentenaudienz (vgl. act. 167). Ein Doppel von act. 167 wurde der Klägerin auf deren Wunsch hin am 18. Juni 2012 zugestellt, verbunden mit dem Hinweis, das Gericht werde der Klägerin dann Frist zur Stellungnahme zu act. 167 ansetzen, wenn dies zwingend erforderlich erscheine (vgl. act. 168). Anzumerken ist, dass es dem Gericht zwar erlaubt ist, einen zweiten Schriftenwechsel durchzuführen ( Art. 316 Abs. 2 ZPO), dass es diesbezüglich jedoch frei ist. Zwingend zu berücksichtigen ist das Recht des "letzten Wortes", wie es in der Bundesgerichtspraxis entwickelt wurde (vgl. BGer 4A\_273/2012 E. 3). Im genannten Entscheid wird darauf hingewiesen, dass das rechtliche Gehör auch gewahrt ist, wenn die Rechtsschrift des Gegners "zur Kenntnis" zugestellt wird und keine förmliche Aufforderung zur Stellungnahme ergeht (BGer 4A\_273/2012 E. 3.2). Dadurch werde der Betreffende hinreichend in die Lage versetzt, die Notwendigkeit einer Stellungnahme zu prüfen und ein allfälliges Anliegen wahrzunehmen, andernfalls davon auszugehen sei, dass darauf verzichtet wird. Der Beklagte hat in seiner Eingabe vom 18. Mai 2012 (act. 167 S. 3), nachdem ihm zuvor die Berufungsantwort (Art. 163) zugestellt worden war, mitgeteilt, dass es ihm innerhalb der Frist zur Anschlussberufungsantwort nicht möglich sei, gleichzeitig auch noch eine Replik einzureichen, weil er mit anderen Verrichtungen mehr als ausgelastet sei. Inzwischen ist mehr als genügend Zeit verstrichen, dass er, hätte er sich äussern wollen, dies hätte tun können. Wenn er dies nicht getan hat, ist im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Verzicht auf Äusserung anzunehmen. Die Sache ist damit spruchreif.

- 10 -

#### **E. 5**

Die Klage wurde beim Bezirksgericht unter dem Regime des kantonalen Prozessrechts anhängig gemacht und nach diesem Recht im Einklang mit der übergangsrechtlichen Bestimmung des Art. 404 ZPO beurteilt und entschieden. Die Berufung wurde nach dem Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung erhoben, weshalb sie sich gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO nach deren Regeln sowie den diese ergänzenden kantonalen Verordnungen beurteilt. II. Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates sowohl der Gesellschaft als auch den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Die Klägerin ist Abtretungsgläubigerin i.S.v. Art. 757 Abs. 2 OR und macht den Schaden der Gesellschaft geltend (vgl. act. 4/1-6). A. Schaden 1. In der Berufung (act. 152 Rz 1-5) weist der Beklagte darauf hin, dass der Verwaltungsrat mit dem Kauf der beiden Beteiligungen Nutzen aus den günstigen Produktions- und Investitionsmöglichkeiten im Osten Deutschlands gezogen und für die D. \_\_\_\_\_ AG (kurz: D. \_\_\_\_\_) den Eintritt in den europäischen Markt gefunden habe. Die Deutschlandprojekte seien gescheitert, was bei der D. \_\_\_\_\_ zu einem Schaden von rund Fr. 2'500'000.-- geführt habe (act. 152 S. 3 Rz 3; act. 143 Rz 1: Fr. 2'570'466.55.-- [Fr. 1'820'00.-- + Fr. 350'000.-- + Fr. 400'466.55 aus Wechselverpflichtungen]). Die Klägerin ihrerseits bleibt auch in der Berufungsantwort (act. 163 S. 4) bei einem erheblich höheren Schaden der D. \_\_\_\_\_ aus den Deutschlandprojekten von mindestens Fr. 5'836'000.--, wovon sie allerdings nur Fr. 1 Mio. eingeklagt hat. Der Betrag von Fr. 5'836'000.-- setzt sich nach den Angaben der Klägerin – unter Berücksichtigung, dass die Klägerin die Geltendmachung eines zusätzlichen Schadensbetrages von Fr. 722'000.-- nicht weiter verfolgt habe (act. 1 Rz 65, 87), wie folgt zusammen (act. 1 Rz 84; act. 1 Rz 97): Fr. 1'623'000.-- für Darlehen im Jahr 1993 (act. 1 Rz 50 ff., 53 und 64), Fr. 128'000.-- für Kapitalkosten im Jahr 1993 (act. 1 Rz 66) sowie Fr. 4'085'000.--

- 11 - für Darlehen im Jahr 1994 (dazu Rz 69 f., 73 f. und 80). Ist nur ein Schaden von Fr. 1 Mio. eingeklagt und vom Beklagten ein Schaden der D. \_\_\_\_\_ in der Höhe von rund Fr. 2.5 Mio. zugestanden, sind diesbezüglich keine Weiterungen erforderlich (so auch die Klägerin in act. 163 Rz 51). 2. Der Beklagte räumt ein (act. 152 S. 36 Rz 3; vgl. act. 143 Rz 10), dass die D. \_\_\_\_\_ die Beteiligungen an der J. \_\_\_\_\_ und der GbR Ende 1994 entschädigungslos an die O. \_\_\_\_\_ GmbH übertrug (Verkauf der J. \_\_\_\_\_ am 18. April 1995, vgl. act. 152 S. 36 Rz 3) und dass damit die Beteiligungen abgeschrieben werden mussten (act. 152 S. 36 Rz 5). Davon müssen notwendigerweise auch die gewährten Darlehen betroffen worden sein. Das lässt nur eine Betrachtungsweise zu, nämlich dass sämtliche Investitionen in die beiden vorgenannten Deutschlandprojekte – soweit die D. \_\_\_\_\_ in der ca. zwei Jahren dauernden Beteiligung keine Leistungen erhältlich machen konnte – als Totalverlust und damit als Schaden angesehen werden müssen. Ob phasenweise noch Aussicht auf Rückzahlung des Darlehens bestand (act. 152 S. 36 Rz 3), ist im Nachhinein bedeutungslos. Dass die D. \_\_\_\_\_ Ende 1994 noch nicht in Konkurs fiel, ist ohne Belang, weil der Verlust jedenfalls retrospektiv und unabhängig vom Zeitpunkt feststeht. Gab es für die D. \_\_\_\_\_ bei der Preisgabe der J. \_\_\_\_\_ keinen Erlös und wurden auch keine anderen Einnahmen aus der Zeit der Beteiligung substantiiert behauptet, so ist von einem Totalverlust in der Höhe sämtlicher der J. \_\_\_\_\_ (und der GbR) zur Verfügung gestellten Mittel auszugehen, ohne dass es für den Totalverlust auf das Datum per Ende 1993 ankäme. Ebenso wenig muss der umstrittenen Frage der Tragweite der per Ende 1993 vorgenommenen Wertberichtigungen (vgl. act. 125 S. 36 Rz 1 f., S. 36; Rz 5, 7) weiter nachgegangen werden. 3. Da die Klägerin mit der vorliegenden Klage lediglich den Betrag

von Fr. 1 Mio. – und zwar nicht als Teilklage (act. 37) – geltend macht und der Beklagte selber von einem Schaden von rund Fr. 2.5 Mio. ausgeht, ist von einem Schaden in der geltend gemachten Höhe auszugehen. Zu klären bleibt, ob der Beklagte den Schaden pflichtwidrig verursacht hat bzw. ob er dafür verantwortlich gemacht werden kann.

- 12 - B. Sorgfaltspflichtverletzung wegen eigenmächtigem Vorgehen 1. Mit Geschäftsführungsentscheiden von unabhängigen und unbefangenen Verwaltungsratsmitgliedern, gefasst auf einer angemessenen Informationsbasis und auf Grund ernsthafter Entscheidungsfindung, werden keine Pflichten verletzt, auch wenn sie sich nachträglich als falsch erweisen (BSK OR II-Gericke/Waller, N. 31a zu Art. 754). Nicht überprüfbar ist damit das Ergebnis – der Entscheid –, überprüfbar sind hingegen die einzelnen Schritte des Entscheidungsprozesses (BSK OR II-Gericke/Waller, N. 31 a zu Art. 754). Gehaftet wird demnach nur für fehlerhaft zustande gekommene, nicht aber für fehlgeschlagene Entscheide (Georg Krneta, Verwaltungsrat, 2. Aufl., Bern 2005, Rz 2059).

2. a) Der Beklagte kritisiert, dass ihm die Vorinstanz Pflichtwidrigkeit vorwerfe, weil er die verschiedenen Darlehen veranlasst und weil er an der Abklärung zur Vorbereitung der Darlehensgewährungen mitgewirkt habe (act. 152 S. 4 Rz 1 und 2). Die Klägerin habe nicht substantiiert, worin die angeblichen Pflichtverletzungen des Beklagten bestanden hätten. Der Beklagte habe die Geschäftsführung der D.\_\_\_\_\_ nicht zur Gewährung der verschiedenen Darlehen veranlasst; sämtliche Darlehen im Jahre 1993 seien durch die Geschäftsleitung bzw. durch den Delegierten E.\_\_\_\_\_ in Auftrag gegeben worden und es würden keine VR-Beschlüsse betreffend diese Zusatzinvestitionen vorliegen (act. 152 S. 4 Rz 1). b) Die Klägerin macht hierzu geltend, dass der Beklagte bis ins Berufungsverfahren nicht bestritten habe, dass er für die Investitionsentscheide betreffend J.\_\_\_\_\_ und GbR mitverantwortlich gewesen sei und dass er die Entscheide zusammen mit E.\_\_\_\_\_ getroffen habe, so dass es dazu auch nichts zu substantiieren bzw. nachzuweisen gegeben habe (act. 163 Rz 24 - 26). Damit steht die Frage der Zulässigkeit von Noven im Raum, welche im Berufungsverfahren nur unter gewissen Voraussetzungen (Art. 317 Abs. 1 ZPO) vorgebracht werden können. Anzumerken ist, dass es sich bei Noven um neue Tatsachen und Beweismittel handelt. Geht es hingegen darum, bereits in den Prozess eingeführtes rechtlich anders zu würdigen, beschlägt dies das Novenrecht nicht. Wie z.B. ein Verwaltungsratsbeschluss gefasst werden muss, um gültig zu sein, ist eine Rechts- und keine Tatfrage. aa) Der Beklagte hatte im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht, dass alle Investitionsbeiträge sorgfältig überlegt und vom Verwaltungsrat beschlossen worden seien (act. 9 S. 14; act. 25 S. 9); entgegen der Auffassung der Klägerin seien für alle Beteiligungsschritte VR-Beschlüsse vorliegend gewesen (act. 9 S. 14 und 15). Dies stellt er in der Berufung neuerdings in Frage, wenn er hier geltend macht, dass es keine Verwaltungsratsbeschlüsse bezüglich der Darlehensgewährungen im Geschäftsjahr 1993 gegeben hat (act. 152 S. 4 B. Rz 1: "... obwohl aktenkundig ist, dass sämtliche Darlehensgewährungen im Geschäftsjahr 1993 von der Geschäftsleitung bzw. dem Delegierten E.\_\_\_\_\_ in Auftrag gegeben worden sind und ein Verwaltungsratsbeschluss betreffend diese Zusatzinvestitionen nicht vorliegt"; Hervorhebung durch die Kammer). Die Klägerin kritisiert diese Kehrtwendung zum einen als unzulässiges Novum (act. 163 Rz 34), argumentiert in anderem Zusammenhang aber auch damit, dass der Beklagte das Fehlen von VR-Beschlüssen zugestanden habe (act. 163 Rz 75). Das Geständnis einer Partei enthebt von der Beweisführung (Hans Ulrich Walder/Béatrice Grob, Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Zürich 2009, Rz 3 zu § 29), weil das Geständnis einen

Rückschluss darauf zulässt, dass sich die zugestandene Tatsache verwirklicht hat, sofern nicht Tatsachen nachgewiesen sind, welche diesen Schluss als unsicher erscheinen lassen (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 319). Die Besonderheit besteht hier darin, dass der Beklagte, der im vorinstanzlichen Verfahren den Beweis für das Vorliegen von gültigen VR-Beschlüssen zu erbringen hatte (Beweissatz II./1 [Prot. VI 50]: "dass alle Investitionen, inklusive Darlehen, in die J.\_\_\_\_\_ GmbH im Zusammenhang mit dem Deutschland-Projekt nach dem 8. September 1993 aufgrund eines gültigen Verwaltungsratsbeschlusses getätigt oder nachträglich durch den Verwaltungsrat genehmigt wurden"), vor zweiter Instanz Behauptungen widerrief, welche er vor erster Instanz erhoben hatte und worüber Beweis abgenommen worden war. In ihrem Entscheid war die Vorinstanz zum Schluss gekommen, dass der Beweis, insbesondere dass für die Gewährung des Darle-

- 14 - hens über eine Million DM ein schriftlicher Verwaltungsratsbeschluss vorliege, nicht erbracht worden sei (act. 153 S. 71). In diesem Sinne hat der Beklagte demnach nichts "anerkannt", wovon die Vorinstanz in ihrem Entscheid ihrerseits nicht auch ausgegangen war; praktisch hat er sich insoweit dem Ergebnis des vorinstanzlichen Entscheids unterzogen, was zulässig ist. Das bedeutet allerdings auch, dass er sich in anderem Zusammenhang nicht mehr mit Erfolg darauf berufen kann, dass bezüglich der Zusatzinvestitionen gültige Verwaltungsratsbeschlüsse vorlagen. Die von der Klägerin aufgeworfene Novenfrage stellt sich demnach nicht und es ist auch nicht ersichtlich, dass sie davon tangiert sein könnte, da sie diesbezüglich die Vorinstanz ebenfalls nicht in Frage stellt. bb) In der Berufung führt der Beklagte zum "Verwaltungsratsbeschluss betreffend Darlehensgewährung" dann allerdings Folgendes aus (act. 152 S. 11 Rz 1.1): "Das Bezirksgericht geht auf S. 71 der Begründung davon aus, dass der dem Beklagten auferlegte Beweis dafür, dass alle Investitionen in die J.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit dem Deutschlandprojekt aufgrund eines gültigen Verwaltungsratsbeschlusses getätigt worden oder nachträglich durch den Verwaltungsrat genehmigt worden seien (Protokoll, S. 26, Beweissatz II, 1), vom Beklagten nicht habe erbracht werden können. Es stützt diese Annahme insbesondere mit dem Hinweis auf das Protokoll des Verwaltungsrates vom 8. Dezember 1993, wonach die Verwaltungsräte Dr. G.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ sich überrascht von der Information durch Dr. A.\_\_\_\_\_ betreffend die Übernahme der 60 % Aktienkapital der J.\_\_\_\_\_ zeigten (act. 4/49 S. 6)". Der Beklagte nimmt nachfolgend zu jenem Verwaltungsratsprotokoll auch näher Stellung (act. 152 S. 11) und erwähnt, dass die "Überraschung" von Dr. G.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ nicht das Vorgehen des Beklagten betroffen habe (act. 152 S. 11 Rz 1.2), dass gemäss VR-Protokoll vom 23. Juli 1993 weitere Beteiligungen gezielt z.B. via Betriebsmittel, die im Eigentum der D.\_\_\_\_\_ bleiben sollten, getätigt werden sollten (act. 4/27 S. 4), dass gemäss VR-Protokoll vom 8. September 1993 eine Beteiligung von über 50 % mit wenig Cash-Investition zu a(n)visieren sei und dass Lösungen in Vorbereitung seien (act. 152 S. 11 Rz 1.3). Als Folgerung aus den VR-Protokolle vom 23. Juni 1993 und vom

## **E. 8**

September 1993 überschuldet gewesen, obwohl sie (die Klägerin), wie der Beklagte zutreffend erwähnt habe, per Ende September 1993 von einem Eigenkapital von DM 500'000.-- ausgehe. Der Beklagte habe selber eingestanden, dass die J.\_\_\_\_\_ saniert werden musste. Es treffe daher zu, wenn die Vorinstanz die Darlehensgewährung angesichts der prekären Finanzlage von J.\_\_\_\_\_ für pflichtwidrig halte, zumal die Darlehen Eigenkapital

ersetzenden Charakter gehabt hätten (act. 163 Rz 126 ff.). cc) Anders als die Klägerin geltend macht, ist die Vorinstanz an der zitierten Stelle ihres Entscheides (act. 153 S. 74) nicht zum Schluss gekommen, die Darlehenshingabe sei pflichtwidrig gewesen. Sie hält an jener Stelle lediglich fest,

- 31 - dass im massgeblichen Zeitpunkt (September 1993) (noch) nicht von einer Überschuldung auszugehen war, hingegen davon, dass der Beklagte um die prekäre Finanzlage der J.\_\_\_\_\_ wusste. Dies hat der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren denn auch nie substantiiert bestritten. Anzumerken ist, dass es für die Beurteilung der Vertretbarkeit bzw. der Sorgfaltswidrigkeit des Ausbaus der Beteiligungen und der Darlehensgewährung nicht abschliessend auf die Frage der Überschuldung ankommt. Ob bereits überschuldet oder erst sanierungsbedürftig, ist lediglich eine graduelle Frage und die Einschätzung, ob sich ein Engagement dennoch rechtfertigt, hängt letztlich von weiteren Faktoren ab, insbesondere ob eine Sanierung und die eingeschossenen Gelder die bestehenden Probleme dauerhaft lösen können. b) Der Beklagte hat im vorinstanzlichen Verfahren auf die Fördergelder der öffentlichen Hand im Zusammenhang mit der Schaffung von Arbeitsplätzen in den Gebieten der ehemaligen DDR hingewiesen. Aus der Klageantwort (act. 9 S. 9) ergibt sich, dass das Land ... die Ansiedlung und Entwicklung von Industriebetrieben mit sog. Förderzuschüssen (à-fonds-perdu-Beträge, zinslose und zinsgünstige Darlehen) vorantrieb, dass Ende 1993/Anfangs 1994 eine langfristige Finanzierung durch Bürgschaften des Bundeslandes ... (act. 9 S. 7) für J.\_\_\_\_\_ und GbR von DM 13 Mio. (vgl. auch die Zahlen in act. 142 S. 21 Anm. 48-52) zugesagt war, wobei dafür allerdings eine Mitbeteiligung von D.\_\_\_\_\_ verlangt wurde (act. 9 S. 12). In act. 143 S. 13 Anm. 16 wies der Beklagte darauf hin, dass das Darlehen im Oktober 1993 über DM 1 Mio. erforderlich gewesen sei, um Unterstützung der Banken und des Bundeslandes ... zu erhalten. Die Unterstützungen sind auch noch an weiteren Stellen erwähnt, z.B. im Zusammenhang mit dem Standortvorteil (act. 142 S. 20). In der Klage und in der Replik äusserte sich die Klägerin überhaupt nicht zum Thema. In act. 139 Rz bezeichnet sie die erhofften Fördermittel, Landesbürgschaften und Kredite als "süßes Gift" und nicht als "Allheilmittel", weil sie das Engagement und damit das Risiko der D.\_\_\_\_\_ ganz erheblich erhöhten (act. 139 Rz 15 f.). Ohne die Möglichkeiten dieser Förderung wäre – so die Klägerin – wohl alles kritischer beurteilt worden (act. 139 Rz 72).

- 32 - Die Vorinstanz hat die unsichere Situation betreffend die Zusprechung von Fördergeldern erwähnt (act. 153 S. 85). Die Parteien haben dazu im Berufungsverfahren kaum Stellung genommen, der Beklagte hat immerhin ausgeführt, es habe noch Aussicht auf solche Gelder gegeben (act. 152 S. 34 Rz 4.). All das führt jedoch nicht dazu, dass die Förderung durch das Bundesland ... betreffend geförderter Gesellschaft (J.\_\_\_\_\_ oder GbR), betreffend Höhe der Förderung, betreffend Art der Förderung (à fonds perdu, rückzahlbare Darlehen, Bürgschaften) auch nur einigermaßen scharfe Konturen erhalten hat. Mangels substantiiertem Behauptungen kann der Vorinstanz auch nicht vorgeworfen werden, sie hätte darüber Beweis abnehmen müssen. Damit bleibt es dabei, dass unbestritten ist, dass Fördergelder in Aussicht standen bzw. gegeben wurden, dass sie aber, weil die Parteibehauptungen diesbezüglich zu vage sind, bei der Beurteilung, ob die J.\_\_\_\_\_ eine marode Gesellschaft war, kein konkret quantifizierbarer Faktor sein können. Da die Beweislast bei der Klägerin liegt, trägt sie den Nachteil und es ist davon auszugehen, dass nach wie vor mit Fördergeldern – wenn auch in unbekannter Höhe und Art – gerechnet werden konnte. c) Zur Klärung der Sorgfaltspflicht des Beklagten spielte vor

Vorinstanz auch die Sicherung der Darlehen bzw. die nachvollziehbare Gegenleistung für die Hin- gabe der Geldbeträge eine Rolle. Im Beweissatz I./1 wurden der Klägerin u.a. der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass die eigenmächtig zu Lasten der J.\_\_\_\_\_ ge- währten ungesicherten Darlehen per Ende 1993 Fr. 1'623'000.-- betrogen (Prot. VI 30) und in Beweissatz II./2. dem Beklagten der Hauptbeweis dafür, dass für die an die J.\_\_\_\_\_ bezahlten Geldbeträge eine nachvollziehbare Gegenleistung er- folgte (Beweissatz II./2.; Prot. VI S. 52). aa) Der Beklagte macht in der Berufung geltend, dass er verschiedene Zeugen und Urkunden genannt habe, mit denen der Wert des Deutschlandprojek- tes für die D.\_\_\_\_\_ dargestellt worden sei. Er weist darauf hin, dass die Vo- rinstanz nicht gesagt habe, ob nach ihrer Meinung der Beweis erbracht worden sei. Sie habe sich auf den S. 67 bis 69 lediglich mit nicht zum Beweis verstellten Fragen auseinandergesetzt (auf S. 69) und festgehalten, der Beklagte habe den Beweis für den Bestand werthaltiger Sicherheiten nicht erbracht. Das sei aller-

- 33 - dings falsch weil der Beklagte das Vorhandensein von Sicherheiten gar nicht ha- be beweisen müssen (act. 152 S. 22 Rz 4.3). Die Klägerin selber – so der Beklag- te – habe ausserdem nie behauptet, dass für das Darlehen von DM 1 Mio. keine Gegenleistung erfolgt sei, sondern sie habe bereits (in act. 1 S. 15 Rz 48) ausge- führt, dass es sich um ein langfristiges Darlehen gehandelt habe und habe die Gegenleistung damit nicht in Frage gestellt. Er habe – so der Beklagte – behaup- tet und auch bewiesen, dass damals bereits DM 700'000.-- (DM 400'000.-- für den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung an der J.\_\_\_\_\_ sowie DM 300'000.-- für die Beteiligung an der Immobilien GbR) gemäss den Beschlüssen des Verwaltungs- rates in das Deutschlandprojekt investiert worden seien, im Sommer 1993 habe die D.\_\_\_\_\_ die Managementverantwortung für die J.\_\_\_\_\_ übernommen und die J.\_\_\_\_\_ sei durch Forderungsverzichte der Gründer saniert worden. Die Über- nahme der Mehrheitsbeteiligung der D.\_\_\_\_\_ für lediglich DM 1.-- habe eine we- sentliche Gegenleistung für die Darlehensgewährung dargestellt (act. 152 S. 23). Die Beweislast zur Gegenleistung hätte ausserdem richtigerweise der Klägerin auferlegt werden müssen (act. 152 S. 24). Unter Hinweis auf act. 9 S. 16 macht er weiter geltend, dass er verschiedentlich behauptet habe, Sicherheit verlangt zu haben, was nicht zum Beweis verstellt worden sei (act. 152 S. 20). Und schon gar nicht sei er dafür beweispflichtig. Die Annahme der Vorinstanz, bei einem Darle- hen von DM 1 Mio. sei immer eine Sicherheit einzuholen, sei unhaltbar (act. 153 S. 84 f.). Bei Darlehen von der Mutter an die Tochter handle es sich um sog. Downstream-Darlehen und damit um wertneutrale Verschiebungen von Vermö- genswerten (act. 152 S. 21). Anzumerken ist, dass sich in act. 9 S. 16, welches der Beklagte dafür an- führt, dass er verschiedentlich behauptet habe, Sicherheiten verlangt zu haben, lediglich eine in jeder Hinsicht völlig unspezifische Bemerkung findet ("Die Investi- tionen wurden sorgfältig, nach kaufmännischen Grundsätzen geprüft und im Rahmen des Möglichen stets besichert"), über die sicherlich kein Beweis abzu- nehmen war. bb) Die Klägerin kritisiert den Beklagten in der Berufungsantwort, weil er zwischen Gegenleistung und Sicherheit unterscheide (act. 163 Rz 106 ff.): "Die

- 34 - Vorinstanz hat zu Recht «Gegenleistung» so verstanden, dass D.\_\_\_\_\_ von der Vertragsgegenseite für ihr Geld ein Äquivalent haben musste, d.h. keine à fonds perdu-Leistungen erbringen durfte: Bei einem Darlehen – einem einseitigen Ver- trag, wo es deshalb streng genommen keine synallagmatische «Gegenleistung gibt – bedeutet dies die Vereinbarung von angemessenen Konditionen, unter an- » derem die Hingabe von Sicherheiten durch den rückzahlungsfähigen und rück- zahlungswilligen Borger. Bei

anderen Zahlungen mussten Austauschleistungen in gleichartiger Höhe geleistet werden. In diesem Sinn hat auch die Klägerin den Begriff «Gegenleistung» verwendet. Ohnehin erkannte das Bezirksgericht, dass den Darlehen Eigenkapital ersetzender Charakter zukam (act. 153 S. 69, E. IV.4.2.b.cc). Diese rechtliche Qualifikation zieht der Beklagte zu Recht nicht in Zweifel; sie macht weitere Ausführungen zu angeblichen Sicherheiten überflüssig, weil die Darlehen vor diesem Hintergrund gar nicht zurückgefordert werden dürfen (act. 139 Rz 27-29). Das Beweisverfahren zeigte auch klar, dass es keine werthaltigen Sicherheiten gab". cc) Die Vorinstanz hat auf den von der D.\_\_\_\_\_ als Berater beigezogenen deutschen Rechtsanwalt Dr. Q.\_\_\_\_\_ hingewiesen, der anlässlich der 62. Generalversammlung der D.\_\_\_\_\_ erklärt habe, dass das Darlehen an die J.\_\_\_\_\_ über Fr. 1'6222'869.-- Eigenkapital ersetzenden Charakter habe und weder zurückgefordert noch besichert werden dürfe (act. 4/65 S. 14 = act. 26/28 S. 14), worauf Dr. Q.\_\_\_\_\_ den Beklagten offenbar auch mehrfach hingewiesen haben sollte (vgl. auch act. 153 S. 52 f.). Das Protokoll dieser Generalversammlung (Art. 4/65 = 26/28, je S. 14) enthält unter Ziff. 11, Sicherheiten, folgenden Hinweis: "Sicherheiten für die gewährten Darlehen ... seien eine separate Problematik. Nach bestehendem deutschem Recht seien die gewährten Darlehen sog. Eigenkapital ersetzendes Kapital und daher auch nicht zu besichern: Zitat: «Gibt man einer in Krise stehenden Gesellschaft ein Darlehen, so gilt dies als Eigenkapital und darf nicht zurückgefordert werden». Die Beschlüsse für die Gewährung von Darlehen an die J.\_\_\_\_\_ GmbH wurden von den Verwaltungsräten Herrn Dr. A.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ gefasst und [in] der Meinung, dass es sich um rückzahlbare Darlehen handelt".

- 35 - Beim kapitalersetzenden Darlehen geht es dogmatisch darum, dass die sog. Downstream-Finanzierung regelmässig in Form von Eigenkapital erfolgt und dass unter bestimmten Voraussetzungen nur noch diese Finanzierungsform zur Verfügung steht. Kapital ersetzend ist ein Darlehen dann, wenn an Hand des Darlehensvertrages anzunehmen ist, dass kein Dritter das Darlehen zu den nämlichen Konditionen gegeben hätte (Drittmannstest) oder dass es sich um eine Kapitaleinlage mit sanierender Wirkung handelt (Sanierungstest, vgl. Lukas Glanzmann, Konzern-Kreditfinanzierungen aus Sicht der kreditgebenden Bank, SZW/RSDA 2011, S. 229 ff., S. 247). In diesem Zusammenhang ist die Zeugenaussage von Rechtsanwalt Dr. Q.\_\_\_\_\_ von Bedeutung (act. 115), der von einem kapitalersetzenden Darlehen ausgeht. Dr. Q.\_\_\_\_\_ wurde (ab 5. August 1993, vgl. act. 115/4 S. 3) als Rechtsberater der D.\_\_\_\_\_ beigezogen und ist damit ein sachverständiger Zeuge, der vorprozessuale Kenntnisse über einen bestimmten Sachverhalt hat und dank seiner persönlichen Fachkunde daraus tatsächliche Schlussfolgerungen ziehen kann (KuKo ZPO-Schmid, N. 2 f. zu Art. 175). Zwar ist die Qualifikation als kapitalersetzendes Darlehen eine Rechtsfrage (KuKo ZPO-Schmid, N. 1 zu Art. 175), jedoch lässt sich die Aussage Q.\_\_\_\_\_ auch dahingehend einordnen, dass damit die zu Grunde liegenden Tatsachen bestätigt werden, die nach deutschem Recht das gewährte Darlehen zu einem Kapital ersetzenden Darlehen gemacht haben (vgl. 115/5 S. 6). Dass es sich um ein Eigenkapital ersetzendes Darlehen gehandelt hat, hat der Beklagte in der Berufung ausserdem nicht in Frage gestellt. Und selbst wenn man auf Grund des oben zitierten Generalversammlungsprotokolls (act. 4/65 = 26/28, je S. 14) davon ausgegangen sein wollte, dem Beklagten und E.\_\_\_\_\_ sei nicht klar gewesen, dass aus rechtlichen Gründen keine Rückzahlung erfolgen könne, so ist bei den Konditionen des Darlehens an die J.\_\_\_\_\_ vom 1./5. Oktober 1993 (act. 76/3) praktisch von einem "ewigen" Darlehen an eine angeschlagene Gesellschaft auszugehen (Laufzeit des Darlehens 10 Jahre mit Rückzahlung nach einer tilgungsfreien Zeit von 5 Jahren, allerdings mit einer un-

befristeten Aufschubmöglichkeit (zum nächstmöglichen Zeitpunkt, wenn es die wirtschaftliche Situation des Darlehensnehmers zulässt). Bezüglich der Besicherung des Darlehens wurde a.a.O. offenbar zunächst vorgesehen, dass keinerlei

- 36 - dingliche Sicherheiten zur Verfügung gestellt wurden, wobei das "keinerlei" mit "Werkzeuge als" überschrieben wurde, so dass die Klägerin in act. 139 Rz 31 darauf hinwies, dass es sich um eine Fälschung handeln dürfte. Der Beklagte weist bezüglich der erwähnten Werkzeuge auf die Aussage von E.\_\_\_\_\_ hin (act. 143 Rz 58), der in Prot. S. 127 als Zeuge bezüglich der erhältlich gemachten Gegenleistungen ausführte, dass – soweit er sich erinnere – Gegenleistungen erfolgt seien: "Es war nie so, dass wir sagten, wir schicken à fonds perdu Geld nach Deutschland, beispielsweise eine Million oder so". Um Präzisierung gebeten, antwortete E.\_\_\_\_\_: "Das wären Überschreibungen oder Sicherungen von Werten oder Erbringung von allfälligen Dienstleistungen, Ausleihe von Werkzeugen. Es muss ja etwas gegenüberstehen. Als Gegenleistungen kamen auch die Erhöhung von Gesellschaftsanteilen". Eine Aufforderung zur weiteren Präzisierung förderte nichts Näheres zu Tage. d) Der Beklagte hat in der Berufung die Ansicht vertreten, bei einem Darlehen von der Mutter an die Tochter liege ein sog. Downstream-Darlehen und damit eine wertneutrale Verschiebung von Vermögenswerten vor, weil dadurch die Beteiligung der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft entsprechend aufgewertet werde, so dass die Mutter letztlich ihre Eigeninteressen wahrnehme; ein Mutter-Tochter-Darlehen sei anders zu beurteilen als ein Darlehen an irgendwelche Dritten (act. 152 S. 21 Rz 3.3 und 3.4). Er beruft sich dabei u.a. auf die Arbeit von Arnold F. Rusch (Interzession im Interesse des Aktionärs, Zürich 2004, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 188, Zürich 2004, S. 5). Grundsätzlich wird diese Ansicht von Rusch a.a.O. vertreten, wobei in Anm. 5 allerdings auch auf problematische Konstellationen von Downstream-Darlehen hingewiesen wird, nämlich „wenn beispielsweise bei einer konkursreifen Tochtergesellschaft mit unzureichenden Kapitalspritzen versucht wird, den überfälligen und letztlich unausweichlichen Konkurs für eine gewisse Zeit hinauszuzögern“. Dass eine Pflichtwidrigkeit vorliegen würde, wenn die Überschuldung der J.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der Darlehensgewährung gegeben gewesen sein sollte, anerkennt denn auch der Beklagte selbst (act. 152 S. 21 Rz 3.5).

- 37 - Downstream-Leistungen führen tatsächlich nicht in jedem Fall zur Entreichung bei der Muttergesellschaft (vgl. Glanzmann, a.a.O., S. 234). Dabei ist allerdings – neben der finanziellen Situation der Tochter – zusätzlich das Mass der Beteiligung von Bedeutung: Wird die Tochter zu 100 % gehalten und bestehen an ihrer Überlebensfähigkeit keine Zweifel, so widerspiegelt sich der Wert der Downstream-Leistung in einem entsprechenden Mehrwert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft, so dass keine Entreichung der Mutter eintritt (Glanzmann, a.a.O., S. 234 mit zahlreichen Hinweisen in Anm. 29). Anders verhält es sich, wenn die Tochter finanziell angeschlagen ist und eine Insolvenz nicht ausgeschlossen werden kann. Dann begünstigen Downstream-Leistungen die Gläubiger der Tochter und die Muttergesellschaft wird, jedenfalls bei einer rein substanzmässigen Betrachtung, im Umfang der Downstream-Leistung entreichert. Beträgt die Beteiligung an der Tochter weniger als 100 %, so wird der Mehrwert im entsprechenden Umfang verwässert (Glanzmann, a.a.O., S. 234). Im vorliegenden Fall betrug die Beteiligung der D.\_\_\_\_\_ an der J.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der Gewährung des Darlehens 60 % (zur alsbaldigen Herabsetzung auf 49 % vgl. Prot. VI S. 136). e) Die Sicherung der Darlehen ist nur indirekt in Beweissatz I./1. erwähnt, indem der Klägerin der Beweis dafür

auferlegt wurde, dass die "an die J.\_\_\_\_\_ GmbH gewährten ungesicherten Darlehen per Ende 1993 Fr. 1'623'000.-- betru- gen". Der Einwand des Beklagten trifft deshalb zu, dass es damit die Höhe der Darlehen zu beweisen gab, nicht jedoch, ob dafür Sicherheit geleistet worden war. Die Vorinstanz ist von Eigenkapital ersetzenden Darlehen ausgegangen und die Klägerin hat zu Recht darauf hingewiesen, dass damit die Frage, ob Sicher- heit geleistet werden müsse, gar nicht relevant sei, weil die Darlehen zufolge die- ser Qualifikation ohnehin nicht hätten zurückbezahlt werden dürfen (act. 153 Rz 107, 113, 121, 128, 176; act. 139 Rz 27-29). Dieser Folgerung ist zuzustim- men und zusammenfassend festzuhalten, dass das Darlehen von DM 1 Mio. zu- mindest insofern problematisch war, als mit einer Rückzahlung – jedenfalls bei schlechtem Geschäftsgang – wegen der "offenen" Rückzahlungsverpflichtung auf allerweiteste Sicht nicht gerechnet werden konnte und dass die Downstream-

- 38 - Leistung bei einer Beteiligung der D.\_\_\_\_\_ von 60 bzw. 49 % nicht allein der D.\_\_\_\_\_ als "Mutter" zugutekam. 6. In den Sachdarstellungen der Parteien und in den Erwägungen der Vor- instanz nehmen die sog. Existenzgründer K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ breiten Raum ein. Die Vorinstanz hat gefunden, dass die vom Beklagten gemachte Behauptung, dass er erst nach dem 8. September 1993 vom zweifelhaften Ruf von K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ erfahren habe (Beweissatz II./5a), im Beweisverfahren widerlegt worden sei (act. 153 S. 77 f.). Der Beklagte kommentiert dieses Ergebnis nicht und setzt sich in der Berufung auch in keiner Weise damit auseinander. Daher gibt es für die Kammer keinen Grund, das Ergebnis der vorinstanzlichen Beweis- würdigung anzuzweifeln. a) Der Beklagte moniert, die Vorinstanz habe die Behauptung nicht geprüft, dass der Schaden durch die erst im Verlauf des Jahres 1994/5 bekannt geworde- nen kriminellen Machenschaften der Gesellschaftsgründer K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ verursacht worden sei (act. 152 S. 4 f.). In der Berufung weist der Beklagte an- derseits auch darauf hin (act. 152 S. 34 f.; vgl. act. 143 Rz 44, act. 25 S. 22), dass durch Urkunden und Zeugenaussagen nachgewiesen worden sei, dass die J.\_\_\_\_\_ ohne die Machenschaften von K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ hätte fortgeführt werden können: „Die Zeugin R.\_\_\_\_\_ führte diesbezüglich aus, dass die Schwie- rigkeiten der J.\_\_\_\_\_ ihren Grund darin hatten, dass die N'.\_\_\_\_\_ GmbH ihren Zahlungsverpflichtungen im Frühjahr 1994 nicht mehr nachkam. Aufgabe von RA Dr. Q.\_\_\_\_\_, der damals beigezogen worden sei, war es, das dubiose Geschäfts- gebaren der Herren K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ mit den Verpflichtungen der N'.\_\_\_\_\_ GmbH zu durchleuchten. Dabei zeigte sich mehr und mehr, dass hier einiges nicht mehr mit rechten Dingen zugegangen sei. Dr. Q.\_\_\_\_\_ sei denn auch gegen K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ mit strafrechtlichen Massnahmen vorgegangen. Das Ver- halten von K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ habe das Erreichen einer Landesbürgerschaft von jenem Zeitpunkt an erheblich gefährdet (act. 131/2, Seite 15I16). Ähnliche Aus- führungen hätten auch Dr. Q.\_\_\_\_\_ selbst sowie Herr S.\_\_\_\_\_ als Zeuge und der Beklagte gemacht. Unter diesen Umständen könne an der Annahme des Bezirks- gerichts nicht festgehalten werden, wonach keine ausreichenden Beweise für die

- 39 - kriminellen Machenschaften der Gründungsgesellschafter K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ vorliegen. Es ist auch nicht angängig die diesbezügliche Beweislast insofern zu überhöhen, als dass der Beweis lediglich durch ein entsprechendes Strafurteil als erbracht angesehen wird (vgl. Begründung Bezirksgericht, Seite 90). Der später eingetretene Schaden sei die Folge der Veruntreuung durch die Gesellschafter K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ gewesen, welche erst im Frühjahr 1994 entdeckt wurden. Einzig aufgrund dieser Entnahmen ohne

Gegenleistung wurde die J.\_\_\_\_\_ in ei- nem Umfang geschädigt, dass eine Fortführung nicht möglich war und die finan- zierenden Banken das Vertrauen verloren und die bereits zugesprochene Finan- zierung nicht länger aufrechterhielten. Diese Entwicklung war im Geschäftsjahr 1993 und Anfangs 1994 nicht voraussehbar, weshalb es sowohl an einer Pflicht- verletzung als auch an einem adäquaten Kausalzusammenhang zum Schaden fehlt, da dieser vollumfänglich auf das Verhalten der Gesellschafter L.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ zurückzuführen ist“. Damit nimmt der Beklagte Bezug auf das vorinstanz- liche Urteil (act. 153 S. 83), wonach im Beweisverfahren nicht geklärt werden konnte, inwieweit das Scheitern des Deutschlandprojektes mit unlauteren Ma- chenschaften der Gründungsgesellschafter K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ zusammenhän- ge: „Es war zwar von Veruntreuungen und betrugsähnlichen Machenschaften die Rede. Auch findet sich eine Strafanzeige von Dr. Q.\_\_\_\_\_ gegen den Grün- dungsgesellschafter K.\_\_\_\_\_ in den Akten (vgl. act. 76/80). Hinweise, dass die betreffenden Personen auch tatsächlich strafrechtlich verurteilt wurden und für welche zivilrechtlichen sprich geschäftlichen Verfehlungen, lassen sich den Akten nicht entnehmen“. b) Die Klägerin kommentiert die Rügen des Beklagten (Kenntnis vom zwei- felhaften Ruf von K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ sowie Ursächlichkeit von deren kriminel- len Machenschaften) wie folgt (act. 163 Rz 44 f.): „Strittig war in diesem Zusam- menhang einzig, ob der Beklagte bereits vor der Investition in J.\_\_\_\_\_ von den Vorbehalten der Geschäftsleitung wusste (vgl. act. 57 Beweissatz II/5.b). Die Vor- instanz kam in Würdigung verschiedener Beweise zum Schluss, dass der Beklag- te von diesen Vorbehalten auf jeden Fall vor dem 8. September 1993 wusste (act. 153 S. 77 f. E. IV.4.2.h.aa), d.h. vor den hier zu beurteilenden Darlehen. E.\_\_\_\_\_ und die Geschäftsleitungsmitglieder bestätigten, dass die Geschäftslei-

- 40 - tungsmitglieder nicht nur gewarnt hatten, sondern «auf die Barrikaden» gingen. Man habe den Herren T.\_\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_\_ wegen ihres Widerstandes sogar mit der Kündigung drohen müssen (act. 153 S. 35 E. IV.2.c.dd, S. 77 E. IV.4.2.h.aa). U.\_\_\_\_\_ bezeugte, dass er nie mit dem Kauf und der Beteiligung an J.\_\_\_\_\_ einverstanden gewesen sei (Prot. S. 174, 179 ff.). Sobald er von K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ gehört habe, habe er gesagt: «Achtung Gefahr» (Prot. S. 181). V.\_\_\_\_\_ bestätigte diesen Protest des Managements und die negative Einschätzung von K.\_\_\_\_\_ (Prot. S. 124 f.; act. 153 S. 39 f. E. IV.2.d). Auch laut W.\_\_\_\_\_ habe man gewusst, dass K.\_\_\_\_\_s Geschäftsgebaren unseriös war (Prot. S. 159)“. Bezüglich der schädigenden Verfehlungen von K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ weist die Klägerin darauf hin (act. 163 Rz 164 ff.), dass der Beklagte losgelöst vom Be- weisergebnis argumentiere, wenn er einfach wiederhole, die Verfehlungen von K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ hätten den Schaden verursacht: „Der Beklagte hat diese Verfehlungen nie substantiiert und erbrachte dafür keine Beweise (act. 153 S. 90 E. V.4.b). Zu Recht hielt die Vorinstanz zudem fest, dass eine allfällige Mithaftung von K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ den Kausalzusammenhang nicht unterbrechen würde (a.a.O.). Grobes Drittverschulden unterbricht nur in Ausnahmefällen den Kausal- zusammenhang (Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A. Zürich 1987, N 282 ff.; BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller, Art. 754 N. 45; Bärtschi S. 238). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor (vgl. auch act. 34 Rz 27 S. 11). Selbst wenn im Übrigen die behaupteten kriminellen Machenschaften von K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ zum Schaden mit beigetragen haben sollten, würde dies auch aus anderen Gründen dem Beklagten nicht helfen: Er wusste bereits vom zweifelhaften Ruf von K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_, bevor D.\_\_\_\_\_ in J.\_\_\_\_\_ investierte (Urteil S. 85 E. V.2.2.c). Und auf jeden Fall ist aktenkundig, dass er vor Beginn der Darlehensgewährungen im Herbst 1993 von der mangelhaften Seriosität von K.\_\_\_\_\_

und L.\_\_\_\_\_ gewusst hat. Im August 1993 erklärte er Dr. Q.\_\_\_\_\_ (act. 75/43 S. 2 oben, Hervorhebung ergänzt): «Mittlerweile ist zweifelhaft, ob die von beiden Gesellschaften [d.h. die Gesellschaften von K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_] berechneten Preise marktgerecht waren oder ob nicht vielmehr beide Gesellschafter auf diese Art und Weise versucht haben, sich persönlich zu bereichern»(act. 139

- 41 - Rz 79 ff., insbesondere Rz 82). Der Beklagte hätte – so die Klägerin – die fehlende Seriosität von K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ bei den verhängnisvollen Investitionsentscheidungen berücksichtigen können und müssen, insbesondere indem die Investitionen aus diesen Gründen unterlassen worden wären, oder indem K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ zuvor alle Einflussmöglichkeiten entzogen worden wären (vgl. z.B. BGE 122 III 200 E. 4). Indem der Beklagte diese naheliegenden Vorsichtsmassnahmen unterlassen hat, hat er den Schaden zumindest mitverursacht“. aa) Auch die Kammer geht davon aus, dass der Beklagte vom zweifelhaften Ruf von K.\_\_\_\_\_/L.\_\_\_\_\_ gewusst hat. Dabei ist allerdings nicht datumsmässig belegt, auf welchen genauen Zeitpunkt sich dieses Wissen bezieht, auf den ursprünglichen Investitionsentscheid oder auf den Zeitpunkt des Ausbaus des Engagements im Herbst 1993. Dass erst der Ausbau des Engagements den vehementen Protest beim Management ausgelöst hat, ist nicht zu erwarten, so dass sich die Frage gestellt haben könnte, ob der Beklagte im Herbst 1993 Anlass hatte, die Frage der Vertrauenswürdigkeit von K.\_\_\_\_\_/L.\_\_\_\_\_ (erneut) zu prüfen. Da der Beklagte – wie bereits erwähnt – diesbezüglich in der Berufung nichts rügt, muss dem auch nicht weiter nachgegangen werden. Anzumerken ist allerdings, dass sich keine Anhaltspunkte und auch keine Behauptungen finden, dass K.\_\_\_\_\_/L.\_\_\_\_\_ infolge der Proteste des eigenen Managements näher unter die Lupe genommen worden wären. Nach der Aussage von E.\_\_\_\_\_ stellte man das protestierende Management sogar mit Kündigungsandrohungen ruhig. Aber selbst wenn im Zeitpunkt des ursprünglichen Einstiegs Abklärungen getroffen worden wären, hätte vor dem Erweiterungsentscheid der Hinweis in der Aktennotiz vom 18. August 1993 (act. 26/13) Anlass zu neuen oder vertieften Abklärungen geben müssen. Der Verdacht, dass beide Gesellschafter versucht hätten, sich persönlich zu bereichern und die dem Beklagten bekannten ganz erheblichen Verluste bei der J.\_\_\_\_\_ in Kombination mit dem Protest des eigenen Managements – offenbar alles Branchenkenner, die K.\_\_\_\_\_/L.\_\_\_\_\_ in der Kategorie von Gaunern (mehrfache Konkursiten; Prot. VI S. 107) eingereiht hatten – lassen die Förderung bzw. die unterlassene Verhinderung des ungeprüften Ausbaus des Engagements und die Investition in Firmen, die massgeblich durch K.\_\_\_\_\_/L.\_\_\_\_\_ geführt wurden, als pflichtwidrig i.S.v. Art. 754 OR erscheinen.

- 42 - Hätte der Verwaltungsrat insgesamt und als Gremium in jener Situation den Erweiterungsentscheid rechtsgültig gefällt und Mittel investiert, so hätte er sich dem gleichen Vorwurf ausgesetzt. Einzig die Tatsache, dass der Beklagte und E.\_\_\_\_\_ kompetenzwidrig "am Gremium vorbei" handelten, hilft dem Beklagten nichts. bb) Zu den angeblich erst im Verlauf des Jahres 1994/5 bekannt gewordenen kriminellen Machenschaften der Gesellschaftsgründer K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ (act. 152 S. 4 f.) hatte der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren Folgendes behauptet (act. 9 S. 12): „Mit dem wachsenden Einfluss der D.\_\_\_\_\_ AG wurden die beiden Existenzgründer zunehmend unkooperativer und schliesslich zu einer grossen Belastung. Sie hielten sich nicht an Abmachungen, agierten eigenmächtig und entfalteten unglaubliche kriminelle Energien. So hatte L.\_\_\_\_\_ die D.\_\_\_\_\_ AG über die tatsächliche Situation bei der GbR getäuscht. Trotz schriftlichen Zusagen beanspruchte er mögliche Eigenkapitalhilfegelder des Landes ... nicht. Mit

fadenscheinigen Erklärungen plünderte er die Kasse der GbR (ca. DM 170'000.--). Nach der Mehrheitsübernahme bei der J.\_\_\_\_\_ durch die D.\_\_\_\_\_ AG zog der für den Verkauf zuständige K.\_\_\_\_\_ laufs Oktober/November 93 für rund DM 1 Mio. Ware ab und konnte in der Folge keine kurzfristige Rückzahlung erbringen. Die D.\_\_\_\_\_ AG erstattete deshalb Straf- anzeige und traf die notwendigen Anstalten, um ihn als Gesellschafter auszuschliessen. Nach dem positiven Bescheid bezüglich Landesbürgschaften vom Dezember 1993 witterten K.\_\_\_\_\_/L.\_\_\_\_\_ das grosse Geld und entfachten ein Feuerwerk, um die D.\_\_\_\_\_ AG aus den beiden Gesellschaften zu entfernen. Dieses Spiel war erst dann beendet, als es gelang, K.\_\_\_\_\_ die Gesellschaftsanteile zu entziehen resp. ihn auszuschliessen. Damit waren die Probleme jedoch nicht gelöst, weil die Finanzierung der Firma auf das Modell von zwei Existenzgründern ausgerichtet war. Eine natürliche Person hätte die Haftungen von K.\_\_\_\_\_ eintreten müssen. Bei dieser Sachlage zögerte das Land ... die definitive Zuspreehung der Landesbürgschaften hinaus“. Und in act. 9 S. 17 f. Rz 109: „Die J.\_\_\_\_\_ GmbH war ein im Aufbau begriffenes, junges Unternehmen, das ausschliesslich durch kriminelle Handlungen und verlustbringende Störmanö-

- 43 - ver der Existenzgründer sowie den Konkurs der Vertriebsgesellschaft N.\_\_\_\_\_ in Bedrängnis gebracht wurde“. Thematisiert sind die Machenschaften ausserdem in der Duplik (act. 25 Rz 15): „Als die Verfehlungen von K.\_\_\_\_\_, insbesondere dessen massive Bezüge (in Geld und Ware) zu Lasten der Gesellschaft, bekannt wurden, wurde umgehend reagiert und K.\_\_\_\_\_ als Geschäftsführer abgesetzt und als Gesellschafter ausgeschlossen. Anfangs 1994 wurde auch L.\_\_\_\_\_ seiner Geschäftsführerfunktionen enthoben“. Schliesslich sind die «Machenschaften» von K.\_\_\_\_\_ als Ursache für die im Dezember 1993 erfolgte totale Sperrung der Konten der D.\_\_\_\_\_ durch Dr. G.\_\_\_\_\_ erwähnt, was zu einer totalen Blockade aller betrieblichen Aktivitäten in der Schweiz geführt und die guten Aussichten auf die zeitlich nahen Landesbürgschaften massiv gefährdet habe. Das sei der Grund gewesen, warum der Beklagte dann die Mehrheit der D.\_\_\_\_\_ übernommen habe (act. 25 S. 24). cc) Fraglich ist damit nur noch, ob es auf Grund der erstinstanzlichen Parteivorbringen für die Vorinstanz Anlass gegeben hätte, dem Schaden durch die angeblich erst im Verlauf des Jahres 1994/5 bekannt gewordenen kriminellen Machenschaften der Gesellschaftsgründer K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ und deren Auswirkungen nachzugehen und darüber Beweis zu erheben. Die Machenschaften von K.\_\_\_\_\_/L.\_\_\_\_\_ sind von der Klägerin nicht bestritten worden, so dass dazu keine Beweise erhoben werden mussten. Wie die Klägerin zutreffend erwähnt (act. 18 Rz 80), wären sowohl die Machenschaften als auch der dadurch verursachte Schaden allerdings näher zu substantiieren gewesen. Das ist nicht geschehen, so dass sich ein Beweisverfahren auch aus diesen Gründen erübrigte. Zwar kritisiert der Beklagte die vorinstanzliche Erwägung, worin diese ihrerseits bemängelt, dass keine entsprechenden Strafurteile eingereicht worden seien, zu Recht, weil kriminelle Machenschaften und deren Auswirkungen auf die J.\_\_\_\_\_ auch auf andere Weise – genügend substantiiert – behauptet und dann gegebenenfalls im Rahmen des Beweisverfahrens hätten nachgewiesen werden können (vgl. dazu z.B. Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz 9.28). Erforderlich wären dann allerdings entsprechende detaillierte Behauptungen gewesen. Die Vorinstanz hätte den Beklagten auch nicht

- 44 - auf die mangelhafte Substantiierung im Sinne von § 55 ZPO/ZH hinweisen müssen, weil dies – wie erwähnt – bereits die Klägerin, insbesondere in act. 18 Rz 80, getan hat. dd)

Der Beklagte macht mit der Berufung allerdings auch geltend, der Nachweis schädigender krimineller Machenschaften – Entnahmen ohne Gegenleistung (act. 152 S. 35 Rz 7) – seien durch Urkunden und Zeugen nachgewiesen worden (act. 152 S. 34 Rz 5). In diesem Zusammenhang beruft er sich auf die Zeugen R.\_\_\_\_, Dr. Q.\_\_\_\_ sowie Herr S.\_\_\_\_ und verweist auf act. 131/2 S. 15 f. und Prot. VI S. 81 f.. Nach der Zeugin R.\_\_\_\_ hätten die Schwierigkeiten der J.\_\_\_\_ darin bestanden, dass die N'.\_\_\_\_ GmbH ihren Zahlungsverpflichtungen im Frühling 1994 nicht mehr nachkam. Der Beizug von Dr. Q.\_\_\_\_ sei erfolgt, um das dubiose Geschäftsgebaren von K.\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_ im Zusammenhang mit der genannten N.\_\_\_\_ zu durchleuchten, wobei sich mehr und mehr gezeigt habe, dass einiges nicht mit rechten Dingen zugegangen sei, so dass die Landesbürgerschaft von jenem Zeitpunkt an erheblich gefährdet war (act. 152 S. 34 Rz 5). Hat die Vorinstanz – zu Recht – keine Beweissätze zu den (unsubstantiiert) behaupteten kriminellen Machenschaften von K.\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_ formuliert, so bleibt zu klären, inwiefern Hinweise und Antworten von Zeugen, welche in den nicht zum Beweis verstellten Zusammenhang gehören, aber im Rahmen anderer Beweissätze gegeben werden, von Bedeutung sein können. Diesbezüglich ist davon auszugehen, dass solche „Zufallsfunde“, denen keine entsprechenden Behauptungen zu Grunde liegen, nicht zu berücksichtigen sind (KuKo ZPO- Oberhammer, N. 10 zu Art. 55 für das alte Recht vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N. 2 zu Art. 148 ZPO). Wie es sich damit verhält, kann hier offen bleiben, weil die Erkenntnisse, die sich aus der Einvernahme der Zeugin R.\_\_\_\_ ergeben, ebenfalls nicht ausreichend detailliert und aussagekräftig sind. Auf Dr. Q.\_\_\_\_ wird in der Aussage R.\_\_\_\_ nur indirekt verwiesen. Dieser ist allerdings seinerseits einvernommen worden (act. 115/4), so dass zu erwarten gewesen wäre, dass die Fundstelle/n für allfällige wesentliche Aussagen von Dr. Q.\_\_\_\_ genau bezeichnet

- 45 - worden wären. Gleiches gilt für den ebenfalls genannten Zeugen S.\_\_\_\_. Der Verweis des Beklagten auf Prot. VI S. 81 und 82 (vgl. act. 152 S. 36 Rz 8) bezieht sich auf seine eigene persönliche Befragung (ab Prot. VI S. 62 ff.). Auf S. 81 f. nimmt er zu Beweissatz I./6.a Stellung („dass die Handlungen und Entscheidungen des Beklagten im Zusammenhang mit dem Projekt J.\_\_\_\_ GmbH zum behaupteten Schaden der D.\_\_\_\_ AG führten“). Diesbezüglich ist ohnehin auf § 149 Abs. 3 ZPO/ZH hinzuweisen, wonach Aussagen zu Gunsten der befragten Partei keinen Beweis bilden. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Beklagte für den Niedergang des Deutschlandprojekts die kriminellen Machenschaften von K.\_\_\_\_/L.\_\_\_\_ verantwortlich macht, wobei dieses Verhalten genau dem entsprach, was im Vorfeld der Investitionen bzw. der Erweiterung derselben erwartet werden musste. 7. a) Der Klägerin war unter I./8 der Hauptbeweis auferlegt worden, dass die Handlungen des Beklagten auch von Eigeninteressen gesteuert waren (Prot. VI S. 49). Die Klägerin hat dafür diverse Urkunden zum Beweis angeboten (Prot. VI S. 49 f.). Aus act. 4/24 S. 1 f. (Entwurf der GbR) ergibt sich, dass die F.\_\_\_\_ Holding AG an der GbR mit 25 % beteiligt war. Insbesondere erwähnenswert ist act. 26/25 (Geschäftsbericht 1993 der F.\_\_\_\_ Holding AG), welcher beim Hauptbeweis der Klägerin wie auch beim Gegenbeweis des Beklagten (dort als act. 76/101) genannt wurden (Prot. VI S. 50). Daraus ergibt sich, dass der Beklagte von 12'000 Aktien à Fr. 10.-- deren 9'999 Stück übernommen hatte und gleichzeitig VR-Präsident der F.\_\_\_\_ Holding war. Die F.\_\_\_\_ Holding AG ist im Abtretungsvertrag betreffend N.\_\_\_\_ vom 20. Mai 1993 (act. 4/25) als Vertragspartei genannt und die Vereinbarung vom 20. Mai 1993 ist u.a. vom Beklagten unterzeichnet. Die Vorinstanz weist bezügliche Eigeninteressen des Beklagten

darauf hin, dass sich aus act. 4/36 S. 6 (Bericht von ... vom 5. Januar 1994) ergebe, dass sich der Beklagte an der N.\_\_\_\_\_ beteiligt hatte, nach eigenen Angaben mit 40 % via die F.\_\_\_\_\_ Holding an der N.\_\_\_\_\_ und mit 25 % an der GbR (Prot. VI S. 134). Privat habe er eine Bürgschaft zu Gunsten der N.\_\_\_\_\_ über Fr. 1 Mio. geleistet, alles im Frühjahr 1993 (Prot. VI S. 135 f. und S. 138). Schliesslich erwähnt die Vorinstanz die Übernahme von Anteilen an der J.\_\_\_\_\_ (mit persönlicher Haftung gegen DM 2 Mio., Prot. VI S. 136 f.) und wohl auch Bürgschaften für

- 46 - die Existenzgründungsgelder in der Höhe von DM 700'000.-- (Prot. VI S. 138). Die Vorinstanz ging von einer möglichen Interessenkollision aus und erwähnte, dass E.\_\_\_\_\_ und Dr. G.\_\_\_\_\_ nichts von den Beteiligungen des Beklagten gewusst hätten. Nach Ansicht der Vorinstanz gebe es daher Anhaltspunkte, dass der Beklagte bezüglich Entscheidungen als Verwaltungsrat der D.\_\_\_\_\_ nicht mehr frei gewesen sei (act. 153 S. 74 f.). Im Rahmen der rechtlichen Würdigung (act. 153 S. 86 f.) weist die Vorinstanz schliesslich darauf hin, dass der Beklagte bereits im Mai 1993 an der N.\_\_\_\_\_ und der GbR beteiligt gewesen sei, so dass die Gefahr einer Interessenkollision nicht von der Hand zu weisen sei. Später habe der Beklagte dann die D.\_\_\_\_\_ veranlasst, zu Gunsten der N.\_\_\_\_\_ Wechselbürgschaften einzugehen. Deshalb wäre es angezeigt gewesen, dass der Beklagte seine Beteiligungen gegenüber den anderen Verwaltungsratsmitgliedern offengelegt hätte und bei der Erweiterung der Beteiligung an der J.\_\_\_\_\_ und der GbR im Herbst 1993 in den Ausstand getreten wäre (act. 153 S. 86). b) Der Beklagte macht in der Berufung (act. 152 S. 30 f.) geltend, dass sich bereits aus act. 4/24 S. 2 und 5 = 75/21 (das unterzeichnete Exemplar) ergebe, dass zumindest der VR-Präsident, E.\_\_\_\_\_, von seiner Beteiligung gewusst habe. Davon ist tatsächlich auszugehen, da die Gesellschafter der GbR bzw. deren Organe mindestens so viel wussten, dass der Beklagte für die F.\_\_\_\_\_ Holding AG unterzeichnete bzw. dafür vorgesehen war. Weiter führt der Beklagte an, aus seiner persönlichen Befragung ergebe sich (Prot. VI S. 134), dass an einer VR-Sitzung im Frühling 1993, an der alle Verwaltungsräte (E.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_, I.\_\_\_\_\_ und der Beklagte) anwesend gewesen waren, besprochen worden sei, dass die F.\_\_\_\_\_ 25 % als Unterstützung der D.\_\_\_\_\_ im Sinne eines Mittragens von Verantwortung am finanziellen Engagement übernehme; es sei auch darum gegangen, K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ nicht zu viel Gewicht zu geben (Prot. VI S. 134 unten). Weiter macht der Beklagte geltend, die Interessen der D.\_\_\_\_\_ und der F.\_\_\_\_\_ seien bezüglich dem Engagement bei der J.\_\_\_\_\_ gleichlaufend gewesen, so dass eine Interessenkollision nicht ersichtlich sei (act. 152 S. 30 Rz 2.3). Soweit diese Aussage zu seinen eigenen Gunsten lautet, kann der Beklagte allerdings nichts für sich ableiten (§ 149 Abs. 3 ZPO/ZH).

- 47 - c) Anzumerken ist, dass der Beklagte selber nicht behauptet, dass seine Beteiligung an der F.\_\_\_\_\_ explizit offen gelegt worden sei. Und die Beteiligung an der N.\_\_\_\_\_ vom 20. Mai 1993 stellt der Beklagte nicht in Abrede, bestreitet aber auch hier die Interessenkollision; die Beteiligung sei im Interesse der D.\_\_\_\_\_ gewesen (act. 152 S. 30 Rz 2.4). Damit hätte das Gebrauchsrecht an den der N.\_\_\_\_\_ gehörenden Werkzeugen, die für die D.\_\_\_\_\_ (und die J.\_\_\_\_\_) wichtig gewesen seien, sichergestellt werden sollen (act. 143 S. 36 Rz 92). E.\_\_\_\_\_ habe – was zutrifft – den Einsatz der Werkzeuge als Zeuge (Prot. VI S. 121) bestätigt. Weiter macht der Beklagte geltend (act. 152 S. 30 f. Rz 2.5 und 2.6), dass es auf eine Verwechslung des Bezirksgerichtes zurückzuführen sei, wenn behauptet werde, der Beklagte habe die D.\_\_\_\_\_ veranlasst, zu Gunsten der N.\_\_\_\_\_ Wechselbürgschaften einzugehen; Bezogene sei die N'.\_\_\_\_\_ GmbH (...) gewesen (act.

4/42 sowie 4/43), die die Kundin der J. \_\_\_\_\_ gewesen sei (act. 153 S. 18, S. 20 und 22). Ebenso falsch sei die Annahme der Vorinstanz gewesen (act. 153 S. 83 und 86), die N. \_\_\_\_\_ sei an Stelle der abgesprungenen ... Hauptabnehmerin geworden und habe die finanzielle Schieflage der J. \_\_\_\_\_ verursacht und dass der Beklagte die D. \_\_\_\_\_ veranlasst habe, Wechselbürgschaften zu Gunsten der N. \_\_\_\_\_ einzugehen, was nie geschehen sei (act. 152 S. 31 Rz 2.7 und 2.8). d) Die Klägerin ihrerseits verweist in der Berufungsantwort im Einzelnen auf das vielfältige Engagement des Beklagten im "Deutschlandprojekt". Die Behauptung, dass E. \_\_\_\_\_ den Vertrag vom 16. Juli 1993 (act. 4/25) mitunterzeichnet habe und dass er gewusst habe, dass der Beklagte hinter der F. \_\_\_\_\_ stehe, sei neu und verspätet (act. 163 Rz 140). Die Interessenkonflikt von D. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ – so die Klägerin – liege auf der Hand, was sie – unter Hinweis auf act. 18 Rz 72 – bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht habe. Ihre dortige Äusserung lautet: "Bestritten wird, dass F. \_\_\_\_\_ Holding den Zweck verfolgt habe, D. \_\_\_\_\_ zu entlasten. Ein derart uneigennütziges Verhalten wäre nicht nur gänzlich ungewöhnlich gewesen; es hätte nicht einmal dem statutarischen Gesellschaftszweck von F. \_\_\_\_\_ Holding entsprochen (act. 1 Rz 18). Das angeblich altruistische Verhalten des Beklagten wird auch dadurch widerlegt, dass er sich bereits im Mai 1993, als noch alles in bester Ordnung schien, bei N. \_\_\_\_\_ betei-

- 48 - ligte" (act. 1 Rz 25 und act. 163 Rz 49 ff.). Die Klägerin macht in der Berufungsantwort zu den Eigeninteressen des Beklagten weiter geltend, dass zwischen der D. \_\_\_\_\_ und der N. \_\_\_\_\_ divergierende Interesse bestanden hätten (act. 163 S. 34). Ausserdem weist sie darauf hin, dass sie behauptet habe, der Beklagte habe die D. \_\_\_\_\_ veranlasst, zu Gunsten der N. \_\_\_\_\_ Wechselbürgschaften einzugehen, statt zu Gunsten der N'. \_\_\_\_\_ GmbH, wobei sie das Versehen in der Replik (act. 18 Rz 49) korrigiert habe (act. 163 S. 35). Letztlich – so die Klägerin – komme es bezüglich der Bürgschaftsverpflichtungen nicht darauf an, zu Gunsten welcher der miteinander verbundenen "...-Gesellschaften [N. \_\_\_\_\_ bzw. N'. \_\_\_\_\_]" die Bürgschaften gewährt worden seien. e) Es ist offensichtlich, dass der Beklagte sich auf vielfältigste Weise im "Deutschlandprojekt" engagiert hatte. Letztlich kommt es auf die Frage der geltend gemachten Eigeninteressen des Beklagten für das vorliegenden Verfahren gar nicht (mehr) an, geht es hier doch (nur noch) um zwei Beträge, nämlich um das Darlehen der D. \_\_\_\_\_ an die J. \_\_\_\_\_ vom 1./5. Oktober 1993 über Fr. 900'000.--/DM 1 Mio. und um das Darlehen der D. \_\_\_\_\_ an die J. \_\_\_\_\_ vom 24. Januar 1994 von DM 420'000.-- (act. 4/52). Der Beklagte oder Gesellschaften, an denen er beteiligt war, hielten jedenfalls im massgeblichen Zeitpunkt (Oktober 1993 bis Januar 1994) keine Beteiligungen an der J. \_\_\_\_\_, woran K. \_\_\_\_\_ und L. \_\_\_\_\_ ursprünglich mit je 45 % und die D. \_\_\_\_\_ mit den restlichen 10 % beteiligt gewesen waren (z.B. act. 11/8); das Engagement der D. \_\_\_\_\_ ist in der Folge durch Übernahme von je 25 % von K. \_\_\_\_\_ und L. \_\_\_\_\_ auf 60 % ausgedehnt worden, wobei im September/Oktober 1993 11 % der Anteile bereits wieder an einen gewissen AB. \_\_\_\_\_ gegangen waren, weil die D. \_\_\_\_\_ wegen der Regeln für die Beanspruchung von Fördermitteln nicht mehr als 49 % Anteil an der J. \_\_\_\_\_ habe halten dürfen (Prot. VI S. 136). Dazu äussern sich die Parteien nicht. Damit sind – bezogen auf die von den Parteien namhaft gemachten Fälle – keine direkten Eigeninteressen des Beklagten ersichtlich. Erledigt hat sich auch die Frage der von der Vorinstanz bejahten Ausstandspflicht des Beklagten (act. 153 S. 86), weil es im massgeblichen Zeitpunkt (Herbst 1993 und Januar

- 49 - 1994) und bezüglich der Darlehen von D. \_\_\_\_\_ an die J. \_\_\_\_\_ keine konkurrierenden Eigeninteressen des Beklagten gab. Ausserdem würde der Ausstand eine förmliche Beschlussfassung voraussetzen. Setzten sich E. \_\_\_\_\_ und der Beklagte ohnehin über die Regeln der Beschlussfassung hinweg, so kommt es auf eine allfällige Ausstandspflicht nicht entscheidend an, worauf auch der Beklagte hinweist (act. 152 S. 31 Rz 2.9). D.

Verschulden 1. Haftbar ist der pflichtwidrig handelnde Verwaltungsrat nur, wenn ihn ein Verschulden trifft, wobei irgendein Verschulden genügt, auch ein leichtes (BSK OR II-Gericke/Waller, N. 32 zu Art. 754). Dabei wird die Anwendung der gleichen Sorgfalt wie für eigene Angelegenheiten nicht als ausreichend angesehen: "Ein Verschulden ist vielmehr immer dann gegeben, wenn der Beklagte nicht so gehandelt hat, wie es von einem objektivierten Organ in der konkreten Stellung verlangt werden darf (BSK OR II-Gericke/Waller, N. 32 zu Art. 754. Der Beklagte macht zusammengefasst geltend, Darlehensgewährungen und Zahlungen in der Zeit vom Oktober 1993 bis Januar 1994 seien – aus der damaligen Sicht – vertretbare unternehmerische Entscheidungen gewesen (act. 152 S. 38). 2. Der Beklagte war ganz offensichtlich vom Nutzen der Deutschlandprojekte überzeugt. In den von ihm persönlich verfassten Eingaben hallt immer noch eine gewisse – wenn auch eine enttäuschte – Begeisterung dafür nach. Der Beklagte hat darauf hingewiesen, dass der Weg, der für die D. \_\_\_\_\_ Ende 92/Anfang 93 eingeschlagen wurde, "in der gegebenen Situation eine folgerichtige und sehr vernünftige Entscheidung war. Auch die Entscheidung, sich an einer Gesellschaft im grössten Ländermarkt der EU, mit Standort im Osten Deutschlands mit tiefen Lohnkosten und starker Wirtschaftsförderung, zu beteiligen, war vernünftig und durchaus erfolgversprechend. Auch die anvisierte Gesellschaft als solche (gleiche Branche, nämlich Kunststoffverarbeitung, mit sortimentsergänzenden Produkten und bestehendem Vertriebsnetz in Deutschland und Österreich) war für die Zwecke der Beklagten ideal geeignet. Es ist nicht ersichtlich, worin hier eine Sorgfaltspflichtverletzung gelegen haben soll (act. 25 S. 12 f.)". Damit spricht der Beklagte Tatsachen an, die gerichtsnotorisch sind. Die Schwie-

- 50 - rigkeit, in der Schweiz zu produzieren und die Unsicherheit, wie sich die Ablehnung des EWR auf die Exportwirtschaft auswirke, war in jener Zeit allgegenwärtig und beschäftigte nicht nur die Verantwortlichen der D. \_\_\_\_\_. Die damalige Situation ist angesichts der sich neulich zum zwanzigsten Mal jährenden Ablehnung des EWR und der damit verbundenen Rückblicke und Pressekommentare wieder deutlich in Erinnerung gerufen worden. 3. Auch wenn man jene Situation als Argument zu Gunsten des Beklagten durchaus berücksichtigen will, kann sie nicht als Entschuldigung für die begangenen Sorgfaltspflichtverletzungen herhalten. Vorwerfbar ist dem Beklagten, dass er sich sowohl über die gesetzlichen Zuständigkeitsregeln wie auch über die internen Reglemente hinwegsetzte, damit das Projekt, von dem er selber ganz offensichtlich überzeugt war, realisiert werden konnte. Wie wichtig ihm dies war, zeigt sich daran, dass er für die Deutschlandprojekte unbestrittenermassen auch beträchtliche eigene Mittel zur Verfügung stellte oder zur Verfügung hielt. Ausserdem nahm er – eigentlich ein nicht operativer Verwaltungsrat – sehr aktiv am Projekt teil, verhandelte, korrespondierte und Vieles mehr. Die Begeisterung liess ihn aber offensichtlich vergessen, dass er Teil des Gremiums Verwaltungsrat war, welches insgesamt und nach genauen Abklärungen zu entscheiden hatte. Der Beklagte hat aber nicht nur die formellen Regeln missachtet (kein Verlangen auf Einberufung des Verwaltungsrates, Unterzeichnung eines Vertrages bzw. einer Überweisung ohne vorherige Ermächtigung durch das VR-Gremium). Wegen des eigenmächtigen Vorgehens müssen er (und selbstverständlich auch der VR-Präsident) die

Verantwortung dafür übernehmen, dass die erforderlichen Abklärungen nicht getroffen wurden. Besonders schwerwiegend ist, dass die J.\_\_\_\_\_ mit Mitteln der D.\_\_\_\_\_ alimentiert wurde, obwohl den beiden sog. Existenzgründern in den Reihen des eigenen D.\_\_\_\_\_ -Managements ein schlechter Ruf als "Gauner" und (mehrfache; Prot. VI S. 107) Konkursiten vorausging, und zwar umso mehr als sich im Sommer 1993 der Verdacht praktisch zur Gewissheit verdichtet hatte, dass es bei der J.\_\_\_\_\_ zu erheblichen Unregelmässigkeiten gekommen war. Vor der Gewährung der beiden Darlehen im September 1993 und Januar 1994 wäre eine besonders genaue und sorgfältige Abklärung der Verhältnisse erforderlich gewesen. Wenn der Beklagte heute beklagt, er habe von den kri-

- 51 - minellen Machenschaften von K.\_\_\_\_\_/L.\_\_\_\_\_ erst im Laufe von 1994 erfahren, ist dies weder zutreffend noch massgeblich. Er ist dafür zur Verantwortung zu ziehen, dass er – trotz der erwähnten deutlichen Anzeichen – die erforderlichen Abklärungen unterlassen hat. Das erscheint als grob fahrlässig, wobei das Verschulden – weil der Beklagte für jegliches Verschulden haftet – letztlich nicht abschliessend qualifiziert werden muss. E. Adäquater Kausalzusammenhang Zwischen der haftungsbegründenden Tatsache und dem Schaden muss das Verhältnis von Ursache und Wirkung bestehen und der Schadenersatz reicht nicht weiter als der Kausalzusammenhang (Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 87 und S. 90). Im vorliegenden Zusammenhang geht es um die Frage, ob der Beklagte bei der Gewährung der beiden Darlehen von Oktober 1993 (Fr. 900'000.--/ DM 1 Mio.) und Januar 1994 (DM 420'000.--) an die J.\_\_\_\_\_, deren finanzielle Verhältnisse bestimmt nicht rosig waren, voraussehen konnte und musste, dass sie nicht zurückbezahlt und abgeschrieben werden mussten oder ob eine solches Resultat nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der Erfahrung des Lebens nicht zu erwarten gewesen war. Im vorliegenden Fall geht es insbesondere um die Kausalität von Unterlassungen (vgl. dazu BGE 132 III 715 E. 2.3), vor allem um die nicht erfolgten Abklärungen über die sog. Existenzgründer K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_, denen ein schlechter Ruf vorausging und die bereits am Anfang der Zusammenarbeit dann auch tatsächlich Anlass gegeben hatten, ihr Verhalten und ihr Geschäftsgebaren vor weiteren Zahlungen genau zu prüfen. Wenn der Beklagte davon ausgeht, dass die kriminellen Machenschaften von K.\_\_\_\_\_/L.\_\_\_\_\_ nachgewiesen seien (vgl. oben S. 43) und dass diese für das "Aus" der J.\_\_\_\_\_ verantwortlich waren und dass – wären sie nicht gewesen – die J.\_\_\_\_\_ hätte weiter geführt werden können, mag dies durchaus sein. Das alles hilft dem Beklagten allerdings nichts, weil nicht davon auszugehen ist, dass – wären die angesichts der Personen und der Vorkommnisse erforderlichen Prüfungen vorgenommen worden – die Zusammenarbeit mit der J.\_\_\_\_\_ durch weitere "Geldspritzen" intensiviert worden wäre. Wenn man – wie der Beklagte es tut – davon aus-

- 52 - geht, dass die entschädigungslose Preisgabe der J.\_\_\_\_\_ durch die D.\_\_\_\_\_ auf Grund von kriminellen Machenschaften von K.\_\_\_\_\_/L.\_\_\_\_\_ erfolgte bzw. erfolgen musste, erweist sich diese Unterlassung umso mehr als adäquat kausal für den Schadenseintritt. Dass Gauner und Konkursiten – von denen vor dem Entscheid, weitere Mittel in die J.\_\_\_\_\_ einzuschiessen, angenommen werden musste, dass sie sich seit der kurz zuvor etablierten Zusammenarbeit bereits persönlich bereichert hatten – Schäden durch "kriminelle Machenschaften" verursachen, kann nicht erstaunen, ja muss geradezu erwartet werden, worauf auch die Klägerin hinweist (act. 18 Rz 80). Schliesslich geht der Beklagte

davon aus, der Kausalzusammenhang sei für den Fall, dass eine Pflichtverletzung seinerseits bejaht würde, mindestens dreimal unterbrochen worden: (1) durch die kriminellen Aktivitäten und schädigenden Störmanöver der Existenzgründer K.\_\_\_\_/L.\_\_\_\_ sowie den unverhofften (mutwilligen?) Konkurs der N'.\_\_\_\_ GmbH (2) dadurch, dass die Gruppe B'.\_\_\_\_ an der GV von 1996, an der einstimmig eine Betriebsaufspaltung beschlossen worden war, die Wahl des Beklagten in den VR der neuen Produktionsfirma D'.\_\_\_\_ AG verhindert habe. Sie habe ihm damit jedwelche Einflussmöglichkeit auf den Verkauf der Produktionsfirma oder die Wahl eines neuen Investors genommen und (3) dadurch, dass die D.\_\_\_\_ AG bzw. die beiden Nachfolgefirmen D'.\_\_\_\_ AG und BC.\_\_\_\_ AG schlussendlich deswegen in Konkurs fielen, weil der neue Investor seinen finanziellen Verpflichtungen gegenüber diesen beiden Firmen nicht nachkam (act. 9 Rz 115; act. 25 S. 22). Ohne diese, teils kriminellen Machenschaften (Veruntreuung, Vergabe von Bauaufträgen ohne geordnete Finanzierung, usw.) hätte die J.\_\_\_\_ rechtzeitig die Landesbürgschaften zugesprochen erhalten. Die ganze Gruppe hätte wieder über genügend Liquidität verfügt und wäre für den europäischen Markt sehr gut positioniert gewesen. Die Geschäftsführung durch "Gauner und (mehrfache) Konkursiten" führt nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung zu Verlusten in der betreffenden Firma. Damit muss jedermann – musste auch der Beklagte – rechnen. Mit den "kriminellen Machenschaften" ist damit keine "andere adäquate Ursache" hinzugekommen, wie dies für die Unterbrechung des Kausal-

- 53 - zusammenhangs erforderlich wäre (vgl. z.B. Heinz Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zürich 2008, Rz 552; vgl. auch BGE 122 III 200 = Praxis 85 Nr. 208 4b), sondern es hat sich genau das verwirklicht, was zu erwarten war und es liegt damit keine "neue Ursache" vor, die die ursprüngliche Ursache in den Hintergrund drängt (Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A. Zürich 1987, Rz 284). Die anderen beiden Gründe, die der Beklagte zur Unterbrechung des Kausalzusammenhangs anführt, betreffen Vorkommnisse aus der Zeit nach Preisgabe der J.\_\_\_\_ und damit die beiden hier massgeblichen Darlehen nicht, sondern sind später eingetreten und haben mit dem missglückten "Deutschlandprojekt" daher nichts zu tun. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass der Beklagte i.S.v. Art. 754 Abs. 1 OR für den der D.\_\_\_\_ aus dem "Deutschlandprojekt" entstandenen Schaden in der Höhe der eingeklagten Summe von Fr. 1 Mio. verantwortlich ist, weil er grob fahrlässig seine Pflichten als Verwaltungsrat verletzt hat, indem er insbesondere die Zuständigkeit des Verwaltungsrats als Gremium missachtete und indem er bei seinem kompetenzwidrigen Vorgehen vor allem die Überprüfung der "Existenzgründer" K.\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_ unterliess. Die Klage ist daher im be- antragten Umfang gutzuheissen. Dass die Verrechnung nicht zuzulassen ist, ist sogleich (III./A.) zu erläutern. III. A. Verrechnung 1. Die Klägerin hatte ihrerseits eine (mögliche) Verrechnung durch den Be- klagten bereits vorab in ihrer Klageschrift thematisiert (act. 1 Rz 99 f.) und ausge- führt: "Von diesem Schaden macht die Klägerin vorliegend im Sinne einer Teilkla- ge nur einen Teil geltend (dazu vorne Rz 7), somit weit weniger als den dargeleg- ten Schaden. Die eingeklagte Schadenssumme ist damit auf jeden Fall ausgewie- sen. Dies gilt selbst dann, wenn sich der Beklagte auf Verrechnung der erhobe- nen Verantwortlichkeitsansprüche mit seiner eigenen kollozierten Forderung in Höhe von CHF 72'951 (vgl. Beilage 14, S. 6 Ziff. 24) berufen könnte, was aber ohnehin nicht zutrifft (vgl. Forstmoser, N 533 ff.)". In der Klageantwort schrieb der

- 54 - Beklagte zur Verrechnung (act. 9 Rz S. 15): "Der Beklagte beruft sich allenfalls auf Verrechnung des Schadens, welcher ihm durch das Verhalten der Gruppe B'.\_\_\_\_\_ anlässlich der GV vom April 1994 entstanden ist. Durch dieses wurde dem Beklagten jedwelcher Einfluss auf das Geschehen der aufgespaltenen Produktionsgesellschaft D'.\_\_\_\_\_ AG entzogen. Der Gruppe B'.\_\_\_\_\_ waren die Konsequenzen ihres Tuns vollumfänglich bewusst ...". 2. Auch die Vorinstanz nahm zur Verrechnung Stellung und führte dazu aus (act. 153 S. 8): "Zur Möglichkeit der Verrechnung des Anspruchs aus Verantwortlichkeit eines Verwaltungsrates mit Forderungen des Verantwortlichen gegen die Gesellschaft, welche nach der Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigersamtheit grundsätzlich möglich sein muss, da beide Forderungen die Masse betreffen (vgl. BGE 132 III 351; Basler Kommentar OR II-Widmer/Gericke/Waller, Art. 757 N 30), ist nicht näher einzugehen, da der Beklagte keine Verrechnung seiner kollozierten Forderung geltend gemacht hat". 3. In der Berufung (act. 152 S. 37) lässt der Beklagte unter dem Titel "Verrechnung Forderung des Beklagten" vortragen: "Der Beklagte hat gemäss Kollokationsplan der D'.\_\_\_\_\_ AG (vormals D'.\_\_\_\_\_ AG) gegenüber der Konkursitin eine Forderung in der Höhe von CHF 72'951.00 (BO: Kollokationsplan D'.\_\_\_\_\_ AG (act. 4/14, Seite 6, OZ 24). Der Beklagte bringt hiermit seine Forderung gegenüber der Konkursitin mit einer allfälligen Forderung aus Verantwortlichkeit derselben zur Verrechnung". Dazu konterte die Klägerin in der Berufungsantwort (act. 163 Rz 178 f.): "Die Behauptung des Beklagten ist neu und verspätet (vgl. act. 1 Rz 100; zur Verrechnung macht der Beklagte einzig in act. 9 S. 15 Ausführungen ...). Die Behauptung hilft ihm auch nicht: Eine Verrechnung wäre – wenn schon – nur mit dem verursachten Schaden möglich, nicht mit dem eingeklagten Betrag (BGE 132 III 342 E. 4.5). Nachdem der Schaden weit höher ist als der eingeklagte Betrag, ist die Klage dennoch gutzuheissen". 4. Zu klären ist damit, ob die Verrechnung in der vorliegenden Konstellation überhaupt zulässig ist und ob der Beklagte die Verrechnungserklärung bereits vor Vorinstanz abgegeben hat bzw. ob allenfalls die Erhebung der Verrechnungseinrede im Berufungsverfahren noch möglich ist.

- 55 - a) Was die Verrechenbarkeit gegenüber einer eingeklagten Teilforderung betrifft, hält die Klägerin dafür, dass diese einzig mit dem verursachten Schaden und nicht mit dem eingeklagten Betrag möglich wäre, was sich aus BGE 132 III 342 E. 4.5 ergebe. Nachdem der Schaden weit höher sei als der eingeklagte Betrag, könne die Gegenforderung des Beklagten nicht berücksichtigt werden. Das Bundesgericht hat a.a.O. ausgeführt: "Die Vorinstanz hat festgestellt, dass der Erstbeklagte ... kolloziert worden ist, ... und dass er für den Fall der ganzen oder teilweisen Gutheissung der Verantwortlichkeitsklage die Verrechnung erklärte. Sie hat geschlossen, die Verrechnungserklärung sei demzufolge ... als rechtswirksam zu betrachten und habe den Untergang einer allfälligen Forderung aus Verantwortlichkeit ... bewirkt. Die Klägerin rügt insofern zu Recht, dass die Vorinstanz mit dieser Argumentation verkennt, dass der kollozierten Forderung des beklagten Organs nicht der eingeklagte Betrag verrechenbar gegenübersteht, sondern dass der durch die schuldhaften und pflichtwidrigen Handlungen des Organs der Gesellschaft verursachte Schaden massgebend ist. Da der gesamte Schaden Klagefundament bildet, ist die Forderung des kollozierten Gläubigers der gesamten Schadenersatzforderung der konkursiten Gesellschaft gegenüberzustellen. Die Verrechnungserklärung bringt daher die eingeklagte Teilforderung nur insoweit zum Untergang, als ein allenfalls verbleibender Saldo die Differenz der eingeklagten Teilforderung zum Gesamtschaden übersteigt". b) Der Fall in BGE 132 III 342 E. 4.5 liegt anders als der vorliegende. Die Klägerin hat vor

Vorinstanz bestätigt, dass sie keine Teilklage erhoben habe (act. 37), so dass davon auszugehen ist, dass es für diesen Fall ausschliesslich auf den eingeklagten Schaden ankommt, weil es auf Grund dieser ihrer Erklärung keinen weiteren durchsetzbaren Schaden mehr gibt. Fraglich ist damit, ob das, was der Beklagte als Laie vor Vorinstanz erklärt hat, eine gültige Verrechnungserklärung ist, da die Verrechnungserklärung auch in einem hängigen Prozess abgegeben werden kann (BGE 95 II 24; BGer 4C.90/2005 E. 4; BSK OR I-Portmann, N. 2 zu Art. 124). Dass der Beklagte sich "allenfalls auf Verrechnung des Schadens" beruft, ist für sich genommen keine eindeutige Erklärung; da der Beklagte die gegen ihn geltend gemachte Forderung bestreitet, macht sie jedoch nur dann Sinn, wenn sie als Eventualverrechnung verstanden wird (vgl. Daniel Schwander,

- 56 - Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft – Ausgewählte Probleme, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 135, Zürich 2002, S. 25). Aus dieser Sicht könnte durchaus angenommen werden, dass der Beklagte vorinstanzlich eine gültige Verrechnungserklärung abgegeben hat. Dies scheidet jedoch daran, dass er vorinstanzlich Schadenersatzansprüche "durch das Verhalten der Gruppe B'.\_\_\_\_\_ anlässlich der GV vom April 1994" nennt, während er in der Berufung als Verrechnungsforderung seinen kollozierten Anspruch (act. 4/14 S. 6 Ordnungs- Nr. 24: "Div. Darlehen gem. Zusammenstellung vom 23.11.1997") erwähnt. Das ist ein anderer Anspruch als derjenige, den er vor Vorinstanz namhaft gemacht hat. Im Übrigen hat er in der Berufung in keiner Weise beanstandet, dass die Vorinstanz (act. 153 S. 8) die Verrechnung nicht zugelassen hat. c) Was eine im Berufungsverfahren neu erhobene Verrechnung anbelangt, weist die Klägerin darauf hin, dass diese verspätet sei (act. 163 Rz 167), wofür sie sich auf die h.L. berufen kann, die annimmt, die Verrechnung als (neue) Einrede materiellrechtlicher Art – wie das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel – unterliege der Novenbeschränkung von Art. 317 ZPO (ZK ZPO-Reetz/Hilber, N. 31 iii und N 67 zu Art. 317; ZPO-Rechtsmittel-Stauber, N. 14 zu Art. 317; Meier, Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 348 und S. 491; DIKE-Komm. ZPO-Volkart, N. 17 zu Art. 317). Neu im Sinne eines echten Novums wäre im vorliegenden Fall höchstens die Tatsache, dass der Beklagte die Einrede neu erhoben hat. Das ist allerdings nicht ausreichend, weil die Erhebung der Einrede – wenn die Voraussetzungen, wie hier, schon früher erfüllt waren – sonst im reinen Belieben der Partei wäre, was materiellrechtlich zulässig wäre, aber prozessual nicht möglich ist. Das lässt sich nicht mit der Vorgabe von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO bezüglich der Beachtung der zumutbaren Sorgfalt in Einklang bringen, ausser es würden dafür valable Gründe angeführt. Insofern begrenzt das Prozessrecht das Recht auf die jederzeitige Verrechnungsmöglichkeit (vgl. dazu auch BSK OR I-Portmann, N. 2 zu Art. 124). Die Verrechnungseinrede kann hier als verspätet nicht mehr berücksichtigt werden. B. Beseitigung des Rechtsvorschlages

- 57 - 1. Die Klägerin hat als Antrag 2 zur Berufungsantwort sowie als Antrag zur eventuellen Anschlussberufung (act. 163 S. 2) die Beseitigung des Rechtsvorschlages in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes C.\_\_\_\_\_ (Zahlungsbe- fehl vom 3. Februar 2012) verlangt. Sie begründet dies damit, dass die Klägerin den Beklagten im Nachgang zum vorinstanzlichen Urteil betrieben habe und nunmehr auf Grund von Art. 79 SchKG die Beseitigung des Rechtsvorschlages im Anerkenntnisurteil verlangen könne, was keine Klageänderung sei (act. 163 S. 3). Sie beruft sich dafür auf BSK ZPO-Frei/Willisegger, N. 9 [8. Lemma] zu Art. 227 berufen. 2. Dem Beklagten wurde mit Verfügung vom 16. April 2012 (act. 165) vom neu gestellten Begehren Kenntnis gegeben und es wurde ihm

mitgeteilt, dass dieses als Anschlussberufung entgegen genommen wurde. Er erhielt Gelegenheit, sich dazu zu äussern (act. 165 S. 3 Dispositiv-Ziff. 2). 3. Zur Frage der Klageänderung wurde bereits in der Verfügung vom 16. April 2012 (act. 165) Stellung genommen und ausgeführt, dass in jeder Erweiterung eines Rechtsbegehrens, welche nicht bloss die Berücksichtigung von Rechnungsfehlern oder z.B. eine andere rechtliche Begründung oder einen Nebenpunkt (wie Zinsenlauf) umfasst, sondern einen weiteren Anspruch begründet, nach allgemeiner Auffassung eine Klageänderung liegt, wofür auf die praktisch einhellige Lehre verwiesen wurde (Dike-Komm ZPO-Pahud, N. 3 zu Art. 227; ZK ZPO-Leuenberger, N. 1 zu Art. 227; SHK ZPO-Widmer, N. 3 und 6 zu Art. 227; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Zürich 2010, Art. 227 N. 1; ähnlich ferner etwa Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, S. 344, dort Rz 11; Nägeli, in KuKo ZPO, Basel 2010, N. 15-17 zu Art. 227; Schweizer, in: CPC commenté, Bâle 2011, N. 8 f., N. 12 und N. 14 zu Art. 227; endlich so schon zum alten Recht: Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A. Zürich 1979, S. 235 [oben]: a.A. die von der Klägerin zitierten Literaturstelle (BSK ZPO-Frei/Willisegger, N. 9 [8. Lemma] zu Art. 227). Der Beklagte hat mit Eingabe vom 18. Mai 2012 (act. 167) Stellung genommen: Wenn die Klägerin nicht bereits früher betrieben habe, sei das auf ihr Verhalten zurückzuführen. Nach Art. 317 Abs. 2 ZPO seien Klageänderungen mit der

- 58 - Berufung nur noch zulässig, wenn (a) die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 gegeben seien und (b) sie zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruhen, welche ohne Verzug vorgebracht werden müssten und welche trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits erstinstanzlich vorgebracht werden konnten (ZK ZPO-Reetz-Hilber, N. 86 zu Art. 317). Wie soeben im Zusammenhang mit der Erhebung der Verrechnungseinrede erwähnt, ist die Tatsache, dass die Betreuung erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingeleitet wurde, nicht "neu" im hier erforderlichen Sinn, weil der Gläubiger eine solche Betreuung aus zwangsvollstreckungsrechtlicher Sicht (wie die Verrechnungseinrede aus materiellrechtlicher Sicht) jederzeit einleiten kann. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass in diesem Zusammenhang auch der Vergleichschluss der Klägerin mit E.\_\_\_\_\_ eine Rolle spielen würde, welcher sich aus act. 1 Rz 24 ergibt, allerdings ohne dass der Inhalt des Vergleichs bekannt gegeben worden wäre. Wurde ein Vergleich geschlossen, so ist davon auszugehen, dass E.\_\_\_\_\_ etwas zahlen musste, auch wenn die Klägerin die Höhe der Zahlung und weitere Einzelheiten nicht bekannt gegeben hat. Der Beklagte führt dazu in act. 9 S. 3 insofern zutreffend aus, dass die Klägerin nach der Einigung mit E.\_\_\_\_\_ den Beklagten lediglich im Rahmen des ungedeckten Betrages belangen könne, was sich aus den Regeln der Solidarität ergibt. Der Rechtsvorschlag ist demnach im vorliegenden Verfahren nicht zu beseitigen. IV. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beklagte für beide Instanzen kosten- und entschädigungspflichtig. Die zutreffend festgesetzten vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen sind von den Parteien nicht beanstandet worden, so dass sie ohne weiteres zu bestätigen sind. Für das Berufungsverfahren ist die Gerichtsgebühr gemäss § 12 Abs. 1 GerGebV nach den gleichen Grundsätzen festzulegen wie für die Vorinstanz. Für das Berufungsverfahren bestehen weder Erhöhungs- noch Ermässigungsgründe gemäss § 4 Abs. 1 GerGebV, so dass sie auf 100 % und damit auf Fr. 30'750.-- festzusetzen ist. Für die Parteientschädigung der Klägerin ist ebenfalls von einer einfachen Gebühr (100 % = Fr. 31'400.--) auszugehen, die gemäss § 13 Abs. 2

- 59 - AnwGebV herabzusetzen ist. Das Unterliegen mit dem Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlages fällt nicht ins Gewicht. Angemessen erscheinen Fr. 15'000.-- (zuzüglich 8 % MWSt). Es wird erkannt: 1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 1'000'000.-- nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 1995 zu bezahlen. 2. Das Begehren der Klägerin um Beseitigung des Rechtsvorschlages in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C.\_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehl vom 3. Februar 2012) wird abgewiesen. 3. Die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv Ziff. 3 bis 5) werden bestätigt. 4. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 30'750.-- festgesetzt. Die Entscheidungsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren wird dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. 5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das obergerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 15'000.-- (zuzüglich 8 % MWSt) zu bezahlen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Winterthur und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

- 60 - Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1 Mio. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. A. Katzenstein lic. iur. V. Seiler versandt am:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.