

12

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 153/85

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
10. November 1986
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Deutschen Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH, vertreten durch die Geschäftsführer Dipl.-Kaufmann Wulf H., Dipl.-Ing. Wilhelm H. und Dipl.-Ing. Frist K., W.-straße 1, L./E.,

Beklagten, Widerklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

g e g e n

Dipl.-Ing. Dr. Günter P., S.-straße 1,
G.,

Kläger, Widerbeklagter und
Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Juni 1986 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kellermann und die Richter Dr. Bauer, Bundschuh, Brandes und Röhrich

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 30. Mai 1985 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Widerklage abgewiesen worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Mit der Widerklage, die allein Gegenstand des Revisionsverfahrens ist, nimmt die Beklagte den Kläger mit der Begründung auf Schadensersatz in Anspruch, er habe seine Pflichten während seiner früheren Tätigkeit als einer ihrer Geschäftsführer verletzt.

Der Kläger war in der Zeit vom 1. August 1967 bis Anfang Februar 1980 als einer von mehreren Geschäftsführern bei der Beklagten tätig. Im Jahre 1975 wurde er zum Vorsitzenden der Geschäftsführung der Beklagten bestellt. Ab 1. Januar 1976 unterstand dem Kläger in dieser Funktion aufgrund des schriftlichen Geschäftsverteilungsplans u.a. federführend der Beteiligungsbereich der Beklagten, während seinem Mitgeschäftsführer Dr. Wa[REDACTED] neben anderen Aufgaben die kaufmännische Verwaltung von Beteiligungen im In- und Ausland übertragen war.

Anfang 1973 erwarb die Beklagte von der First C[REDACTED] E[REDACTED], einer Anstalt liechtensteinischen Rechts, eine 25-prozentige Beteiligung an der International Marine Services Inc. (IMS). Bei dieser Gesellschaft handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Geschäftssitz in Dubai/Vereinigte Arabische Emirate, die dem panamesischen Recht unterliegen soll. In den beiden folgenden Jahren baute die Klägerin ihre Beteiligung an der IMS auf insgesamt 76 % des Aktienkapitals dieser Gesellschaft aus. Von Anfang 1973 bis zu seinem Ausscheiden als Geschäftsführer der Beklagten saß der Kläger als C[REDACTED] of the Board of Directors der Geschäftsleitung der IMS vor. Als weitere Mitglieder gehörten zu diesem Gremium ab August 1976 der Mitgeschäftsführer des Klägers bei der Beklagten Dr. Wa[REDACTED] und ein Herr Po[REDACTED] an, der Gesellschafter der First C[REDACTED] E[REDACTED] war. Diese Gesellschaft war ihrerseits neben der Beklagten an der IMS beteiligt.

Nach dem Ausscheiden des Klägers als Geschäftsführer der Beklagten widerrief diese die ihm in seinem Anstellungs-



vertrag zugesagte Altersversorgung mit der Begründung, er habe in schwerwiegender Weise gegen seine Pflichten als einer ihrer Geschäftsführer verstoßen, und zwar insbesondere in seiner gleichzeitigen Eigenschaft als Mitglied der Geschäftsleitung der IMS. Die Beklagte hat dem Kläger insoweit insgesamt 16 verschiedene Tatkomplexe zum Vorwurf gemacht.

Mit der Klage hat der Kläger die Feststellung begehrt, daß die Versorgungszusage der Beklagten durch den Widerruf nicht weggefallen sei, sondern fortbestehe. Die antragsgemäße Feststellung durch beide Vorinstanzen nimmt die Beklagte hin. Sie verfolgt mit der Revision jedoch ihre Schadensersatzwiderklage weiter, mit der sie den Kläger aufgrund eines entsprechenden Beschlusses ihrer Gesellschafterversammlung auf Zahlung von 350.000 DM in Anspruch nimmt. Hierbei handelt es sich um einen Teilbetrag des Schadens, der der Beklagten nach ihrem Vorbringen durch das angeblich pflichtwidrige Verhalten des Klägers tatsächlich in vielfacher Höhe dieses Betrages entstanden ist.

In erster Instanz hat sich die Beklagte zur Begründung der Widerklageforderung auf dieselben 16 Tatkomplexe gestützt, mit denen sie auch den Widerruf der Versorgungszusage zu rechtfertigen versucht hat. Dazu zählt der Vorwurf, der Kläger habe es als Chairman of the Board der IMS nicht unterbunden, daß die Kosten für den Unterhalt einer Yacht und eines Flugzeugs, deren Eigentümer die beiden dem weiteren Board-Mitglied Popich gehörenden Gesellschaften S. [REDACTED] Navigation Co. Inc. (S. [REDACTED]) bzw. Middle East Trading and Marine Services Inc. (M. [REDACTED]) waren, von der IMS getragen wurden, obwohl ihr - der Beklagten - Mitarbeiter Sc. [REDACTED]

den Kläger Mitte 1977 auf diese Praxis hingewiesen habe. Schon Ende desselben Jahres sei Po[REDACTED] finanzielle Situation so schlecht gewesen, daß der Kläger alles hätte tun müssen, um ein Anwachsen der Forderungen der IMS gegen Po[REDACTED] zu verhindern. Aufgrund der schließlich eingetretenen Zahlungsunfähigkeit von Po[REDACTED] und seiner beiden Gesellschaften sei der IMS und damit auch ihr - der Beklagten - als der mehrheitsbeteiligten Gesellschafterin in den Jahren 1978 bis 1979 ein Schaden von insgesamt 1,48 Millionen DM entstanden.

Der Kläger bestreitet jegliche Pflichtverletzung. Im übrigen ist er der Ansicht, daß die Beklagte auch aufgrund eines Vergleichs vom 10./19. Dezember 1980, an dessen Abschluß u.a. auch Po[REDACTED] beteiligt war, gehindert sei, Schadensersatzansprüche gegen ihn - den Kläger - geltend zu machen. Da die Beklagte aufgrund dieser Vereinbarung für durch Po[REDACTED] erlittene Schäden 4.191 IMS-Aktien und die IMS das Schiff "Tulagi" erhalten habe, sei ein der Beklagten etwa entstandener Schaden jedenfalls ausgeglichen worden. Überdies wirke der in diesem Vertrag aufgenommene Verzicht der IMS auf die Geltendmachung der für die Jacht und das Flugzeug verauslagten Kosten auch zu seinen - des Klägers - Gunsten. Schließlich beruft sich der Kläger darauf, daß die Schadensersatzforderungen der Beklagten verjährt seien und daß ihm die Gesellschafterversammlung der Beklagten stets Entlastung erteilt habe.

Das Landgericht hat sämtliche mit der Widerklage geltend gemachten Vorwürfe der Beklagten geprüft und einen Schadensersatzanspruch in 15 Fällen verneint. Es hat der

Widerklage jedoch in vollem Umfange stattgegeben, weil es diese aufgrund des Verhaltens des Klägers im Zusammenhang mit der Belastung der IMS mit den Kosten für die Jacht und das Flugzeug für begründet erachtet hat. Das Berufungsgericht hat die Widerklage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, will die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen, soweit es die Widerklage betrifft.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Die Revision nimmt es hin, daß das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch der Beklagten aus abgetretenem Recht der IMS nach panamesischem Recht verneint hat. Sie wendet sich jedoch gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch der Beklagten gegen den Kläger als ihrem ehemaligen Geschäftsführer nach § 43 GmbHG seien ebenfalls nicht erfüllt. Diese Rüge greift durch.

1. Von den insgesamt 16 Einzelhandlungen, mit der die Beklagte die Widerklage begründet hat, hat das Berufungsgericht lediglich den Vorwurf überprüft, der Kläger habe nicht unterbunden, daß die Kosten für den Unterhalt der Jacht und des Flugzeugs der beiden Po[REDACTED]-Gesellschaften

S [REDACTED] und M [REDACTED] von der IMS getragen wurden. Das Berufungsgericht hat dazu festgestellt, daß die Kostenübernahme, die auf Anordnungen des Board-Mitgliedes Po [REDACTED] beruhte, dem Kläger jedenfalls hinsichtlich der Jacht schon im Laufe des Jahres 1977 bekannt geworden ist. Der Board der IMS beschloß daraufhin Ende 1977, die in diesem Jahr angefallenen Kosten dem Konto von Po [REDACTED] mit Ausnahme derjenigen zu belasten, die durch die zeitweise Nutzung des Schiffes zugunsten der IMS entstanden waren. Das Berufungsgericht hat sodann unterstellt, daß der Kläger trotz seiner Kenntnis, in welcher Weise Po [REDACTED] die Finanzierung handhabte, auch in der Folgezeit nichts gegen die Beibehaltung dieser Praxis, und zwar auch nicht, als er im September 1978 erfuhr, daß Po [REDACTED] die auf ihn entfallenen Kosten in der Zwischenzeit nicht - wie vorgesehen - erstattet hatte. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Finanzierung der Jacht und des Flugzeugs vielmehr bis zum Ausscheiden des Klägers im Jahre 1980 fortgeführt worden, obwohl Po [REDACTED] auch auf das Drängen des Klägers und des Mitgesellschafters Dr. Wa [REDACTED] im Februar und Juni 1979 nicht zahlte und obwohl dem Kläger nach seinem eigenen Vortrag jedenfalls seit Ende September 1979 bekannt war, daß Popich zur Rückerstattung der Beträge nicht in der Lage war. Die Beklagte hat im übrigen unter Beweisanspruch behauptet, daß die Vermögenslage von Po [REDACTED] und seiner Firmengruppe schon Ende 1977 desolat gewesen sei. Da das Berufungsgericht hierzu keine gegenteilige Feststellung getroffen hat, ist dieses Vorbringen in der Revisionsinstanz als wahr zu unterstellen.

a) Die Auffassung des Berufungsgerichts, dieser Sachverhalt lasse kein pflichtwidriges Verhalten des Klägers

erkennen, so daß ein Schadensersatzanspruch der Beklagten nach § 43 GmbHG nicht gegeben sei, ist rechtsfehlerhaft. Nach dem Geschäftsverteilungsplan der Beklagten unterstand dem Kläger u.a. federführend der Beteiligungsbereich der Beklagten. Gegen die sich daraus ergebende Pflicht, gerade auch die Geschäftstätigkeit der IMS zu überwachen, hat der Kläger jedenfalls dadurch verstoßen, daß er nichts gegen die weitere Vorfinanzierung der Jacht und des Flugzeugs durch die IMS unternahm, nachdem er Ende September 1979 erfahren hatte, daß Po. [REDACTED] illiquide und daher zur Rückerstattung der verauslagten Beträge nicht in der Lage war. Spätestens zu diesem Zeitpunkt durfte er sich nicht länger von Po. [REDACTED] hinhalten lassen; er hätte die weitere Vorfinanzierung vielmehr umgehend unterbinden müssen. Denn dem Kläger muß jedenfalls in diesem Augenblick klar geworden sein, daß sich die bisher aufgelaufenen Rückstände nicht durchsetzen lassen würden. Er mußte daher alles daran setzen, die Entstehung weiterer Ansprüche der IMS gegen Po. [REDACTED] bzw. seine Gesellschaften zu verhindern. Indem er dies unterließ, hat er entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts den Rahmen des zulässigen unternehmerischen Risikos deutlich überschritten. Das Vorbringen des Klägers, die Zuwendungen an Po. [REDACTED] seien deshalb unternehmerisch vertretbar gewesen, weil dieser wegen seiner guten Geschäftsverbindungen im arabischen Raum für die IMS habe erhalten werden müssen, rechtfertigt nicht die Zuwendung von Gesellschaftsmitteln an Po. [REDACTED], die ihm rechtlich nicht zustanden. Da der Kläger sein entsprechendes pauschales Vorbringen im übrigen nicht substantiiert hat, kann der Beklagten - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht vorgehalten werden, sie sei dem Vortrag des Klägers nicht ausreichend entgegengetreten. Dies um so

weniger, als der Kläger im Widerspruch zu seiner ursprünglichen Behauptung an anderer Stelle vorgetragen hat, der Ende 1980 erfolgte Rücktritt von Po[REDACTED] aus dem Management der IMS habe für diese einen ungeheueren wirtschaftlichen Wert gehabt.

Zu Unrecht berücksichtigt das Berufungsgericht zugunsten des Klägers, daß die Finanzierung der Jacht und des Flugzeugs durch die IMS auch nach seinem Ausscheiden aus den Diensten der Beklagten noch einige Monate beibehalten worden ist. Denn aus der Tatsache, daß sich auch andere Geschäftsführer der Beklagten möglicherweise (weiterhin) in diesem Zusammenhang pflichtwidrig verhalten haben, kann der Kläger nichts zu seinen Gunsten herleiten. Auch sonst sind keine Umstände ersichtlich, die sein Stillhalten trotz der Kenntnis von Popichs Zahlungsunfähigkeit gerechtfertigt erscheinen lassen könnten. Der Kläger ist deshalb aufgrund der Feststellungen des Berufungsgerichts jedenfalls für den Schaden verantwortlich, der der IMS durch die Finanzierung der Jacht und des Flugzeugs in der Zeit von Ende September 1979 bis zu seinem Ausscheiden aus den Diensten der Beklagten Anfang Februar 1980 entstanden ist.

b) Darüber hinaus hat die Beklagte aber schon zu einem früheren Zeitpunkt ein pflichtwidriges Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit der Finanzierung der Jacht und des Flugzeugs schlüssig dargetan. Wie oben dargelegt, behauptet sie, die finanzielle Situation von Popich und seiner Firmengruppe sei schon Ende 1977 desolat gewesen. Ein der IMS von Po[REDACTED] gewährtes Darlehen in Höhe von 2,5 Millionen Dollar sei seinerzeit mit Zustimmung des Klägers von Po[REDACTED] an

verschiedene Banken zur Sicherheit abgetreten worden. Die Bilanz der IMS habe per 31. Dezember 1977 einen Anspruch gegen Popich und seine Gesellschaften in Höhe von ca. 1,48 Millionen DH (= Dirham; Währungseinheit der Vereinigten Arabischen Emirate) ausgewiesen. Auch wenn sich allein aufgrund dieser Situation für den Kläger noch nicht die Notwendigkeit ergeben haben mag, die weitere Vorfinanzierung der Jacht und des Flugzeugs zu unterbinden, so mußte er jedenfalls im September 1978 einschreiten. Denn wie das Berufungsgericht unterstellt hat, erfuhr er zu diesem Zeitpunkt, daß Po[REDACTED] die Unterhaltungskosten nicht wie vorgesehen ausgeglichen hatte. Dieser Umstand hätte den Kläger in Anbetracht seiner in der Revisionsinstanz zu unterstellenden Kenntnis von Po[REDACTED] finanzieller Lage veranlassen müssen, die weitere Vorfinanzierung jedenfalls so lange zu unterbinden, bis Popich die bis dahin angefallenen Kosten ausgeglichen hatte. Da er weder dies getan noch sonst irgendwelche Maßnahmen ergriffen hat, um eine weitere Belastung der IMS mit den Kosten für die Jacht und das Flugzeug zu verhindern, hat er sich nach dem Vortrag der Beklagten bereits im September 1978 pflichtwidrig verhalten und damit schadensersatzpflichtig gemacht.

2. Die vom Kläger erhobene Einrede der Verjährung greift nicht durch. Der Schadensersatzanspruch der Beklagten ist frühestens durch das pflichtwidrige Unterlassen des Klägers im September 1978 entstanden. Die Widerklage ist am 20. Mai 1983 eingereicht und demnächst zugestellt worden. Die fünfjährige Verjährungsfrist des § 43 Abs. 4 GmbRG ist daher rechtzeitig unterbrochen worden.

3. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts ist dem Kläger bis zum 30. September 1978 Entlastung erteilt worden. Auch dieser Umstand steht dem Schadensersatzanspruch der Beklagten jedoch nicht entgegen. Denn die Entlastung bewirkt lediglich, daß die GmbH mit Ansprüchen ausgeschlossen ist, die der Gesellschafterversammlung bei sorgfältiger Prüfung aller Vorlagen und Berichte erkennbar waren (Sen.Urt. v. 20.5.1985 - II ZR 165/84, WM 1985, 1200). Zwar hat sich der Kläger möglicherweise schon im September 1978 pflichtwidrig verhalten, als er trotz der Kenntnis davon, daß Po[REDACTED] die vorauslagten Kosten nicht ausgeglichen hatte, nichts gegen die weitere Vorfinanzierung unternahm. Die Entlastung erstreckt sich hier jedoch gleichwohl nicht auf dieses Verhalten des Klägers, weil ausgeschlossen ist, daß der Kläger die Gesellschafterversammlung vor der Entlastung von dem unterbliebenen Kostenausgleich durch Po[REDACTED] und die Fortsetzung der Vorfinanzierung unterrichtet hat. Der Kläger trägt insoweit nämlich selbst vor, er habe im Jahre 1978 angenommen, daß Po[REDACTED] die von der IMS vorfinanzierten Kosten weisungsgemäß erstattet habe.

4. Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Beklagte auf Leistung an sich klagen kann (vgl. hierzu die Ausführungen unter III.).

II. Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht über die hilfsweise mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche - und zwar in der von der Beklagten im Schriftsatz vom 16. April 1985 angegebenen Reihenfolge - nicht entschieden hat, obwohl es den bisher erörterten Hauptanspruch für unbegründet erachtet hat. Die Auffassung

des Oberlandesgerichts, die Beklagte habe sich in der Berufungsinstanz ausschließlicly auf einen Angriff gegen die aufgrund der Klage erfolgte Verurteilung beschränkt, ist rechtsfehlerhaft.

Die Beklagte hatte im ersten Rechtszug die Reihenfolge, in der die insgesamt 16 Sachkomplexe als Grundlage der Widerklage geprüft werden sollten, dem Gericht überlassen. Ob diese Verfahrensweise zulässig war, kann hier dahinstehen, weil der eventuelle Mangel der Bestimmtheit der Widerklage in der Berufungsinstanz jedenfalls durch die Erklärung der Beklagten beseitigt worden ist, in welchem Verhältnis die einzelnen Ansprüche zueinander geltend gemacht werden (vgl. BGHZ 11, 181, 184; 11, 192, 195). Das Landgericht hat sämtliche Vorwürfe geprüft, die Ansprüche Nr. 1 bis 15 für unbegründet und nur den zuletzt geprüften Anspruch aus Komplex Nr. 16 (Belastung der IMS mit den Kosten für die Jacht und das Flugzeug) für begründet erachtet. Damit hat es über die ersten 15 Ansprüche sachlich, und zwar negativ entschieden. Ob das Landgericht dies im Tenor mit der Klageabweisung "im übrigen" zum Ausdruck bringen wollte oder ob sich diese Formulierung nur auf die abgewiesene Zinsmehrforderung bezog, ist für den sachlichen Gehalt des Urteils ebenso unerheblich wie die Frage, ob es zulässig war, die Reihenfolge der Prüfung der einzelnen Ansprüche dem Landgericht zu überlassen. Die Beklagte mußte sich daher mit einer Anschlußberufung, und zwar mit einer Hilfsanschließung, gegen das landgerichtliche Urteil wenden, wenn sie die abgewiesenen Ansprüche hilfsweise hinter dem vom Landgericht zugesprochenen Anspruch Nr. 16 weiterhin geltend machen wollte.

Das hat die Beklagte jedoch getan. In einem zwei Tage vor der mündlichen Verhandlung im zweiten Rechtszug eingereichten Schriftsatz hat sie ausdrücklich "noch einmal" darauf hingewiesen, daß sie die Widerklage in erster Linie auf den Vorfall Nr. 16, hilfsweise aber auch auf die Schadensfälle Nr. 6, 7, 9, 10, 13 und 14, und zwar in dieser Reihenfolge, stütze. Damit hat sie ihr Begehren, diese Ansprüche hilfsweise weiterhin geltend zu machen und das erstinstanzliche Urteil insoweit nicht hinzunehmen, eindeutig zum Ausdruck gebracht. Des Gebrauchs des Wortes "Anschließung" bedurfte es ebensowenig wie der ausdrücklichen Formulierung eines Antrags. Es genügte, daß sich dem Schriftsatz das Anschließungsbegehren eindeutig entnehmen ließ (vgl. RGZ 103, 168, 170; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 20. Aufl., § 522 a Rdnr. 4; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 44. Aufl., § 522 a Anm. 1 und § 519 Anm. 3 B m.w.N.).

Die Beklagte war an dieser Anschließung nicht dadurch gehindert, daß sie bereits früher Anschlußberufung mit einem anderen Ziel, nämlich mit dem der Abweisung der Klage eingelegt hatte. Die Einlegung der Anschlußberufung ist bis zum Schluß der Berufungsverhandlung zulässig. Durch eine eingeschränkte Anschließung wird der übrige Teil des Urteils nicht rechtskräftig, wenn nicht insoweit auf Anschlußrechtsmittel verzichtet wird. In einer beschränkten Anfechtung liegt regelmäßig noch kein Verzicht einer späteren weitergehenden Anfechtung des Urteils (vgl. BGH, Beschl. v. 8.7.1981 - IV b ZB 657/81, LM ZPO § 519 Nr. 75 m.w.N.).

Sofern die Anschließung nicht innerhalb der Berufungsbegründungsfrist erfolgt, muß sie allerdings in der

Anschlußschrift begründet werden (§ 522 a Abs. 2 ZPO). Das ist jedoch durch die in dem Schriftsatz der Beklagten vom 16. April 1985 enthaltene Bezugnahme auf die eigene Berufungsbegründung geschehen. In dieser Berufungsbegründung hatte die Beklagte bereits im einzelnen - wenn auch zunächst zur Begründung ihres Antrags auf Abweisung der Klage - dargestellt, daß auch die vom Landgericht abgewiesenen Schadensersatzansprüche Nr. 1 bis 15 beständen, und die Gründe dafür angegeben, warum sie das Urteil des Landgerichts insoweit für unrichtig hielt. Diese Bezugnahme genügte danach zur Begründung der Anschließung (vgl. auch BGH, Urt. v. 3.2.1954 - VI ZR 40/53, LM BGB § 826 (Ge) Nr. 2).

Allerdings trifft die Auffassung des Berufungsgerichts zu, daß der Hinweis der Klägerin, sie habe ihr Begehren schon früher deutlich gemacht, unrichtig war. Das erlaubte es dem Berufungsgericht aber nicht, das jedenfalls nunmehr deutlich gemachte Begehren nicht mehr zu berücksichtigen. Es hätte vielmehr, wenn es den Vorwurf zu Nr. 16 - wie gesehen - für unbegründet hielt, die hilfsweise weiterhin geltend gemachten Ansprüche aus Nr. 6, 7, 9, 10, 13 und 14 nacheinander sachlich prüfen müssen und die Widerklage nur abweisen dürfen, wenn es sämtliche Ansprüche für unbegründet erachtet hätte.

III. 1. Damit das Berufungsgericht die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen zum Umfang, in dem sich der Kläger im Komplex Nr. 16 (Belastung der IMS mit den Kosten für die Jacht und das Flugzeug) schadensersatzpflichtig gemacht hat, treffen und - falls notwendig - die in der Berufungsinstanz weiterhin hilfsweise geltend gemachten

Ansprüche auf ihre Begründetheit überprüfen kann, ist die Sache zurückzuverweisen. Bei der erneuten Prüfung wird das Berufungsgericht auch der Frage nachzugehen haben, ob die Beklagte überhaupt Leistung an sich selbst verlangen kann oder ob ihr lediglich ein Anspruch auf Leistung an die IMS zusteht.

a) Eine abschließende Beurteilung dieser Frage ist in der Revisionsinstanz lediglich in dem zur hilfsweisen Anspruchs begründung von der Beklagten weiterverfolgten Schadensfall Nr. 13 möglich. Diesem liegt die Behauptung der Beklagten zugrunde, der Kläger habe in ihrem Namen ohne die erforderliche Zustimmung ihres Aufsichtsrates Bürgschaften und sog. Patronatserklärungen zugunsten der IMS abgegeben. Um daraus von den Gläubigern dieser in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratenen Gesellschaft nicht selbst in Anspruch genommen zu werden, habe sie ihr laufend hohe Geldmittel zuführen müssen. Mit diesem Vorbringen macht die Beklagte einen ihr durch das Verhalten des Klägers unmittelbar entstandenen Schaden geltend. Gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG kann sie in diesem Fall daher bis zur Höhe der unzulässigerweise eingegangenen Bürgschafts- und Patronatsverpflichtungen Leistung an sich verlangen.

b) Soweit der Hauptanspruch und die übrigen noch hilfsweise verfolgten Ansprüche in Frage stehen, handelt es sich durchweg um die Geltendmachung von Schäden, die unmittelbar der IMS entstanden sein sollen. Ebenso wie dem Hauptanspruch liegt den Fällen Nr. 6, 7, 9 und 10 der Vorwurf der Beklagten zugrunde, der Kläger habe entgegen seiner Aufsichtspflicht als Mitglied der Geschäftsführung der IMS die

Ausbeutung dieser Gesellschaft durch Po[REDACTED] nicht verhindert. So hätten zwei Gesellschaften, an denen Po[REDACTED] maßgeblich beteiligt gewesen sei, bei Geschäften mit der IMS zu überhöhten Preisen an diese geliefert bzw. von dieser Lieferungen zu unteretzten Preisen bezogen. Auch im Fall Nr. 14 macht die Beklagte letztlich einen unmittelbar der IMS entstandenen Schaden geltend, indem sie behauptet, die Rückforderung eines dieser Gesellschaft von Po[REDACTED] gewährten Darlehens in Höhe von 2,5 Millionen Dollar sei mit Zustimmung des Klägers von Po[REDACTED] an verschiedene Banken zur Sicherheit abgetreten worden; dadurch habe die IMS die Möglichkeit verloren, mit Forderungen gegen den schließlich vermögenslosen Po[REDACTED] aufzurechnen. Zwar erweckt die Darstellung dieses Punktes im Tatbestand des Berufungsurteils den Eindruck, als behaupte die Beklagte, sie selbst habe die Aufrechnungsmöglichkeit eingebüßt mit der Folge, daß ihr ein unmittelbarer Schaden entstanden sein könnte. Dies entspricht jedoch nicht dem Vortrag der Beklagten (vgl. Schriftsatz vom 16.5.1983 S. 42). Auch das Berufungsgericht geht an anderer Stelle davon aus, daß das Darlehen der IMS zur Aufrechnung hätte dienen können.

Der in all diesen Fällen nach dem Vortrag der Beklagten somit unmittelbar bei der IMS entstandene Schaden kann bei der Beklagten allenfalls zu einem mittelbaren Schaden dadurch geführt haben, daß sich der Wert ihrer Beteiligung an diesem Unternehmen entsprechend verringert hat. Damit wäre aber - bei Anwendung deutschen Rechts - ein ersetzbarer Schaden der Beklagten nicht dargetan; in dem Wertverlust der Aktien würde sich nur die Schädigung der IMS widerspiegeln. Es stellt sich hier die Frage nach der Ersatzfähigkeit

sogenannter Doppelschäden, also des Ausgleichs von Schäden des Gesellschaftsvermögens, die zugleich die Aktien des Gesellschafters entwerten. Der Gesetzgeber hat den Konflikt, der sich zwischen den Ansprüchen des Aktionärs und der Gesellschaft ergeben kann, gesehen, als er die Ersatzpflicht derjenigen regelte, die ihren Einfluß zum Nachteil der Gesellschaft benutzen; er hat ihn in der Weise gelöst, daß er in § 117 Abs. 1 Satz 2 AktG den Anspruch des Aktionärs auf den Ersatz unmittelbarer Schäden beschränkt und die mittelbaren ausgeklammert hat (BGHZ 94, 55, 58; Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 117 Rdnr. 38). Wiedemann (WM 1975, Sonderbeilage Nr. 4, 26) entnimmt dem ähnlich lautenden § 317 Abs. 1 Satz 2 AktG dieselbe Rechtsfolge. Auch nach Auffassung von Winter (ZHR 1984, 579, 596) enthalten die §§ 117 Abs. 1 Satz 2, 317 Abs. 1 Satz 2 AktG einen in dem Sinne verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken, daß der Ausgleich mittelbarer Schäden in das Privatvermögen des Gesellschafters nicht in Betracht kommt. Das neuere Schrifttum ist - wenn auch mit zum Teil unterschiedlicher Begründung - insbesondere im Anschluß an das Senatsurteil vom 5. Juni 1975 (BGHZ 65, 15 ff. - "ITT-Urteil") einhellig der Meinung, daß der mittelbar geschädigte Gesellschafter nur einen Anspruch auf Ersatzleistung an die Gesellschaft hat (Hefermehl in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff aaO § 93 Rdnr. 97; Mertens in Hachenburg, GmbHG, 7. Aufl., § 43 Rdnr. 111 a.E. und in Festschrift für Robert Fischer, S. 461, 474 f.; Martens, ZGR 1972, 254, 279; Wiedemann aaO; Winter aaO). Diese Auffassung berücksichtigt außer dem Grundsatz der Kapitalerhaltung insbesondere die allen Gesellschaften gemeinsame Zweckwidmung des Gesellschaftsvermögens (vgl. Martens aaO S. 277). Gerade der zuletzt

genannte Gesichtspunkt schließt einen Anspruch des mittelbar geschädigten Gesellschafters auf Leistung an sich im Regelfall aus; er gibt ihm vielmehr nur einen solchen auf Leistung an die Gesellschaft (vgl. Sen.Urt. v. 8.2.1962 - II ZR 205/60, WM 1962, 390). Dadurch wird zugleich auch das Aktionärsinteresse erfüllt. Könnte jeder Aktionär für sich anteiligen Schadensersatz verlangen, so käme dies einer unzulässigen Einlagenrückzahlung oder Gewinnverteilung (§§ 57 Abs. 1, 58 Abs. 5 AktG) gleich (vgl. Martens aaO; Hefermehl aaO).

Etwas anderes ergibt sich grundsätzlich nicht daraus, daß das Recht der Beklagten, den Schaden geltend zu machen, ohne weiteres aus der Tatsache folgt, daß die Pflicht, die Geschäfte der IMS zu führen, vom Kläger nicht nur als Vorstandsmitglied der IMS, sondern zugleich gegenüber der Beklagten als deren Geschäftsführer zu erfüllen war. Die Beklagte macht insoweit keinen Anspruch der IMS als Prozeßstandschafter geltend, sondern einen eigenen. Die vorstehend dargestellten Rechtsgrundsätze greifen aber auch hier ein, so daß auch dieser Anspruch grundsätzlich nur auf Leistung an die IMS gehen kann. Aus diesem Grunde ist auf den Prozeß grundsätzlich ohne Einfluß, daß die Beklagte ihre Aktien nach Eintritt der Rechtshängigkeit am 21. April 1984 veräußert hat. Der in seinem eigenen Recht verletzte Aktionär kann den Prozeß auch nach Veräußerung seiner Aktien weiterführen.

c) Anders ist die Rechtslage nach deutschem Recht, wenn das Vorbringen der Beklagten zutrifft, sie habe die der IMS durch das pflichtwidrige Verhalten des Klägers entstandenen

Verluste in den Jahren 1979 bis 1981 durch Zahlungen an die Gesellschaft und durch die Befriedigung ihrer Gläubiger ausgeglichen. Verzichtet der Gesellschafter in einem solchen Fall gegenüber der Gesellschaft auf Aufwendungsersatz oder auf Rückzahlung, wie die Beklagte dies hier getan haben will, so ist die Minderung des Gesellschaftsvermögens und damit des Werts der Aktie endgültig ausgeglichen und der Gesellschafter berechtigt, vom Organ den Ausgleich des nunmehr nur noch bei ihm bestehenden Schadens zu verlangen. Voraussetzung eines derartigen unmittelbaren Ausgleichsanspruchs ist im vorliegenden Fall aber, daß die Beklagte darlegt und notfalls beweist, daß ihre Zahlung den Schaden beseitigen und nicht einer von diesem unabhängigen Kapitalzufuhr dienen sollte mit der Folge, daß der Ersatzanspruch der IMS gegen den Kläger bestehen geblieben wäre. Dies ist bisher nicht geschehen.

d) Beim gegenwärtigen Prozeßstand kann allerdings nicht davon ausgegangen werden, daß deutsches Recht anwendbar ist. Ob panamesisches oder das am Sitz der IMS im Dubai geltende Recht, für deren Personalstatut maßgebend ist, ist bisher nicht geklärt.

2. Das Berufungsgericht wird auch erneut zu prüfen haben, ob eine Haftung des Klägers wegen der Belastung der IMS mit den Kosten für die Yacht und das Flugzeug aufgrund des Vergleichs vom 10./19. Dezember 1980 entfallen ist. An diesem umfangreichen Vertragswerk zur Regelung zahlreicher Rechtsbeziehungen waren neben mehreren anderen Gesellschaften auch die Beklagte, die IMS und Po. beteiligt. Aufgrund dieser Vereinbarung erhielten - soweit sie hier

interessiert - die IMS von der Po[REDACTED]-Gesellschaft S[REDACTED] das Schiff "T[REDACTED]" und die Beklagte 4.191 IMS-Aktien von der First C[REDACTED] E[REDACTED]. Gleichzeitig verzichtete die IMS mit Billigung der Beklagten auf die Geltendmachung der für die Jacht und das Flugzeug verauslagten Kosten.

Wären die Rechtsbeziehungen des Klägers und Po[REDACTED] zur IMS nach deutschem Recht zu beurteilen, so wäre von deren gesamtschuldnerischer Haftung gegenüber dieser Gesellschaft auszugehen. Die Wirkung des in dem Vergleich enthaltenen Verzichts richtete sich dann nach § 423 BGB, wonach ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlaß auch für die übrigen Schuldner wirkt, wenn die Vertragsschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten. Für eine derartige Absicht könnte hier zwar der Umstand sprechen, daß Po[REDACTED] im Innenverhältnis den Schaden allein zu tragen hatte; denn die Vergleichswirkung soll im Zweifel nicht über den Regreß der Mitschuldner wieder entfallen (vgl. Selb in MünchKomm z. BGB, 2. Aufl., § 423 Rdnr. 3). Das träfe auch auf das Rechtsverhältnis des Klägers zur Beklagten zu, falls diese den Schaden bei der IMS bereits ausgeglichen hatte. Ihr hätten dann der Kläger nach § 43 GmbHG und Po[REDACTED] nach § 683 in Verbindung mit § 670 BGB den Ausgleich als Gesamtschuldner ersetzen bzw. erstatten müssen.

Andererseits könnte eine Gesamtwirkung des Erlasses wegen Po[REDACTED] Zahlungsfähigkeit entfallen. Konnte die IMS die Gegenleistung, zu denen sich die Somico und die First C[REDACTED] E[REDACTED] verpflichtet hatten, nur um den Preis eines Verzichts auf ihre übrigen, wegen Po[REDACTED] Zahlungsunfähigkeit

ohnehin wertlosen Forderungen erlangen, so folgt daraus noch nicht ohne weiteres, daß auch Po [REDACTED] Mitschuldner freiwerden sollten. Ferner will die Beklagte nach ihrem unwidersprochenen Vortrag mit dem Abschluß des Vergleichs den Zweck verfolgt haben, die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der IMS abzuwenden. Ob all diese Umstände hier dazu führen, eine Gesamtwirkung des Vergleichs zugunsten des Klägers zu verneinen, kann abschließend erst beurteilt werden, wenn Feststellungen über das hier anwendbare Recht getroffen worden sind.

Obwohl die Beklagte den Kläger nicht mehr aus abgetretenem Recht der IMS, sondern ausschließlich noch nach § 43 Abs. 2 GmbHG in Anspruch nimmt, richtet sich diese Frage nicht nach dem deutschen Recht. Das gilt sowohl für die Frage, ob aus dem zunächst mittelbaren Schaden der Beklagten ein unmittelbarer dadurch werden konnte, daß die Beklagte den Schaden der IMS ausglich und dieser gegenüber auf Rückzahlung verzichtete, wie für die Frage, ob der Kläger und Po [REDACTED] Gesamtschuldner waren und wie der Gesamtsschuldnerausgleich zwischen beiden ausgestaltet ist.

3. Bei der Entscheidung über die Höhe des Schadens, der durch die Belastung der IMS mit den Kosten für die Jacht und das Flugzeug entstanden ist, wird das Berufungsgericht auch der Behauptung des Klägers nachzugehen haben, ein der Beklagten möglicherweise entstandener Schaden sei jedenfalls dadurch ausgeglichen worden, daß sie aufgrund des Vergleichs

4.191 IMS-Aktien und die IMS das Schiff "T[REDACTED]" erhalten habe. Denn soweit es sich hierbei um vermögenswerte Leistungen handelt, wurde der entstandene Schaden dadurch vermindert oder gar beseitigt. Auch hierzu fehlt es - vom Standpunkt des Berufungsgerichts aus folgerichtig - bisher an Feststellungen.

Dr. Kellermann

Dr. Bauer

Bundschuh

Brandes

Röhrich