BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 62/07

vom

18. Februar 2008

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

GG Art. 103 Abs. 1; GmbHG § 43 Abs. 2, 3; ZPO § 544 Abs. 7

a) Zur Darlegungs- und Beweislast bei Schadensersatzansprüchen gegen einen GmbH-Geschäftsführer gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG (vgl. BGHZ 152, 280).

b) § 43 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 9 b Abs. 1 GmbHG betrifft nur Schadensersatzansprüche gegen den Geschäftsführer aus § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG (vgl. Sen. Urt. v. 16. September 2002 - II ZR 107/01, ZIP 2002, 2128, 2130; vom 7. April 2003 - II ZR 193/02, ZIP 2003, 95 f.).

BGH, Beschluss vom 18. Februar 2008 - II ZR 62/07 - OLG Naumburg
LG Magdeburg

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 18. Februar 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Kraemer, Dr. Strohn, Caliebe und Dr. Reichart

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerinnen wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 7. März 2007 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Beschwerdewert: 9.780.765,14 €

Gründe:

1 Die Nichtzulassungsbeschwerde führt zur Aufhebung und Zurückverweisung gemäß § 544 Abs. 7 ZPO, weil das Berufungsurteil auf entscheidungserheblichen Verletzungen des Anspruchs der Klägerinnen auf rechtliches Gehör beruht.

2 I. 1. Soweit das Berufungsgericht in dem angefochtenen Urteil ausführt, der Vortrag der Klägerinnen zu der dem Beklagten als Geschäftsführer der Klägerin zu 1 zur Last gelegten Fehlkalkulation des Preises für den G. -Auftrag sei "dem Beweis nicht zugänglich", verletzt es in mehrfacher Hinsicht den Anspruch der Klägerinnen auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).

3 a) Gemessen an den Hinweis- und Auflagenbeschlüssen des Berufungsgerichts vom 7. Dezember 2005 und vom 10. April 2006 handelt es sich zum einen um eine gegen § 139 Abs. 2 ZPO, Art. 103 Abs. 1 GG verstoßende Überraschungsentscheidung, wenn das Berufungsgericht den von den Klägerinnen u.a. beantragten Sachverständigenbeweis deshalb ablehnt, weil die Klägerinnen die dem Festpreis gegenüberstehenden Leistungen hätten "vereinzeln" müssen. Ein derartiges Erfordernis ist den genannten Hinweisbeschlüssen nicht zu entnehmen.

4 Zum anderen hat das Berufungsgericht den Kern des Vortrags der Klägerinnen nicht richtig zur Kenntnis genommen, der dahin geht, dass sich aus dem Leistungsverzeichnis vom Februar 2000 (Stehordner) i.V.m. der ebenfalls Vertragsinhalt gewordenen "technischen Spezifikation" vom 29. März 2000 und den darin u.a. in Bezug genommenen "Angebotsergänzungen" vom 6. März 2000 (GA VI 83 bis 95) der Umfang der vereinbarten Leistungen ergebe. Das gilt auch hinsichtlich der von dem Berufungsgericht geforderten "Vereinzelung" der Leistungen, die in den genannten umfangreichen Unterlagen beschrieben werden. Sollte das Berufungsgericht gemeint haben, ein Sachverständiger käme damit nicht zurecht, wäre das eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung. Entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts stammen die "Angebotsergänzungen" vom 6. März 2000 nicht von der Klägerin zu 1, sondern von der G. , und wurden der Klägerin zu 1 nicht mit Schreiben vom 7. Mai, sondern mit Schreiben vom 7. März 2000 übersandt. Sie sind zwar stichwortartig abgefasst, nehmen aber durchgehend auf die Positionen des Leistungsverzeichnisses vom Februar 2000 Bezug. Soweit das Berufungsgericht darin - unter Hinweis auf das Telefax der G. vom 30. März 2000 (GA I 50) - "eine Erweiterung des Leistungsumfangs" sieht, ist deren Relevanz für die Beweisfrage der Fehlkalkulation nicht ersichtlich. Denn der Beklagte hat den Auftrag der G. in dem ggf. erweiterten Leistungsumfang mit Schreiben vom

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

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

4. April 2000 (GA I 51) zu dem vereinbarten Preis angenommen, ohne sich daran durch die Kalkulation vom 27. März 2000 (GA II 1 ff.) gehindert zu sehen. War schon diese, wie die Klägerinnen unter Beweisantritt behaupten, offenkundig zu niedrig berechnet, so würde das für den ggf. erweiterten Leistungsumfang erst recht gelten. Soweit das Berufungsgericht darauf abstellt, dass der Leistungsumfang auch nach dem 4. April 2000 noch erweitert worden sei, ist ebenfalls nicht ersichtlich, weshalb dies zulasten der Klägerinnen und nicht zulasten des - für den Auftrag verantwortlichen - Beklagten gehen soll. Im Übrigen erschließt sich auch nicht, weshalb die betreffenden Positionen nicht herausgerechnet werden könnten.

5 b) Das Berufungsgericht verkennt allerdings schon im Ansatz, dass die von den Klägerinnen behauptete Fehlkalkulation des Preises für den G. -Auftrag in erster Linie den Vorwurf einer Pflichtverletzung des Beklagten betrifft und diese nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 152, 280 ff.) nicht von den Klägerinnen zu beweisen ist, sondern der Beklagte entsprechend § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG für das Gegenteil, nämlich dafür darlegungs- und beweispflichtig ist, dass er bei der Preisvereinbarung "die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt hat", der Preis also nicht für ihn erkennbar zu niedrig kalkuliert worden ist. Dass eine etwaige Fehlkalkulation auch die Frage eines Schadens der Klägerin zu 1 berührt (vgl. dazu unten 2), ändert nichts daran, dass es insoweit zunächst einmal um die Frage einer Pflichtverletzung als "konkreter Haftungsgrund" geht, der - entgegen der Ansicht der Nichtzulassungsbeschwerde - nicht unter § 287 ZPO, sondern unter § 286 ZPO (mit umgekehrter Beweislast) fällt (vgl. auch BGHZ 162, 259, 263). Im Ergebnis bedürfte es aber auch für die Feststellung der behaupteten Fehlkalkulation nicht einer "Vereinzelung" jedes einzelnen Postens des G. -Auftrags, sondern nur einer überschlägigen sachverständigen Beurteilung, ob

der vereinbarte Preis die zu erwartenden Kosten aus der Sicht eines sorgfältigen Geschäftsleiters deutlich unterschritt.

6 c) Die Verkennung der hier maßgeblichen Beweislastgrundsätze durch das Berufungsgericht ändert andererseits nichts daran, dass das angefochtene Urteil auf den dargelegten Verstößen gegen Art. 103 Abs. 1 GG beruht (§ 544 Abs. 7 ZPO), weil das Berufungsgericht wesentlichen Vortrag der Klägerinnen übergangen (vgl. BGH, Urt. v. 18. Juli 2003 - V ZR 187/02, NJW 2003, 3205) und mit der von ihm geforderten "Vereinzelung" der Auftragspositionen auf einen Gesichtspunkt abgestellt hat, mit dem die Klägerinnen nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchten (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7. Oktober 2003 - 1 BvR 10/99, NJW 2003, 3687). Das angefochtene Urteil beruht auf der Gehörsverletzung, weil sich nicht ausschließen lässt, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung des übergangenen Vorbringens anders entschieden hätte (vgl. BVerfGE 89, 381, 392 f. = NJW 1994, 1053). Soweit darüber hinaus im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren auch die Entscheidungserheblichkeit einer Gehörsverletzung zu prüfen ist (§ 544 Abs. 7 ZPO), bezieht sich das vor allem auf die Frage, ob das Berufungsurteil sich trotz der Gehörsverletzung im Ergebnis als richtig darstellt (vgl. § 561 ZPO; BGH, Urt. v. 18. Juli 2003 aaO S. 3206; Musielak/Ball, ZPO 5. Aufl. § 543 Rdn. 9 k). Das ist hier nicht der Fall, weil die Abweisung der Klage mit der Begründung des Berufungsgerichts bei richtiger Beweislastverteilung erst recht nicht haltbar wäre. Die Sache ist aber auch nicht zu Lasten des Beklagten entscheidungsreif.

7 2. Entgegen der Ansicht der Nichtzulassungsbeschwerdeerwiderung fehlt hier die Entscheidungserheblichkeit der genannten Verstöße gegen Art. 103 Abs. 1 GG auch nicht deshalb, weil das Berufungsgericht die Abweisung der Klage in einer Hilfsbegründung auch darauf gestützt hat, dass die Klägerinnen einen Schaden nicht schlüssig dargelegt hätten. Diese Begründung trifft zwar,

was auch die Nichtzulassungsbeschwerde nicht in Abrede stellt, materiellrechtlich zu, verletzt aber ihrerseits wiederum den Anspruch der Klägerinnen auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), weil sämtliche Prozessbeteiligte über zwei Instanzen hinweg die erstmals in dem Berufungsurteil geäußerten Schlüssigkeitsbedenken verkannt haben und es deshalb eines vorherigen Hinweises des Berufungsgerichts (§ 139 Abs. 2 ZPO) bedurft hätte (vgl. BVerfG, Beschl. v. 17. Oktober 2003, NJW 2003, 3687 m.w.Nachw.).

8 a) Nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 152, 280, 287) trifft die aus § 43 Abs. 2 GmbHG klagende Gesellschaft die - ggf. gemäß § 287 ZPO erleichterte - Darlegungs- und Beweislast dafür, dass und inwieweit ihr durch ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten des Geschäftsführers ein Schaden entstanden ist. Als Schaden in diesem Sinne haben die Klägerinnen in den Vorinstanzen die Differenz zwischen dem mit der G. vereinbarten Festpreis und den behaupteten Gestehungskosten der Klägerin zu 1 geltend gemacht. Das träfe nur dann zu, wenn hinreichend wahrscheinlich wäre (§ 287 ZPO), dass die G. einen die Gestehungskosten der Klägerin zu 1 deckenden bzw. den nach Behauptung der Klägerinnen zu kalkulierenden Preis von ca. 32 Mio. DM akzeptiert hätte. Davon kann aber, wie das Berufungsgericht insoweit zutreffend ausführt, in Anbetracht der Konkurrenzangebote von mindestens zwei anderen Unternehmen in Höhe von ca. 17 Mio. DM nicht ausgegangen werden. Zudem machen die Klägerinnen geltend, dass der Beklagte gemäß dem Gesellschafterbeschluss vom 29. Januar 1999 den angeblich vorhersehbar nicht kostendeckenden Vertrag überhaupt nicht hätte abschließen dürfen. Nach der sog. "Differenzhypothese" ist deshalb die durch die angebliche Fehlkalkulation eingetretene Gesamtvermögenslage der Klägerin mit derjenigen zu vergleichen, die sich ohne den G. -Auftrag ergeben hätte (vgl. BGHZ 98, 212, 217; BGH, Urt. v. 26. September 1997 - V ZR 29/96, NJW 1998, 302, 304 zu b aa; Palandt/Heinrichs, BGB 67. Aufl. vor § 249 Rdn. 9). In diesem Rahmen bildet

der behauptete Verlust aus der Durchführung des G. -Auftrags nur einen Rechnungsposten, dem die vom Berufungsgericht festgestellte Tatsache gegenübersteht, dass bei der Klägerin zu 1 im Jahr 2000 infolge des Ausfalls dreier Großprojekte mit einem Gesamtvolumen von 142 Mio. DM eine "signifikante Auftragslücke" bestand und deshalb ohne die Einnahmen aus dem G. -Auftrag möglicherweise gleich hohe Verluste durch laufende Kosten entstanden wären. Wäre der G. -Vertrag bei richtiger Kalkulation nicht abgeschlossen worden, können die Klägerinnen nicht das positive Interesse, sondern nur verlangen, so gestellt zu werden, wie sie ohne den Vertrag gestanden hätten.

9 b) Soweit die Nichtzulassungsbeschwerde sich (hypothetisch) darauf beruft, die Klägerinnen hätten auf Hinweis des Berufungsgerichts zur bisherigen Unschlüssigkeit ihrer Schadensdarlegung vorgetragen, dass die "Konkurrenzangebote" mit dem Angebot der Klägerin in technischer und qualitativer Hinsicht nicht vergleichbar gewesen seien, führt auch das zwar nicht zur uneingeschränkten Schlüssigkeit des bisher geltend gemachten Schadens (vgl. zu diesem Erfordernis im Fall einer Verletzung des rechtlichen Gehörs durch Versäumung der richterlichen Hinweispflicht; BGH, Beschl. v. 11. Februar 2003 - XI ZR 153/02, WM 2003, 702; vgl. auch Musielak/Ball, ZPO 5. Aufl. § 544 Rdn. 17 d a.E.). Denn damit ist nicht gesagt, dass die G. bereit gewesen wäre, den gegenüber den Konkurrenzangeboten von 17 Mio. DM fast doppelten Preis von 32 Mio. DM zu akzeptieren, der sich nach Klägervortrag bei pflichtgemäßer Kalkulation ergeben hätte. Einer Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde aus diesem Grund (wegen fehlender Entscheidungserheblichkeit der oben I 1 dargestellten Gehörsverletzung) steht jedoch entgegen, dass in den Vorinstanzen bisher allein die Frage der Fehlkalkulation bzw. der Pflichtverletzung des Beklagten im Streit war und das Berufungsgericht die Schadensdarlegung nur in einer - von ihm selbst für nicht entscheidungserheblich erach-

teten - Hilfsbegründung für unzulänglich erachtet hat (vgl. Musielak/Ball aaO § 543 Rdn. 9 k m.w.Nachw.).

10 II. Für die neue Verhandlung und Entscheidung weist der Senat zusätzlich darauf hin, dass das Berufungsgericht mit unzutreffender Begründung davon ausgeht, den Schadensersatzansprüchen der Klägerinnen stünden die dem Beklagten mit Gesellschafterbeschluss vom 13. Dezember 2000 erteilte Entlastung sowie die Ausschlussfrist in § 11 Ziff. 5 seines Geschäftsführeranstellungsvertrages nicht entgegen.

11 Soweit das Berufungsgericht meint, eine Entlastungswirkung scheitere gemäß § 43 Abs. 3 i.V.m. § 9 b Abs. 1 GmbHG daran, dass die Klägerin zu 1 bei Fassung des Entlastungsbeschlusses am 13. Dezember 2000 "überschuldet" gewesen sei, geht dies schon deshalb fehl, weil nach den Feststellungen des Berufungsgerichts das Stammkapital von ursprünglich 25 Mio. DM noch einen positiven Stand von ca. 12,5 Mio. DM aufwies und deshalb die (zusätzliche) Schadensersatzforderung gegen den Beklagten zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger nicht benötigt wurde (vgl. Scholz/Winter/Veil, GmbHG 10. Aufl. § 9 b Rdn. 8). Die spätere Entwicklung bleibt insoweit außer Betracht (vgl. Sen.Urt. v. 7. April 2003 - II ZR 193/02, ZIP 2003, 945 f. zu 2 a a.E.). Davon abgesehen gilt § 43 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 9 b Abs. 1 GmbHG ohnehin nur für den Verzicht auf Schadensersatzansprüche wegen Verstoßes des Geschäftsführers gegen die §§ 30 oder 33 GmbHG (vgl. Sen.Urt. v. 16. September 2002 - II ZR 107/01, ZIP 2002, 2128, 2130 zu 3 a unter Aufgabe des Sen.Urt. v. 15. November 1999 - II ZR 122/98, ZIP 2000, 135). Die dem Beklagten vorgeworfene Fehlkalkulation fällt darunter nicht.

12 Erst recht scheitert die Wirksamkeit der in dem "Geschäftsführervertrag" des Beklagten vom 7. Mai 1999 vereinbarten Ausschlussfrist von sechs Mona-

ten für die schriftliche Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht an der von dem Berufungsgericht festgestellten Unterdeckung des Stammkapitals der Klägerin zu 1 (vgl. Sen.Urt. v. 16. September 2002 aaO). Da die Regelungen der Geschäftsführerpflichten in dem Anstellungsvertrag des Beklagten inhaltlich und zum Teil sogar wörtlich (vgl. § 1 Nr. 4) mit den gesetzlichen Organpflichten übereinstimmen, gilt die Ausschlussfrist auch für eine etwaige Organhaftung des Beklagten aus § 43 Abs. 2 GmbHG (vgl. Senat aaO). Das Berufungsgericht wird daher in dem neu eröffneten Berufungsverfahren vorrangig der Frage nachzugehen haben, ob die Ausschlussfrist gewahrt ist. Die für deren Beginn erforderliche "Kenntnis des Gläubigers von allen, die Haftung des Schuldners begründenden Tatsachen" setzt (ähnlich wie § 199 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 BGB) die Kenntnis aller Einzelheiten der Schadenshöhe nicht voraus. Vielmehr genügt danach die Kenntnis der Tatsachen, die eine Haftung des Beklagten dem Grunde nach ergeben. Für die zur Fristwahrung vorgeschriebene "schriftliche Geltendmachung" von Ansprüchen aus dem Geschäftsführervertrag ist eine abschließende Bezifferung ebenfalls nicht erforderlich, sondern genügt eine Geltendmachung dem Grunde nach. Nach dem eigenen Vortrag der Klägerin zu 1 (GA III 28) hatte diese schon im Oktober 2000 aufgrund der von ihrem Beirat geforderten "Auftragskostenanalyse" immerhin Kenntnis davon, dass aus dem G. -Vertrag nicht unerhebliche Verluste zu erwarten wa-

ren, die sich nach ihrem eigenen Vortrag schon im Laufe des Jahres 2001, und damit lange vor dem von den Klägerinnen für maßgeblich gehaltenen Zeitpunkt (5.3.2002) erhöht haben.

Goette Kraemer Strohn

Caliebe Reichart

Vorinstanzen:
LG Magdeburg, Entscheidung vom 20.04.2005 - 33 O 216/03 (091) -
OLG Naumburg, Entscheidung vom 07.03.2007 - 6 U 74/05 Hs -