



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 186/12

vom

17. Dezember 2013

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 17. Dezember 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann und den Richter Prof. Dr. Strohn, die Richterin Dr. Reichart sowie die Richter Dr. Drescher und Born

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 15. Februar 2012 aufgehoben.

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

Streitwert: 353.727,10 € (Klage: 53.727,10 €; Widerklage: 300.000 €)

Gründe:

- 1 I. Die Kläger, ehemalige Vorstandsmitglieder der Beklagten, machen Vergütungsansprüche gegen die Beklagte geltend. Die Beklagte rechnet mit Schadensersatzansprüchen auf, die sie darauf stützt, dass die Kläger bei der Entscheidung, die 1997/1998 erworbenen Grundstücke in der L. straße in G. zu bebauen, ihre Pflichten als Vorstandsmitglieder verletzt haben, und nimmt im Wege einer Teilwiderklage die Kläger auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch. Zur Finanzierung des Bauvorhabens L. straße nahmen die Kläger für die Beklagte ein Darlehen in Höhe von 4.090.335,05 € zu einem Zinssatz von 6,38 % und einer jährlichen Tilgungsrate von 1 % auf.

Die Gebäude wurden am 30. Juli 2001 zu einem Preis von 5.424.421,08 € fertiggestellt. Die erzielten Mieten waren nicht kostendeckend. Die Beklagte geriet im Jahr 2002 in Liquiditätsschwierigkeiten. Mit Kaufvertrag vom 1. Juli 2005 veräußerte sie die Grundstücke L. straße zusammen mit weiteren Immobilien zu einem Kaufpreis von 38,53 Millionen €.

2 Die Beklagte hat von den Klägern Ersatz des Schadens (149.757,47 €) verlangt, der ihr von der Fertigstellung bis zur Veräußerung der Wohnanlage dadurch entstanden sei, dass die Mieteinnahmen nicht ausgereicht hätten, um die aufzubringenden Finanzierungszinsen und die Verwaltungskosten zu decken. Ferner hat sie die Vermögenseinbuße geltend gemacht, die sie erlitten habe, weil die Herstellung der Wohnanlage L. straße einen weit über dem Verkehrswert der errichteten Gebäude liegenden Aufwand verursacht habe, woraus sich ein weiterer Schaden von 3.091.289,11 € ergebe. Das Landgericht hat der Klage nach Durchführung einer Beweisaufnahme stattgegeben und die Widerklage abgewiesen, weil die Kläger nicht pflichtwidrig gehandelt hätten. Im Übrigen fehle es an der hinreichenden Darlegung eines Schadens. Jedenfalls habe die Beklagte auf etwaige Schadensersatzansprüche verzichtet. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass die Kläger als Vorstandsmitglieder der Beklagten bei der Durchführung des Bauvorhabens L. straße die sie treffenden Sorgfaltspflichten nicht beachtet hätten. Jedoch sei nicht feststellbar, dass und in welcher Höhe der Beklagten hierdurch ein Schaden entstanden sei. Die Revision hat es nicht zugelassen. Die Beklagte begehrt mit ihrer Beschwerde die Zulassung der Revision, mit der sie ihre Anträge auf Klageabweisung und Verurteilung der Kläger im Umfang der Widerklage weiterverfolgen möchte.

3 II. Die Nichtzulassungsbeschwerde hat Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hat in entschei-

dungserheblicher Weise den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 103 Abs. 1 GG).

4 1. Die Beklagte hat von den Klägern Ersatz des Schadens verlangt, der ihr dadurch entstanden sei, dass die Mieteinnahmen bis zur Veräußerung der Immobilien nicht ausgereicht hätten, um die mit der Wohnanlage verbundenen Finanzierungszinsen und Verwaltungskosten zu decken. Das Berufungsgericht hat einen solchen Schaden nicht festzustellen vermocht. Dabei hat es verfahrensfehlerhaft die von der Beklagten in der Berufungsinstanz als Anlagenkonvolut BB 17 vorgelegten, sechs Ordner füllenden Unterlagen unter Hinweis auf § 529 Abs. 1, § 531 Abs. 2 ZPO nicht berücksichtigt und deshalb von einer nach seiner Auffassung grundsätzlich möglichen betriebswirtschaftlichen Auswertung der Unterlagen durch einen Sachverständigen abgesehen. Damit hat es zugleich in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt.

5 a) Das Berufungsgericht hat die in zweiter Instanz mit Schriftsatz vom 18. Januar 2012 vorgelegten Unterlagen verfahrensfehlerhaft unberücksichtigt gelassen, weil es sich entgegen seiner Beurteilung nicht um neuen Vortrag im Sinn von § 531 Abs. 2 ZPO handelte. Die vorgelegten Unterlagen stehen Partevortrag im Sinn von § 137 Abs. 2 ZPO gleich (BGH, Urteil vom 20. März 1995 - II ZR 198/94, WM 1995, 1292 f.). Der von der Beklagten in zweiter Instanz durch Bezugnahme auf das Anlagenkonvolut gehaltene Vortrag war nicht neu im Sinn von § 531 Abs. 2 ZPO. Zwar wurden die Unterlagen erstmals in der zweiten Instanz vorgelegt. Ein erstmals in der zweiten Instanz gehaltener Vortrag ist aber nicht neu im Sinne dieser Vorschrift, wenn ein schon in der ersten Instanz schlüssiges Vorbringen lediglich durch weitere Tatsachenbehauptungen zusätzlich konkretisiert, verdeutlicht oder erläutert wird (BGH, Urteil vom 8. Juni 2004 - VI ZR 199/03, BGHZ 159, 245, 251; Beschluss vom 21. Dezem-

ber 2006 - VII ZR 279/05, NJW 2007, 1531 Rn. 7; Beschluss vom 2. April 2009 - V ZR 177/08, NJW-RR 2009, 1236 Rn. 9; Urteil vom 21. Dezember 2011 - VIII ZR 166/11, NJW-RR 2012, 341, Rn. 15). So verhält es sich hier. Die Beklagte hat bereits in der ersten Instanz unter Vorlage einer Aufstellung schlüssig und substantiiert vorgetragen, dass von der Fertigstellung bis zur Veräußerung des Objekts L. straße ihre aus den Finanzierungs- und den Verwaltungskosten bestehenden Ausgaben höher waren als ihre Mieteinnahmen und hat den sich hieraus für die einzelnen Jahre ergebenden Schaden beziffert. Dieser Vortrag war offensichtlich auch aus der Sicht des Berufungsgerichts schlüssig, da es über ihn Beweis durch Vernehmung der Zeugin P. erhoben hat. Die in zweiter Instanz eingereichten Unterlagen hat die Beklagte zum Beleg dafür vorgelegt, dass ihr ein Schaden in der von ihr vorgetragenen Höhe entstanden ist.

- 6 b) Die unterbliebene Berücksichtigung des in zweiter Instanz vorgelegten Anlagenkonvoluts verletzt den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs. Zwar begründet nicht jede, auf der verfahrensfehlerhaften Anwendung des Prozessrechts beruhende Zurückweisung von Parteivortrag einen Verstoß gegen Art. 103 GG. Dies ist aber jedenfalls dann der Fall, wenn eine Präklusionsvorschrift offenkundig unrichtig angewendet wird (BGH, Beschluss vom 21. Februar 2006 - VIII ZR 61/04, NJW-RR 2006, 755 Rn. 5; Beschluss vom 14. Juli 2008 - II ZR 202/07, ZIP 2008, 1675 Rn. 8; Beschluss vom 2. April 2009 - V ZR 177/08, NJW-RR 2009, 1236 Rn. 8, jeweils mwN; BVerfG, NJW 2000, 945, 946). Präklusionsvorschriften haben wegen ihrer das rechtliche Gehör beschränkenden Wirkung Ausnahmecharakter, so dass ihre Anwendung einer strengeren verfassungsrechtlichen Kontrolle unterliegt, als dies üblicherweise bei der Anwendung des einfachen Rechts geschieht (vgl. BVerfGE 75, 302, 312). Von einer offenkundig fehlerhaften Anwendung der Präklusionsvorschriften ist auszugehen, wenn - wie hier - Vorbringen, das nicht neu im Sinn

von § 531 Abs. 2 ZPO ist, unter Berufung auf diese Vorschrift zurückgewiesen wird (BGH, Beschluss vom 2. April 2009 - V ZR 177/08, NJW-RR 2009, 1236 Rn. 7 ff.; Beschluss vom 21. Dezember 2006 - VII ZR 279/05, NJW 2007, 1531 Rn. 6 ff.).

7 c) Der in der unzulässigen Zurückweisung der vorgelegten Unterlagen liegende Verstoß des Berufungsgerichts gegen Art. 103 Abs. 1 GG ist entscheidungserheblich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht bei der - von ihm in Betracht gezogenen - betriebswirtschaftlichen Auswertung der Unterlagen durch einen Sachverständigen den von der Beklagten behaupteten Schaden festgestellt und anders entschieden hätte.

8 2. Das Berufungsgericht hat einen in der Differenz zwischen den Baukosten für das Wohnobjekt L. straße und dem durch die Bebauung der Grundstücke geschaffenen Gegenwert bestehenden Schaden der Beklagten verneint, weil der Beklagten der tatsächlich erzielte Kaufpreis hätte bekannt sein können und es ihr verwehrt sei, ihren Schaden abstrakt nach der Differenz zwischen den unstreitigen Aufwendungen für das Bauvorhaben L. straße und dem auf der Grundlage des Verkehrswertes behaupteten Verkaufspreis zu berechnen. Diese Ansicht beruht auf einer weiteren Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beklagten.

9 a) Mit diesen Ausführungen hat das Berufungsgericht unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG den wesentlichen Kern des Vorbringens der Beklagten nicht erfasst (vgl. nur BGH, Beschluss vom 17. Januar 2008 - V ZR 92/07, juris Rn. 7; Beschluss vom 9. Februar 2009 - II ZR 77/08, WM 2009, 1154 Rn. 3 f.; Beschluss vom 15. März 2010 - II ZR 4/09, ZIP 2010, 1541 Rn. 4). Anders als das Berufungsgericht angenommen hat, hat sich die Beklagte nicht darauf berufen, durch das pflichtwidrige Handeln der Kläger zu einem verlustreichen Ver-

kauf der Immobilien in der L. straÙe gezwungen worden zu sein. Vielmehr hat sie den Klägern angelastet, das Bauvorhaben L. straÙe pflichtwidrig initiiert und durchgeführt zu haben, ohne eine ausreichende Wirtschaftlichkeitsberechnung zu erstellen. Sie hat geltend gemacht, dass die Kläger sie deshalb so zu stellen hätten wie sie stünde, wenn das Bauvorhaben unterblieben wäre, und ihr deshalb die VermögenseinbuÙe zu ersetzen hätten, die sie dadurch erlitten habe, dass der durch die Bebauung geschaffene Vermögenswert deutlich geringer sei als die von ihr aufgewandten - unstreitigen - Baukosten in Höhe von 5.424.421,08 € (GA I 54, GA II 505, GA VII 1724 - 1726). Auf den im Rahmen der Verkaufsverhandlungen mit einem Kaufinteressenten für das Objekt L. straÙe angesetzten Verkaufspreis von 2.836.000 € hat sich die Beklagte nur als Anhaltspunkt für den Verkehrswert des Grundstücks und als Grundlage für dessen Schätzung berufen (GA VII 1728, VIII 2102 f.).

- 10 b) Ebenfalls unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG hat das Berufungsgericht einen Schaden der Beklagten verneint, ohne ihrem Beweisangebot auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zu dem durch die Bebauung der Grundstücke L. straÙe geschaffenen Wert, der im Verkehrswert der errichteten Gebäude besteht, nachzukommen.
- 11 c) Der in dem Übergehen des beweisunterlegten Vortrags der Beklagten liegende Gehörsverstoß ist entscheidungserheblich. Hätte das Berufungsgericht den wesentlichen Kern des Vortrags der Beklagten zur Kenntnis genommen und zum Verkehrswert der Grundstücke Beweis erhoben, hätte es möglicherweise festgestellt, dass der Beklagten ein Schaden entstanden ist. Es ist nicht auszuschließen, dass es in diesem Fall zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre.

- 12 3. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, sich mit den Einwendungen der Nichtzulassungsbeschwerdeerwiderung zu der - von ihm bejahten - Pflichtwidrigkeit der unternehmerischen Entscheidung der Kläger zu befassen und die - gegebenenfalls nach ergänzendem Parteivortrag - erforderlichen Feststellungen zu treffen.

Bergmann

Strohn

Reichart

Drescher

Born

Vorinstanzen:

LG Neuruppin, Entscheidung vom 07.08.2009 - 2 O 45/04 -

OLG Brandenburg, Entscheidung vom 15.02.2012 - 7 U 141/09 -