



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 28/12

vom

23. Juli 2013

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 23. Juli 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann und den Richter Dr. Strohn, die Richterinnen Caliebe und Dr. Reichart sowie den Richter Sunder

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Nebenintervenientin wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 16. Dezember 2011 aufgehoben.

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

Streitwert: 689.400 €

Gründe:

- 1 I. Die Klägerin nimmt den Beklagten zu 1 (im Folgenden: der Beklagte), den ehemaligen Geschäftsführer ihrer Komplementärin, auf Schadensersatz wegen Verletzung seiner Organisationspflichten in Anspruch. Die Klägerin bestellte im Jahr 2006 eine Maschine zum Preis von 1.149.000 € netto. 60 % des Kaufpreises sollten nach Bestätigung des Auftrags gegen Hingabe einer Anzahlungsbürgschaft gezahlt werden. Die Lieferantin übermittelte der Klägerin eine Anzahlungsbürgschaft der D. Bank AG. Die Bürgschaft war ausweislich der Bürgschaftsurkunde an die Bedingung geknüpft, dass der Rechnungsbetrag auf ein Konto der Lieferantin bei der D. Bank AG überwiesen wird. Die Klägerin hat diesen Zahlungsweg nicht eingehalten, sondern übermittelte der Lieferantin einen - von den Leitern der Buchhaltung und des Controlling - unter-

zeichneten Scheck über den Zahlungsbetrag, den diese einem anderen Bankkonto gutschreiben ließ. Infolge der nachfolgend eingetretenen Insolvenz der Lieferantin ist die Zahlung verloren. Die Klägerin hat den Beklagten mit der Behauptung, er habe das Rechnungswesen in ihrem Unternehmen unzureichend organisiert, auf Schadensersatz in Höhe des verlorenen Nettobetrags der geleisteten Zahlung (689.400 €) in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Klage nach Durchführung einer Beweisaufnahme abgewiesen. Das Berufungsgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt, ohne die Zeugen erneut zu vernehmen. Die dem Rechtsstreit auf Seiten des Beklagten beigetretene Streithelferin begehrt die Zulassung der Revision und die Aufhebung des Berufungsurteils.

2 II. Die Beschwerde ist begründet und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hat in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt.

3 1. Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Gesellschaft, die den Geschäftsführer wegen Verletzung seiner Geschäftsführerpflichten auf Schadensersatz in Anspruch nimmt, - gegebenenfalls mit der Erleichterung des § 287 ZPO - darzulegen und zu beweisen hat, dass ihr durch ein Verhalten des Geschäftsführers, das möglicherweise pflichtwidrig war, ein Schaden entstanden ist, während der Geschäftsführer zu beweisen hat, dass er seine Pflichten nicht verletzt oder jedenfalls schuldlos gehandelt hat oder dass der Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wäre (vgl. nur BGH, Urteil vom 4. November 2002 - II ZR 224/00, BGHZ 152, 280, 287; Beschluss vom 18. Februar 2008 - II ZR 62/07, ZIP 2008, 736

Rn. 8; Urteil vom 22. Februar 2011 - II ZR 146/09, ZIP 2011, 549 Rn. 17 - zur AG; Urteil vom 15. Januar 2013 - II ZR 90/11, ZIP 2013, 455 Rn. 14 - zur AG). Das Berufungsgericht hat aber ein pflichtgemäßes Verhalten des Beklagten verneint, weil nach dem Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme - abweichend vom Landgericht - nicht davon ausgegangen werden könne, dass sämtlichen Mitarbeitern der Finanzbuchhaltung der Klägerin bewusst gewesen sei, dass sie eine der Anzahlungsrechnung beigefügte Bürgschaftsurkunde im Hinblick auf einen dort vorgegebenen Zahlungsweg zu prüfen hatten. Wie sich aus § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ergibt, durfte das Berufungsgericht die Aussagen der erstinstanzlich vernommenen Zeugen nicht anders als das Landgericht würdigen, ohne die Zeugen erneut zu vernehmen. Die Nichtzulassungsbeschwerde sieht in der rechtsfehlerhaften Anwendung dieser Vorschrift zu Recht eine Verletzung des Anspruchs des Beklagten auf rechtliches Gehör (vgl. nur BGH, Beschluss vom 14. Juli 2009 - VIII ZR 3/09, NJW-RR 2009, 1291 Rn. 4; Beschluss vom 21. Juni 2011 - II ZR 103/10, WM 2011, 1533 Rn. 6; Beschluss vom 19. Februar 2013 - II ZR 119/11, juris Rn. 5).

4

Grundsätzlich steht es im Ermessen des Berufungsgerichts, ob es Zeugen, die in der Vorinstanz bereits vernommen worden sind, gemäß § 398 Abs. 1 ZPO erneut vernimmt. Das Berufungsgericht ist jedoch zur nochmaligen Vernehmung der Zeugen verpflichtet, wenn es die protokollierten Zeugenaussagen anders verstehen oder würdigen will als die Vorinstanz. Eine erneute Vernehmung kann in diesem Fall allenfalls dann unterbleiben, wenn sich das Berufungsgericht auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit noch das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit seiner Aussage betreffen (st. Rspr., BGH, Beschluss vom 14. Juli 2009 - VIII ZR 3/09, NJW-RR 2009, 1291 Rn. 5 f.; Beschluss vom 21. Juni 2011 - II ZR 103/10, WM 2011, 1533 Rn. 7; Beschluss

vom 19. Februar 2013 - II ZR 119/11, juris Rn. 6; vgl. auch BVerfG, NJW 2011, 49 Rn.14). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor.

- 5 Das Landgericht hat festgestellt, dass sich aufgrund der Zeugenaussagen ein geschlossenes Ablaufschema ergibt, in dem jeder Mitarbeiter genau vorgegebene Zuständigkeiten hat, und das dazu führt, dass die in Bürgschaftsurkunden enthaltenen Zahlungsvorgaben berücksichtigt werden, ohne dass es auf die Besonderheit einer Anzahlungsbürgschaft ankommt. In allen Fällen gelte: „Was beigefügt ist, muss beachtet werden“. Das Berufungsgericht ist demgegenüber zu dem Ergebnis gekommen, den Aussagen der Zeugen E. und S. lasse sich nicht entnehmen, dass sämtliche Mitarbeiter in der Finanzbuchhaltung der Klägerin sich veranlasst sehen mussten, beigefügte Bürgschaften darauf zu überprüfen, ob sie einen bestimmten Zahlungsweg vorsahen und diese Information zu verarbeiten. Das Berufungsgericht hat somit die Aussagen dieser Zeugen anders als das erstinstanzliche Gericht verstanden und gewürdigt, ohne die Zeugen erneut zu vernehmen.
- 6 Das angefochtene Urteil beruht auf diesem Verfahrensfehler. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht zu einer anderen Beurteilung gelangt wäre, wenn es die Zeugen erneut vernommen und sich einen eigenen Eindruck verschafft hätte.
- 7 2. Wie die Nichtzulassungsbeschwerde außerdem zu Recht rügt, hat das Berufungsgericht den durch das Angebot auf Vernehmung der Zeugen E. und S. unterlegten Vortrag der Nebenintervenientin im Schriftsatz vom 2. Dezember 2011, der Zeuge E. habe die Mitarbeiter der Finanzbuchhaltung dahingehend instruiert, dass im Falle von Anzahlungsbürgschaften nicht wie üblich verfahren werden könne, sondern der in der Bürg-

schaftsurkunde vorgegebene Zahlungsweg einzuhalten sei, bei seiner Entscheidung rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt. Die vom Berufungsgericht für die Nichtberücksichtigung dieses Vortrags gegebene Begründung, der Vortrag stehe in erkennbarem Widerspruch zu früherem Vortrag der Streithelferin, stellt sich als vorweggenommene, gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßende Beweismwürdigung dar, die im Prozessrecht keine Stütze findet. Eine Partei ist nicht gehindert, ihr Vorbringen im Laufe des Rechtsstreits zu ändern, insbesondere auch zu berichtigen; eine etwaige Widersprüchlichkeit des Vortrags kann - nach Durchführung der gebotenen Beweisaufnahme - nur im Rahmen der Beweismwürdigung berücksichtigt werden (BGH, Beschluss vom 21. Juli 2011 - IV ZR 216/09, VersR 2011, 1384 Rn. 5 f.; Urteil vom 13. März 2012 - II ZR 50/09, ZIP 2012, 1197 Rn. 16 mwN).

- 8 Die Nichtberücksichtigung dieses Vortrags der Streithelferin wird auch nicht durch die weitere Begründung des Berufungsgerichts getragen, der Vortrag sei in tatsächlicher Hinsicht neu und deshalb nach § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht mehr zuzulassen. Dabei kann offen bleiben, ob es sich - was die Nichtzulassungsbeschwerde verneint - überhaupt um neuen Vortrag handelte. Auch wenn dies der Fall war, durfte das Berufungsgericht den Vortrag nicht als verspätet zurückweisen. Beurteilt das Berufungsgericht die Rechtslage abweichend vom erstinstanzlichen Gericht und ist deshalb neuer Vortrag und/oder ein Beweisantritt erforderlich, um auf der Grundlage dieser Beurteilung zu obsiegen, sind diese Angriffs- und Verteidigungsmittel in der 2. Instanz zuzulassen (§ 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Das Berufungsgericht hat auf seine abweichende Auffassung so rechtzeitig hinzuweisen, dass von den Parteien vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung reagiert werden kann (BGH, Beschluss vom 15. Februar 2005 - XI ZR 144/03, juris Rn. 12; Beschluss vom 26. Juni 2008 - V ZR 225/07, juris Rn. 5 f.). Kommt es seiner Hinweispflicht erst in der

mündlichen Verhandlung nach, muss es die mündliche Verhandlung wieder eröffnen und den in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz gehaltenen, entscheidungserheblichen Vortrag nebst Beweisantritt berücksichtigen (BGH, Beschluss vom 15. Februar 2005 - XI ZR 144/03, juris Rn. 12 mwN). Die Zurückweisung solchen Vortrags als verspätet stellt sich als Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar (BGH, Beschluss vom 26. Juni 2008 - V ZR 225/07, juris Rn. 4; Beschluss vom 15. Februar 2005 - XI ZR 144/03, juris Rn. 10).

9 Gemessen daran ist Art. 103 Abs. 1 GG hier verletzt. Das Landgericht hat den in erster Instanz gehaltenen Vortrag des Beklagten und der Streithelferin für ausreichend erachtet und für bewiesen angesehen, dass dem Beklagten das von der Klägerin behauptete Organisationsverschulden nicht angelastet werden kann. Das Berufungsgericht hat erstmals in der mündlichen Verhandlung das Beweisergebnis des Landgerichts in Frage gestellt und Zweifel daran geäußert, dass die Mitarbeiter der Finanzbuchhaltung davon ausgegangen sind, für die Prüfung von Bürgschaftsbedingungen und Beachtung der in Anlagen enthaltenen Angaben zuständig zu sein. Es hätte sich deshalb mit dem auf diesen Hinweis hin gehaltenen ergänzenden Vortrag der Streithelferin, dass der Zeuge E. als Leiter der Finanzbuchhaltung seine Mitarbeiter entsprechend instruiert habe, befassen und die angebotenen Beweise erheben müssen. Aus dem Vortrag ergab sich, dass die Mitarbeiter der Finanzbuchhaltung von ihrer Zuständigkeit ausgegangen sind.

10 Auch dieser Verfahrensfehler ist entscheidungserheblich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht ein pflichtwidriges Verhalten des Beklagten verneint und zu einem abweichenden Ergebnis gelangt wäre,

wenn es den Vortrag der Nebenintervenientin berücksichtigt und die Zeugen E. und S. vernommen hätte.

11

III. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin: Sollte das Berufungsgericht nach Vernehmung der Zeugen wiederum ein mögliches, pflichtwidriges Verhalten des Beklagten (nur) darin sehen, dass im Falle von Zahlungen, die durch eine Bürgschaft abgesichert sind, bei der Rechnungsprüfung nicht sichergestellt war, dass diese auf das in der Bürgschaftsurkunde bezeichnete Konto geleistet wurden, und erneut zu dem Ergebnis kommen, es lasse sich (jedenfalls) nicht ausschließen, dass die Bürgschaftsurkunde zusammen mit der Anzahlungsrechnung bei der Finanzbuchhaltung eingegangen ist, rechtfertigten diese Feststellungen entgegen der Meinung des Berufungsgerichts die Verurteilung des Beklagten zum Schadensersatz nicht. Denn es stünde nicht fest, dass das als möglich angenommene pflichtwidrige Fehlverhalten des Beklagten den Schaden der Klägerin verursacht hat. Wie oben (II. 1.) ausgeführt, hat nach der Rechtsprechung des Senats aber die Gesellschaft zu beweisen, dass ihr durch das möglicherweise pflichtwidrige Verhalten des Geschäftsführers ein Schaden entstanden ist. Die Darlegungs- und Beweislast des

Geschäftsführers erstreckt sich nicht auch auf die fehlende Kausalität seiner möglichen Pflichtverletzung für den Schaden der Gesellschaft.

Bergmann

Strohn

Caliebe

Reichart

Sunder

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 26.06.2009 - 412 HKO 115/08 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 16.12.2011 - 11 U 151/09 -