



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 243/06

vom

15. Oktober 2007

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 15. Oktober 2007 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Kurzwelly, Dr. Strohn, Dr. Reichart und Dr. Drescher

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Klägers wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 27. September 2006 aufgehoben.

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

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 420.351,62 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. 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 den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt.
- 2 So hat es angenommen, ein Anspruch auf Auskunft nach §§ 666, 681 Satz 2 BGB bestehe nicht, weil die e. -Gruppe keine eigene Tätigkeit zugunsten der Schuldnerin ausgeübt habe und deshalb keine Vermutung für ei-

nen Fremdgeschäftsführungswillen i.S. des § 677 BGB spreche. Dabei hat das Berufungsgericht übersehen, dass der Kläger vorgetragen hat, die e. - Gruppe habe es übernommen, die bei der Geschäftstätigkeit der Schuldnerin angefallenen Daten zu sichern und zu archivieren. Das ist ein positives Tun und stellt zugleich ein objektiv fremdes Geschäft dar. Ein Fremdgeschäftsführungswillen der e. -Gruppe wird daher vermutet. Ob darüber hinaus sogar die Voraussetzungen eines Auftrags i.S. des § 662 BGB erfüllt sind, wie die Beschwerde meint, kann offen bleiben. Daraus würden sich keine weitergehenden Auskunftsansprüche ergeben.

3 Der Einwand der Beschwerdeerwiderung, das übergangene Vorbringen sei nach § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert, geht fehl. Zum einen hat das Berufungsgericht keine Entscheidung darüber getroffen, ob es den Vortrag zulassen wolle oder nicht. Zum anderen war der Vortrag nicht neu. In erster Instanz war nämlich schon unstreitig, dass die Beklagte mindestens über einschlägige Mikroverfilmungen verfügt.

4 Dass die Auswertung der Mikroverfilmungen nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten 35.000,00 € kosten würde, steht dem Auskunftsanspruch nicht entgegen. Eine Datensicherung hat den Zweck, darauf später mit zumutbarem Aufwand zugreifen zu können. Wenn die e. -Gruppe die Daten in einer Weise gesichert hat, dass ihr jetzt bei der Trennung von anderen Daten ein unzumutbarer Aufwand entsteht, kann sie das dem Kläger nicht entgegenhalten. Gegebenenfalls kann einer übermäßigen Belastung der Beklagten durch eine andere Fassung des Klageantrags - "Herausgabe der Mikroverfilmungen, soweit sie ... betreffen" - entgegengewirkt werden.

5 II. Im Übrigen sind auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zu einer möglichen Zahlungspflicht der Beklagten aus §§ 30, 31 GmbHG nicht frei von Rechtsfehlern.

6 Für die Anwendung des § 30 Abs. 1 GmbHG kommt es u.a. darauf an, ob in den Austauschverhältnissen zwischen der Schuldnerin und den Unternehmen der e. -Gruppe die Preise nicht marktüblich waren und die e. -Gruppe deshalb zu Lasten des gebundenen Kapitals der Schuldnerin mehr erhielt, als ihrer Gegenleistung entsprach (vgl. Sen.Urt. v. 13. November 1995 - II ZR 113/94, ZIP 1996, 68). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht dem nicht entgegen, dass die F. als zur Gruppe der Beklagten gehörende Gesellschaft in dem maßgeblichen Zeitraum nur Minderheitsgesellschafterin der Schuldnerin war. Sie hat nämlich die Preisgestaltung aufgrund ihres Einflusses auf die Geschäftsführung der Schuldnerin jedenfalls mitgestaltet.

7 Zu Unrecht hat das Berufungsgericht weiter angenommen, die Behauptung des Klägers, die Preise seien nicht marktüblich gewesen, sei nicht durch Tatsachen belegt. Damit hat es die Darlegungs- und Beweislast des Klägers jedenfalls im Hinblick auf den von ihm verfolgten Auskunftsanspruch überspannt. Es bestehen ausreichende Anhaltspunkte für die Möglichkeit, dass nicht marktübliche Preise vereinbart worden sind und damit ein Anspruch gegen die Beklagte aus §§ 30, 31 GmbHG besteht. Das Sachverständigengutachten hat zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt. Die e. -Gruppe und die Schuldnerin haben vereinbart, den Preis für die Kommissionierung der Ware (= Zusammenstellung der Packstücke für die einzelnen Kunden) nach Gewicht zu bemessen. Nach der Behauptung des Klägers sind die Kollis (= Packstücke) in der Folgezeit leichter geworden, so dass bei gleichem Gewicht mehr Kommissionierungen vorgenommen werden mussten, wodurch sich die Kosten erhöht haben.

Der Sachverständige hat festgestellt, dass der vereinbarte Preis nur dann marktüblich gewesen sei, wenn das Gewicht je Kolli nicht abgesunken sei. Weiter hat der Sachverständige "stark" bezweifelt, dass das Durchschnittsgewicht in den wenigen Monaten nennenswert gesunken sei, und hat insoweit Erfassungsfehler etc. vermutet. Der Kläger hat jedoch Indizien vorgetragen, die für eine Veränderung der für den Preis maßgeblichen Faktoren sprechen. So wurden zwei Vermerke des Mitarbeiters P. vom 8. Oktober und 28. Dezember 1998 im Lenkungsausschuss der Schuldnerin erörtert, in denen eine Verminderung des Durchschnittsgewichts pro Kolli um zuletzt 38 % mitgeteilt worden war. Ferner hat der mittlerweile verstorbene Geschäftsführer der Schuldnerin S.

in seinem zweiten Schreiben vom 18. Februar 1999 an seinen Mitgeschäftsführer B. (den Vertrauensmann der e. -Gruppe) auf eine Veränderung "vieler Parameter" hingewiesen. Schließlich ist bedeutsam, dass die

Schuldnerin schon gut vier Monate, nachdem sie nur noch die in dem Kooperationsvertrag vereinbarten Preise erhalten hatte, insolvent wurde. Das lässt es als denkbar erscheinen, dass die Preise nicht marktüblich waren.

Goette

Kurzwelly

Strohn

Reichart

Drescher

Vorinstanzen:

LG Heilbronn, Entscheidung vom 01.12.2005 - 23 O 82/04 KfH -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 27.09.2006 - 14 U 11/06 -