



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

II ZR 247/14

vom

1. Dezember 2015

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 1. Dezember 2015 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, die Richterin Caliebe und die Richter Dr. Drescher, Born und Sunder

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten zu 3 wird das Teilurteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 27. Juni 2014 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten zu 3 erkannt worden ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Streitwert: 72.800 €

#### Gründe:

- 1 I. Der Beklagte zu 3 war Mitglied des Aufsichtsrats der F. AG (künftig: Schuldnerin), über deren Vermögen am 20. März 2006 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Der Kläger ist zum Insolvenzverwalter bestellt. Er nimmt den Beklagten zu 3 - neben Mitgliedern des Vorstands der Schuldnerin und weiteren Aufsichtsratsmitgliedern - auf Schadensersatz wegen Zahlungen

in Anspruch, die im Zusammenhang mit dem Verkauf von Aktien der Schuldnerin an den Vertriebsmitarbeiter T. geleistet wurden.

2 Am 14. Dezember 2000 beschloss die Hauptversammlung der Schuldnerin eine Erhöhung des auf 2.050.000 DM lautenden Grundkapitals um 370.000 DM sowie die Ermächtigung des Vorstands, das Grundkapital mit Zustimmung des Aufsichtsrats um weitere 1.025.000 DM zu erhöhen. Auf dieser Grundlage beschloss der Vorstand der Schuldnerin am 19. März 2004 die Ausgabe neuer Aktien (künftig: Neuaktien) mit einem Nennwert von je 50 € zu einem Preis von je 260 €. Deren Vertrieb sollte, ebenso wie der Verkauf zuvor ausgegebener Aktien durch Altaktionäre (künftig: Altaktien), telefonisch über die von T. geleitete „Niederlassung D.“ erfolgen. Der Aufsichtsrat stimmte diesem Vorhaben, dem ein u.a. vom Beklagten zu 3 entwickelter Verkaufsprospekt zugrunde lag, am 6. Oktober 2004 zu. Die Kapitalerhöhung wurde nicht im Handelsregister eingetragen. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens meldeten zahlreiche Aktienerwerber Ansprüche gegen die Schuldnerin an, da sie durch fehlerhafte Angaben zum Kauf wertloser Aktien veranlasst worden seien. T. und die an dem Rechtsstreit nicht mehr beteiligten Beklagten zu 1 und 4 sind wegen ihrer Beteiligung an den Aktienverkäufen rechtskräftig wegen Betrugs bzw. Beihilfe zum Betrug verurteilt worden.

3 Der Kläger hat den Beklagten zu 3 auf Ersatz der zwischen dem 26. Mai und dem 11. November 2005 an T. geflossenen Provisionen in Anspruch genommen. Er hat behauptet, der Beklagte zu 3 habe Kenntnis von unrichtigen Prospektangaben gehabt und gemeinsam mit den anderen Mitgliedern des Aufsichtsrats den Vorstand angewiesen, an T. die in Höhe von 50% des Ausgabepreises sittenwidrig vereinbarten Provisionen zu zahlen. Der Beklagte zu 3 habe den Schaden zu ersetzen, der der Schuldnerin dadurch entstanden sei,

dass getäuschte Anleger sie auf Erstattung der für die Aktien gezahlten Beträge in Anspruch nähmen, während die Schuldnerin ihrerseits von T. , der mittlerweile vermögenslos sei, keine Rückzahlungen erwarten könne.

4 Das Landgericht hat den Beklagten zu 3 verurteilt, als Gesamtschuldner mit den Beklagten zu 1, 4 und 5 an den Kläger 566.200 € nebst Zinsen zu zahlen Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche der Insolvenzmasse gegen T. auf Rückgewähr der in dem Zeitraum vom 26. Mai 2005 bis 11. November 2005 erhaltenen Provisionszahlungen. Auf die Berufung des Beklagten zu 3 hat das Berufungsgericht dessen Verurteilung unter Abweisung der gegen ihn gerichteten weitergehenden Klage in Höhe von 72.800 € nebst Zinsen bestätigt. Hiergegen wendet sich der Beklagte zu 3 mit seiner Nichtzulassungsbeschwerde.

5 II. Die Beschwerde ist begründet und führt unter teilweiser Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hat in entscheidungserheblicher Weise den Anspruch des Beklagten zu 3 auf rechtliches Gehör verletzt (§ 544 Abs. 7 ZPO).

6 1. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Beschwerdeverfahren von Interesse, im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

7 Der Beklagte zu 3 sei wegen schuldhafter Verletzung seiner Pflichten als Mitglied des Aufsichtsrats zum Schadensersatz gemäß §§ 116, 93 AktG verpflichtet, weil er Provisionszahlungen an T. nicht verhindert habe. Ein Schaden der Schuldnerin sei aber nur insoweit schlüssig dargetan, als die Schuldnerin über T. aus dem genehmigten Kapital stammende Neuaktien verkauft habe. Insoweit hätten die Käufer wegen der sittenwidrigen Provisions-

höhe gegen die Schuldnerin einen Schadensersatzanspruch, der auf Rückzahlung des gesamten Kaufpreises gerichtet sei, während T. keinen Anspruch auf Auszahlung der Provision gehabt habe. Soweit hingegen Altaktien aus Portfolios von Altaktionären über T. verkauft worden seien, sei zu berücksichtigen, dass das Geschäftskonto der Schuldnerin nur als Zahlstelle gedient habe, so dass die Schuldnerin insoweit keinen Rückzahlungsansprüchen der Aktienkäufer ausgesetzt sei.

8 Mit der erforderlichen Sicherheit lasse sich (nur) feststellen, dass T. für die Vermittlung von Neuaktien eine Provision von 72.800 € erhalten habe. Der Betrag ergebe sich aus dem Verkauf von 560 Neuaktien zum Preis von je 260 € bei einer Provisionshöhe von 50% des Verkaufspreises.

9 Es sei aufgrund der tatbestandlichen Feststellungen des Landgerichts im Berufungsverfahren als unstreitig zugrunde zu legen, dass T. (auch) neue Aktien vertrieben und hierfür Provisionen erhalten habe. Der Verkauf von 560 Neuaktien stehe nach den eigenen Ausführungen des Beklagten zu 3 im Schreiben an die Aufsichtsratsmitglieder vom 17. November 2004 fest. In diesem Schreiben sei der Beklagte zu 3 davon ausgegangen, dass mindestens 560 Aktien der Schuldnerin aus der Kapitalerhöhung veräußert worden seien, deren Erlöse tatsächlich „der oHG“ gutgeschrieben worden seien. Auf Grundlage der Annahmen des Beklagten zu 3 wäre zu diesem Zeitpunkt bereits eine Summe von 72.800 € an T. geflossen. Der Beklagte zu 3 habe in dem Schreiben keine bloße Vermutung geäußert, da er geschrieben habe „In Wirklichkeit ... mindestens ...“. Der Beklagte zu 3 habe auch nicht dargetan, dass T. die Provision für den Vertrieb dieser Neuaktien im November 2004 bereits erhalten habe.

10            2. Die für die Verurteilung des Beklagten zu 3 tragende Annahme des Berufungsgerichts, T.        habe auch neue Aktien vertrieben und hierfür von der Schuldnerin Provisionen erhalten, wobei der Verkauf von 560 neuen Aktien den mit der Klageforderung erfassten Auszahlungen an T.        sicher zuzuordnen sei, verletzt den Beklagten zu 3 in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör.

11            a) Der Beklagte zu 3 hat, wie im Tatbestand des Berufungsurteils festgehalten ist, im Berufungsverfahren den Vertrieb neuer Aktien durch T.        bestritten und behauptet, T.        habe bloß Altaktien vertrieben. Hierüber setzt sich das Berufungsgericht mit der Erwägung hinweg, der Vertrieb neuer Aktien durch T.        sei im Berufungsverfahren als unstreitig zugrunde zu legen, weil der Beklagte zu 3 die entsprechenden Feststellungen im unstreitigen Tatbestand des landgerichtlichen Urteils nicht mit einem Tatbestandsberichtigungsantrag angegriffen habe, wie es erforderlich gewesen wäre. Diese Erwägung ist nicht tragfähig; das Berufungsgericht hätte sich mit dem Bestreiten des Beklagten zu 3 befassen müssen (Art. 103 Abs. 1 GG).

12            aa) Dem Urteil des Landgerichts kann nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit die nach § 314 ZPO beweiskräftige Feststellung entnommen werden, dass der Vertrieb neuer Aktien durch T.        im ersten Rechtszug (auch) zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 3 unstreitig gewesen sei.

13            Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entfällt die Beweiskraft des Tatbestands, soweit die Feststellungen Widersprüche oder Unklarheiten aufweisen (BGH, Urteil vom 13. Mai 1996 - II ZR 275/94, ZIP 1996, 1248, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 132, 390; Beschluss vom 19. März 2015 - I ZR 139/14, RdTW 2015, 377 Rn. 10; Urteil vom 12. Mai 2015 - VI ZR 102/14, ZIP 2015, 1835 Rn. 48, jew. mwN). Die Feststellungen des

Landgerichts enthalten einen solchen Widerspruch. Einerseits heißt es im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils (Seite 4, Abs. 3), dass die neuen Aktien in der Folgezeit (nach der Zustimmung des Aufsichtsrats am 6. Oktober 2004) von T. vertrieben worden seien. In seinen weiteren Ausführungen ist das Landgericht aber noch gesondert auf das Vorbringen des Beklagten zu 3 eingegangen (Seite 6 des Urteils unter Nr. 5) und hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass „der Beklagte zu 1“ die Aktienverkäufe durch T. bestreite und vorbringe, T. habe jedenfalls auch Altaktien verkauft, die nicht der Gesellschaft gehört hätten. Hierbei war mit „der Beklagte zu 1“ offenbar (§ 319 Abs. 1 ZPO) der Beklagte zu 3 gemeint, denn der fragliche Abschnitt befasste sich allein mit dem Vorbringen des Beklagten zu 3, die Beklagte zu 1 hatte den Klageantrag hingegen anerkannt. In diesem Sinne hat offensichtlich auch das Berufungsgericht die Ausführungen des Landgerichts verstanden, denn im Berufungsurteil heißt es bei der Darstellung des erstinstanzlichen Vorbringens: „Der Beklagte zu 3 hat behauptet, Herr T. habe nur die Veräußerungen der Altaktionäre abgewickelt.“

14

bb) Das Berufungsgericht hat ferner außer Acht gelassen, dass der Tatbestand des landgerichtlichen Urteils nur für das erstinstanzliche Vorbringen Beweis erbringt und neues Vorbringen im Berufungsverfahren in den durch § 531 Abs. 2 ZPO gezogenen Grenzen zuzulassen ist. Dies gilt auch für ein erstmaliges Bestreiten im Berufungsverfahren, soweit sich aus den Vorschriften über das gerichtliche Geständnis (§§ 288 ff. ZPO) im Einzelfall nichts anderes ergibt. Dem Berufungsurteil kann die danach gebotene Prüfung der in § 531 Abs. 2 ZPO genannten Zulassungsvoraussetzungen nicht entnommen werden. Dem Senat ist es verwehrt, über die (Nicht-)Zulassung neuen Vorbringens selbst zu entscheiden (vgl. BGH, Beschluss vom 15. September 2014 - II ZR 22/13, juris Rn. 9 mwN). Im Übrigen weist die Beschwerde zu Recht da-

rauf hin, dass die Unterscheidung zwischen Altaktien und Neuaktien für die Entscheidung des Landgerichts unerheblich war, so dass möglicherweise eine Zulassung gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 3 ZPO in Betracht kam.

15            b) Die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, den mit der Klageforderung erfassten Auszahlungen an T.        sei der Verkauf neuer Aktien in einem Umfang von 560 Stück sicher zuzuordnen, beruht gleichfalls auf einem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG. Das Berufungsgericht stützt seine Feststellung lediglich auf ein an die anderen Aufsichtsratsmitglieder gerichtetes Schreiben des Beklagten zu 3, welches das Datum 17. November 2004 trägt und als Anlage K 6 in einer Fassung vom 22. November 2004 ausgedruckt wurde. Aus der dort enthaltenen Äußerung „In Wirklichkeit sind mindestens Stück 560 Aktien der F. AG veräußert worden“ zieht das Berufungsgericht Schlüsse, die bei Berücksichtigung der vom Beklagten zu 3 vorgebrachten Einwendungen, mit denen sich das Berufungsgericht aber nicht befasst, keine ausreichende Grundlage haben.

16            Der Beklagte zu 3 hat, wie die Beschwerde aufzeigt, vorgetragen, dass die fragliche Äußerung nicht auf seiner eigenen Kenntnis, sondern auf Informationen der Beklagten zu 1 beruht habe, und er hat hierzu mehrere E-Mail-Schreiben der Beklagten zu 1 vorgelegt, die zeitnahe Mitteilungen zu dem angesprochenen Thema enthalten. Das Berufungsgericht hat sich damit nicht befasst und keine Feststellungen dazu getroffen, auf welcher Grundlage die damalige Äußerung des Beklagten zu 3 beruhte. Gab der Beklagte zu 3 aber nur - zusammengefasst - das wieder, was er von der Beklagten zu 1 erfahren hatte, hat sein Schreiben keinen weitergehenden Beweiswert als die ihm zugrunde liegenden Berichte der Beklagten zu 1, auf deren - umfassendere - Darstellung das Berufungsgericht indes nicht zurückgegriffen hat. Hätte es dies getan, hätte



es jedenfalls nicht ohne weiteres davon ausgehen können, dass der (angebliche) Verkauf von 560 Neuaktien für die Schuldnerin und nicht für deren möglicherweise auf eigene Rechnung handelnden damaligen Vorstand G. erfolgte. Ausweislich der vorgelegten E-Mail-Schreiben berichtete die Beklagte zu 1 am 19. November 2004 von einer zu ihrer Kenntnis gelangten Liste, aus der sich die Verkäufe G. ergäben. Danach seien vom 22. Juli bis 2. November 560 Aktien „von G. verkauft worden, die normalerweise über die Kap-Erhöhung hätten verkauft werden müssen“. In einer weiteren E-Mail vom 29. November 2004 wird die Frage aufgeworfen, ob G. die 560 Aktien aus seinem Bestand oder aus der Kapitalerhöhung genommen habe.

17 Im Übrigen ergab das Schreiben des Beklagten zu 3 vom 17. November 2004 schon aus sich heraus kein klares Bild, da dort auch ausgeführt wird, dass es sich bei dem angesprochenen Aktienverkauf „offensichtlich um eine persönliche Bereicherung des Vorstands“ handle. Die Beschwerde weist zutreffend darauf hin, dass der Beklagte zu 3 unter Bezugnahme auf die polizeilichen Ermittlungen Umstände wie den ungeklärten Verbleib von über 5.000 Aktienformularen und die Doppelausgabe von Aktiennummern vorgetragen hat, nach denen in Betracht zu ziehen war, dass auch (angebliche) Neuaktien über T., aber an der Schuldnerin vorbei, in den Verkehr gebracht worden sein können. Zudem hat bereits das Landgericht in seinem Urteil unter Bezugnahme auf das Schreiben vom 17. November 2004 festgehalten, dass G. sich 7.000 Aktien aus der Kapitalerhöhung ohne Bezahlung angeeignet habe.

18 Hätte das Berufungsgericht diese Umstände berücksichtigt, hätte es den in Rede stehenden Aktienverkauf nicht ohne weiteres der Schuldnerin zurechnen können, die deshalb Rückzahlungsansprüchen der Erwerber ausgesetzt

sei. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht bei Berücksichtigung des übergangenen Vorbringens anders entschieden hätte.

19 c) Unabhängig davon berücksichtigt das Berufungsgericht nicht hinreichend, dass die Klageforderung Zahlungen an T. in dem Zeitraum vom 26. Mai bis zum 11. November 2005 erfasst. Es versteht sich jedenfalls nicht von selbst, dass diese Provisionszahlungen auch für Aktienverkäufe geleistet wurden, die schon in der Zeit bis November 2004 abgewickelt worden waren. Dementsprechend hatte das Landgericht dem Schreiben vom 17. November 2004 noch entnommen, dass die dort angesprochenen Provisionen früher - vor dem hier maßgebenden Zeitraum - gezahlt worden seien.

20 Das Berufungsgericht äußert selbst zu dem Schreiben des Beklagten zu 3 vom 17. November 2004, dass auf Grundlage der Annahmen des Beklagten zu 3 zu diesem Zeitpunkt bereits eine Summe von 72.800 € an T. geflossen wäre. Dann aber ginge der Vorwurf des Berufungsgerichts fehl, der Beklagte zu 3 sei aufgrund der im November 2004 gewonnenen Erkenntnisse zu besonderer Vorsicht angehalten gewesen und habe auf eine Einstellung der Zahlungen an T. hinwirken müssen. Vor allem aber fielen Zahlungen bis November 2004 nicht in den mit dem Klageanspruch erfassten Zeitraum.

21 In einem gewissen Widerspruch zu der eben erwähnten Aussage hält das Berufungsgericht dem Beklagten zu 3 sodann vor, er habe nicht dargetan, dass T. die Provision für den Vertrieb der 560 Neuaktien im November 2004 bereits erhalten habe. Hierbei hat das Berufungsgericht aber aus dem Blick verloren, dass es nach allgemeinen Beweisregeln die Sache des Klägers ist, darzulegen und ggf. zu beweisen, für welche Verkaufsvorgänge die mit dem Klageanspruch erfassten Zahlungen geleistet wurden.

22                    3. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, sich ggf. auch mit den weiteren von der Nichtzulassungsbeschwerde vorgebrachten Einwendungen zu befassen.

Bergmann

Caliebe

Drescher

Born

Sunder

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 25.05.2011 - 417 HKO 119/09 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 27.06.2014 - 11 U 109/11 -