



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 132/17

vom

20. November 2018

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, die Richter Wöstmann, Sunder und Dr. Bernau sowie die Richterin B. Grüneberg am 20. November 2018

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Kammergerichts vom 24. März 2017 aufgehoben.

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

Der Streitwert für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren wird auf 1.682.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin nimmt die Beklagten als ehemalige Geschäftsführer wegen Zahlungen an die Reha-Klinik I. in den Jahren 2010 bis 2012 auf Schadensersatz in Anspruch. Der Beklagte zu 1 war von Ende 2006 bis Juli 2012, der Beklagte zu 2 von Mitte Mai 2008 bis Ende September 2014 (Mit-)Geschäftsführer der Klägerin.

2 Die Klägerin beabsichtigte im Jahr 2006, die im Eigentum der Kauffrau Sch. stehende Reha-Klinik I. (im Folgenden: I.) zu erwerben. Zu diesem Zweck schloss sie mit Sch. am 12. Mai 2006 einen Vertrag, mit dem Sch. sich verpflichtete, das Unternehmen zunächst im Wege der Ausgliederung auf die von ihr gehaltene A. GmbH & Co. KG sowie anschließend ihre Geschäftsanteile für den Kaufpreis von 1 € an die Klägerin zu übertragen. Voraussetzung für die Ausgliederung war, dass die Sparkasse zur Entschuldung Sch. auf Forderungen in Höhe von ca. 4,6 Mio. € verzichtete. Die verbleibenden Verbindlichkeiten wurden mit 2,7 Mio. € angegeben. Die Klägerin verpflichtete sich, mit Abschluss des Vertrages die zur Fortführung des Unternehmens erforderlichen liquiden Mittel maximal bis zu 50.000 € darlehensweise zur Verfügung zu stellen. Darüberhinausgehende Beträge bedurften einer besonderen Vereinbarung. Der Darlehensbetrag sollte bei der Ausgliederung in die KG eingebracht werden, so dass Sch. daraus nicht mehr in Anspruch genommen werden konnte. Bei Abschluss des Vertrages wurde die Klägerin von dem Beklagten zu 1 und Prof. Dr. T. vertreten, der bis 2008 ebenfalls (Mit-)Geschäftsführer der Klägerin war.

3 Ab 2007 übernahm die Klägerin als Geschäftsbesorgerin die Geschäfte der I.. Außerdem leistete sie bis 2012 fortlaufend Zahlungen an die I., um deren Geschäftsbetrieb aufrecht zu erhalten.

4 Im Jahr 2008 wurde die Klägerin Teil der C. Unternehmensgruppe, indem deren Muttergesellschaft, die C. GmbH (im Folgenden: C.), 94,8 % ihrer Geschäftsanteile erwarb, die restlichen 5,2 % wurden von der Z. GmbH (im Folgenden: Z.) erwor-

ben. Gesellschafter der C. waren im streitgegenständlichen Zeitraum S. W. als Mehrheitsgesellschafterin zu 70 % und ihre Kinder M. und S. R. sowie J. M. zu je 10 %. Prof. Dr. T. war von 2004 bis Ende März 2007 Mitglied des Aufsichtsrats der C. . Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Z. war M. R. .

5 Am 2. Juli 2012 schied der Beklagte zu 1 aus der Geschäftsführung der Klägerin aus. In einer Gesellschafterversammlung der C. am 10. August 2012 wurden Schritte zur Beendigung des Projekts I. beschlossen. Am 1. Februar 2013 wurde über das Vermögen Sch. das Insolvenzverfahren eröffnet. Am 29. September 2014 legte der Beklagte zu 2 sein Amt als Geschäftsführer der Klägerin nieder.

6 Die Klägerin hat die Beklagten als ehemalige Geschäftsführer gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG auf Schadensersatz in Höhe von 1.682.000 € in Anspruch genommen, weil sie der I. zwischen dem 1. Januar 2010 und dem 4. Juni 2012 pflichtwidrig ungesicherte Liquiditätsbeihilfen in dieser Höhe gewährt hätten, obwohl das Unternehmen spätestens Ende 2009 verloren gewesen und sich letztlich für die Klägerin wegen des im Vertrag vom 12. Mai 2006 vereinbarten Verzichts auf ihre Darlehensforderungen nicht habe rechnen können.

7 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat - soweit für das Beschwerdeverfahren von Bedeutung - ausgeführt, die Beklagten hätten ihre Geschäftsführerplichten bereits deshalb nicht verletzt, weil die von der Klägerin gerügten ungesicherten Liquiditätszuführungen und unternommenen Sanierungsmaßnahmen vom Einverständnis ihrer Gesellschafter, d.h. der C. und der Z. , gedeckt

gewesen seien. Die zentrale Behauptung der Klägerin, sie bzw. ihre Gesellschafter hätten keine Kenntnis von den Liquiditätsabflüssen im Zusammenhang mit den Sanierungsvorhaben gehabt, sei unzutreffend und werde durch Unterlagen sowie den transparenten Sanierungsprozess widerlegt.

8 Die Kenntnis der Gesellschafter ergebe sich zunächst aus den Feststellungen in einem Gutachten vom 5. Juli 2013, das der Prozessbevollmächtigte der Klägerin vorprozessual zur Prüfung der Geschäftsführerhaftung des Beklagten zu 1 erstellt habe. In diesem Gutachten sei der Klägervertreter auf Basis der in der Einleitung aufgelisteten Unterlagen zu dem Ergebnis gelangt, dass die Liquiditätszuführungen an die I. in den Jahresabschlüssen ausgewiesen gewesen seien. Den Feststellungen in diesem Gutachten komme eine besonders starke Indizwirkung zu, die die Klägerin nicht dadurch beseitigen könne, dass sie schlicht ohne Vorlage aller Unterlagen im Prozess das Gegenteil behaupte. Das gelte trotz der grundsätzlichen Darlegungs- und Beweislast der Beklagten für die Rechtmäßigkeit ihres Handelns, weil an den Vortrag der Gesellschaft gegenüber - wie hier - ausgeschiedenen Geschäftsführern erhöhte Anforderungen zu stellen seien und die Gesellschaft verpflichtet sei, den Geschäftsführern, soweit zur Verteidigung erforderlich, Einsicht in die dafür maßgeblichen Unterlagen zu gewähren. Ausgehend davon stünden die Feststellung im Gutachten des Klägervertreters solange fest bzw. gelte die entsprechende Behauptung der Beklagten als nicht erheblich bestritten, wie die Klägerin den Beklagten nicht sämtliche im Gutachten in Bezug genommene Unterlagen zugänglich gemacht habe.

9 Unabhängig davon werde die Transparenz des Liquiditätsabflusses auch durch von der Klägerin vorgelegte Unterlagen belegt, konkret durch den Bericht über die Prüfung des Konzernjahresabschlusses der C. zum 31. Dezember

2010, der von den Gesellschaftern mit Beschluss vom 18. November 2011 festgestellt worden sei. Dies bedinge nicht nur die Kenntnisnahme bei den Gesellschaftern der C. sondern auch bei der Z. , da M. R. Gesellschafter beider Gesellschaften und zudem Geschäftsführer der Z. gewesen sei.

10 Die Transparenz folge ferner aus dem Ergebnisprotokoll der Geschäftsleitungssitzung der C. vom 26. März 2012, in der über den Liquiditätszufluss in Höhe von 2,7 Mio. € und den Stand der Sanierungs- sowie Kaufbemühungen betreffend die I. berichtet worden sei, sowie aus dem Sitzungsprotokoll der Gesellschafterversammlung der C. vom 10. August 2012. Beiden Protokollen sei keine heftige Reaktion des Gesellschaftervertreters bzw. der Gesellschafter im Sinne eines Überraschtseins zu entnehmen. Ein wichtiges Indiz sei auch, dass man sich am 2. Juli 2012 nicht auch von dem Beklagten zu 2 als Geschäftsführer getrennt habe, obwohl ihm gegenüber der gleiche Vorwurf erhoben werde wie gegenüber dem Beklagten zu 1.

11 Von diesem Einverständnis der Gesellschafter sei auch die Tatsache getragen gewesen, dass die Liquiditätshilfen unbesichert gewesen seien. Dass die I. ein defizitäres Unternehmen gewesen sei, habe die Klägerin ausgehend von dem Vertrag vom 12. Mai 2006, jedenfalls aber ausweislich des Konzernabschlussprüfungsberichts zum 31. Dezember 2010 gewusst.

12 Die Klägerin hat gegen die Nichtzulassung der Revision durch das Berufungsgericht Beschwerde mit der Absicht eingelegt, ihre Klageforderung weiterzuverfolgen.

II.

13 Die Beschwerde hat Erfolg und führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht gemäß § 544 Abs. 7 ZPO. Die Feststellung des Berufungsgerichts, die streitgegenständlichen Liquiditätszuführungen an die I. in den Jahren 2010 bis 2012 seien sämtlichen Gesellschaftern der Klägerin bekannt und von ihrem Einverständnis gedeckt gewesen, beruht auf entscheidungserheblichen Verletzungen des Anspruchs der Klägerin auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).

14 1. Artikel 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Zwar ist das Gericht nicht verpflichtet, sich mit jedem Vorbringen der Parteien in den Entscheidungsgründen ausdrücklich zu befassen. Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG ist aber anzunehmen, wenn besondere Umstände darauf schließen lassen, dass tatsächliches Vorbringen eines Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei der Entscheidung nicht erwogen worden ist. Das ist etwa der Fall, wenn ein Gericht auf einen wesentlichen Punkt des Tatsachenvortrags einer Partei, der für das Verfahren von erkennbarer Bedeutung ist, in den Entscheidungsgründen ohne erkennbaren Grund nicht eingeht (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2006 - XI ZR 306/04, juris Rn. 10 mwN). Eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG liegt auch dann vor, wenn das Gericht die Substantiierungsanforderungen offenkundig überspannt und es dadurch versäumt, den entscheidungserheblichen Sachvortrag der Partei in der gebotenen Weise zur Kenntnis zu nehmen (vgl. BGH, Beschluss vom 11. September 2013 - IV ZR 259/12, NJW 2014, 149 Rn. 15; Beschluss vom 20. Oktober 2015 - XI ZR 532/14, NZG 2016, 70 Rn. 12 mwN). Schließlich verstößt auch die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots gegen Art. 103

Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze findet (vgl. BGH, Beschluss vom 29. April 2013 - VII ZR 37/12, juris Rn. 9; BVerfG, NJW 2009, 1585 Rn. 21). Das ist unter anderem dann der Fall, wenn ein Gericht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs missachtet, wonach die Ablehnung eines Beweisantrags für eine erhebliche Tatsache nur zulässig ist, wenn diese so ungenau bezeichnet ist, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann oder wenn sie ins Blaue hinein aufgestellt worden ist (vgl. BVerfG, ZIP 1996, 1761, 1762; BGH, Urteil vom 23. April 1991 - X ZR 77/89, NJW 1991, 2707, 2709; Urteil vom 12. Juli 1984 - VII ZR 123/83, NJW 1984, 2888, 2889; Beschluss vom 23. April 2015 - VII ZR 163/14, BauR 2015, 1325 Rn. 19).

15 2. Nach diesen Maßstäben ist Art. 103 Abs. 1 GG hier in mehrfacher Hinsicht verletzt.

16 a) Das gilt zunächst für die Feststellung des Berufungsgerichts, die Kenntnis der Gesellschafter der Klägerin von den Liquiditätszuführungen an die I. ergebe sich aus der Feststellung im Gutachten des Klägervertreters vom 5. Juli 2013, die Liquiditätszuführungen seien in den Jahresabschlüssen ausgewiesen gewesen.

17 aa) Die Annahme des Berufungsgerichts, diese Feststellung im Gutachten des Klägervertreters bzw. die entsprechende Behauptung der Beklagten gelte als nicht erheblich bestritten, weil und solange die Klägerin den Beklagten nicht sämtliche im Gutachten vom 5. Juli 2013 in Bezug genommene Unterlagen zugänglich gemacht habe, beruht entweder darauf, dass das Berufungsgericht entscheidungserhebliches Vorbringen der Klägerin überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder aber jedenfalls die Anforderungen an die Substantiierungslast der Klägerin offenkundig überspannt hat.

18 (1) Im Ausgangspunkt ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagten grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast dafür tragen, dass sie ihren Sorgfaltspflichten gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG nachgekommen sind (vgl. BGH, Urteil vom 4. November 2002 - II ZR 224/00, BGHZ 152, 280, 284), und daher auch darzulegen und ggf. zu beweisen haben, dass die streitgegenständlichen Liquiditätszuführungen sämtlichen Gesellschaftern bekannt waren und von ihnen gebilligt wurden. Ebenfalls zutreffend ist die weitere Annahme des Berufungsgerichts, dass der Klägerin gegenüber den Beklagten als ausgeschiedenen Geschäftsführern eine sekundäre Darlegungslast obliegt, im Rahmen derer sie nicht nur die diesen vorgeworfene Pflichtverletzung näher zu bezeichnen, sondern ihnen auch - soweit zu ihrer Verteidigung erforderlich - Einsicht in die dafür erforderlichen Unterlagen zu gewähren hat (vgl. BGH, Urteil vom 4. November 2002 - II ZR 224/00, BGHZ 152, 280, 284).

19 (2) Das Berufungsgericht hat jedoch mit seiner Annahme, die Klägerin habe dieser sekundären Darlegungslast nicht genügt, gehörswidrig entscheidungserhebliches Vorbringen der Klägerin übergangen.

20 Die Klägerin hat - unbeschadet dessen, dass sie einen Teil der Unterlagen, auf die das Berufungsgericht besonders abgestellt hat, im Rechtsstreit vorgelegt hat - wiederholt vorgetragen, dass sie den Beklagten sämtliche Unterlagen über die D&O-Versicherung der C. zugesandt habe. Hierzu hat sie mit Schriftsatz vom 30. November 2016 das Anforderungsschreiben der Versicherung vom 29. September 2016 und ihr Übersendungsschreiben vom 16. November 2016 vorgelegt, in dem die überlassenen Unterlagen im Einzelnen aufgelistet waren. Dazu zählten insbesondere die Jahresabschlüsse/Jahresrechnungen der I. für die Jahre 2006 bis 2011 und die Berichte über die Erstellung der Jahresabschlüsse der Klägerin für die Jahre 2009 bis

2011. Damit hat die Klägerin hinreichend substantiiert vorgetragen, welche Unterlagen sie den Beklagten über die D&O-Versicherung zugänglich gemacht habe; sie war nicht gehalten, die in den von ihr konkret in Bezug genommenen Schreiben enthaltene Auflistung in ihrem Schriftsatz zu wiederholen.

21 Dass das Berufungsgericht diesen Vortrag der Klägerin zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat, ist dem Berufungsurteil nicht zu entnehmen. Die von der Klägerin vorgetragene Übersendung über die D&O-Versicherung wird dort nicht erwähnt.

22 (3) Sollte das Berufungsgericht diesen Vortrag der Klägerin doch zur Kenntnis genommen, aber für unerheblich gehalten haben, weil der Beklagte zu 2 - wie das Berufungsgericht bei der Zurückweisung des diesbezüglichen Tatbestandsberichtigungsantrags der Klägerin ausgeführt hat - die Übersendung sämtlicher für seine Rechtsverteidigung angeforderten Unterlagen bestritten habe, hat es damit die Substantiierungsanforderungen für den Vortrag der Klägerin überspannt. Die Klägerin war nicht gehalten, ihren Vortrag weiter zu präzisieren oder von sich aus sämtliche Unterlagen im Prozess vorzulegen, weil das Bestreiten der Beklagten unsubstantiiert und damit unerheblich war.

23 Die Beklagten haben auf den Vortrag der Klägerin, sie habe ihnen inzwischen sämtliche Unterlagen über die D&O-Versicherung zukommen lassen, nicht konkret erwidert. Der Beklagte zu 1 hat sich zur Übermittlung der Unterlagen überhaupt nicht konkret geäußert. Der Beklagte zu 2 hat zunächst eingeräumt, eine Daten-CD von der Versicherung mit umfangreichen Unterlagen erhalten zu haben, die er allerdings so schnell nicht überprüfen könne. Später hat er nur erklärt, insoweit sei zu seinen bisherigen Ausführungen nichts hinzuzufügen, allerdings habe sich durch die Übermittlung der Daten-CD seine Hilfsauf-

rechnung mit einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung seines Auskunftsverlangens erübrigt. Damit haben die Beklagten weder bestritten, eine Daten-CD über den Versicherer erhalten zu haben, noch haben sie konkret angegeben, welche Unterlagen auf dieser übermittelten CD fehlen und zu ihrer Rechtsverteidigung noch erforderlich sein sollten. Insbesondere haben sie nicht gerügt, die im Berufungsurteil genannten Jahresabschlüsse der Klägerin und der I. nicht erhalten zu haben.

24 Anderes ergibt sich auch nicht aus den Stellungnahmen der Beklagten zum zurückgewiesenen Tatbestandsberichtigungsantrag der Klägerin. Dort haben sie lediglich pauschal behauptet, die C. habe dem Versicherer nicht alle erforderlichen Unterlagen zur Überprüfung übersandt oder den Beklagten zur Verfügung gestellt und etwaig überlassene Unterlagen seien jedenfalls unvollständig (Beklagter zu 1) bzw. der Vortrag der Klägerin sei insgesamt überhaupt nur zu einem Bruchteil zutreffend, weshalb die Beklagten von einem Bestreiten absehen konnten (Beklagter zu 2).

25 (4) Zumindest hätte das Berufungsgericht die Klägerin aber gemäß § 139 Abs. 2 ZPO darauf hinweisen müssen, dass es davon ausgehe, dass sie den Beklagten bislang nicht sämtliche im Gutachten vom 5. Juli 2013 in Bezug genommene Unterlagen zugänglich gemacht habe, und ihr Bestreiten einer Kenntnis sämtlicher Gesellschafter deswegen als unerheblich ansehe.

26 Ohne entsprechenden Hinweis durfte die Klägerin davon ausgehen, ihrer Darlegungslast insoweit genügt zu haben. Das gilt jedenfalls aufgrund des Hinweises des später aus dem Senat ausgeschiedenen Berichterstatters vom 1. September 2016, mit dem dieser bereits vor der Übermittlung der Unterlagen von der Klägerin über die D&O-Versicherung an die Beklagten darauf hingewie-

sen hatte, dass der Beklagte zu 2 schlüssig und konkret vortragen müsse, welcher Unterlagen er konkret noch bedürfe; andernfalls könne er sich nicht - wie geschehen - darauf berufen, die Beweislast sei wegen der Weigerung der Klägerin, ihm Unterlagen zu überlassen, anders als üblich zu beurteilen. Dieser Hinweis erfolgte zwar ausdrücklich ohne Rücksprache mit dem Senat. Nachdem die Klägerin aber im Anschluss daran mitgeteilt hatte, den Beklagten inzwischen sämtliche Unterlagen über die D&O-Versicherung übermittelt zu haben, und dies von Beklagtenseite nicht substantiiert bestritten worden war, hatte die Klägerin keinen Anlass zu der Annahme, sie müsse weiter zur Übermittlung der Unterlagen an die Beklagten vortragen oder diese gar (nochmals) im Prozess einreichen.

27

Ein solcher Hinweis des Berufungsgerichts ist der Akte nicht zu entnehmen. Laut Sitzungsprotokoll hat das Berufungsgericht zwar darauf hingewiesen, dass ein Schadensersatzanspruch aufgrund eines Einverständnisses der Gesellschafter ausgeschlossen sein könnte. Dem konnte die Klägerin aber nur entnehmen, dass der Senat den Sachverhalt möglicherweise anders bewertete als der frühere Berichterstatter, der in seinem Hinweis vom 1. September 2016 keine hinreichenden Anhaltspunkte für ein Einverständnis gesehen hatte. Aus dem Hinweis in der Berufungsverhandlung ergab sich indes nicht, dass das Berufungsgericht maßgeblich darauf abstellen wollte, dass die Klägerin bislang noch nicht ausreichend zur Übermittlung sämtlicher im Gutachten in Bezug genommener Unterlagen an die Beklagten vorgetragen hatte. Anhaltspunkte dafür, dass dies dennoch Gegenstand der mündlichen Erörterung gewesen wäre, liegen nicht vor und ergeben sich - entgegen der Nichtzulassungsbeschwerdeerwiderung - insbesondere nicht aus der der Klägerin zu diesem Hinweis nachgelassenen Stellungnahme. Dass die Klägerin sich darin allein dazu äußert, warum dem Gutachten bzw. den diesem zugrundeliegenden Unterlagen keine

Kenntnis der Gesellschafter zu entnehmen sei, ohne die in Bezug genommenen Unterlagen zugleich vorzulegen, spricht vielmehr gerade dafür, dass sie den Hinweis des Berufungsgerichts nicht in diesem Sinne verstanden hat.

28 bb) Des Weiteren hat das Berufungsgericht auch mit seiner Annahme, die Klägerin habe im Verfahren schlicht das Gegenteil der Feststellung im Gutachten vom 5. Juli 2013 behauptet, Vortrag der Klägerin übergangen.

29 Die Klägerin hat insbesondere in dem ihr nachgelassenen Schriftsatz vom 2. März 2017 näher ausgeführt, warum die Liquiditätszuführungen ihrer Auffassung nach den im Gutachten in Bezug genommenen Jahresabschlüssen nicht zu entnehmen seien. Sie hat hierzu vorgetragen, dass sich die Feststellung in dem Gutachten ausdrücklich nur auf die Abschlüsse bis zum Jahr 2009 bezogen habe sowie im Übrigen auch betreffend das Jahr 2009 unrichtig sei, weil ihrem Prozessbevollmächtigten von Beklagtenseite wichtige Unterlagen für die Erstellung des Gutachtens vorenthalten worden seien und er zudem fälschlich den Ausweis eines Guthabens von 7.700,07 € auf einem Verrechnungskonto als Liquiditätszuführung an die I. angesehen habe. Weiter hat die Klägerin vorgetragen, dass ihr Jahresabschluss für 2010 überhaupt nicht festgestellt worden sei, weil die Z. durch M. R. das Protokoll vom 22. August 2011 über die Feststellung des Jahresabschlusses und die Entlastung der Beklagten für 2010 nicht unterzeichnet habe, da ihm der Abschluss nicht mit der Unterschriftenmappe vorgelegt und auch nicht erläutert worden sei.

30 Auch diesen Vortrag hat das Berufungsgericht ersichtlich nicht zur Kenntnis genommen oder aber bei seinen Erwägungen nicht berücksichtigt, da es sich damit sonst im Rahmen seiner Prüfung, ob die Klägerin die Feststellun-

gen im Gutachten vom 5. Juli 2013 hinreichend bestritten habe, damit hätte auseinandersetzen müssen.

31 cc) Diese Verstöße gegen Art. 103 Abs. 1 GG sind entscheidungserheblich.

32 Es ist nicht ausgeschlossen, dass das Berufungsgericht, hätte es den Vortrag der Klägerin zur Kenntnis genommen, entweder von einer Erfüllung ihrer sekundären Darlegungslast und damit von einem hinreichenden Bestreiten der Feststellung im Gutachten vom 5. Juli 2013 mit der Folge ausgegangen wäre, dass es dieser Feststellung auch keine besondere Indizwirkung beigemessen hätte. Oder aber das Berufungsgericht hätte die Klägerin zumindest darauf hinweisen müssen, dass es ihr Bestreiten bislang für unzureichend hielt, worauf die Klägerin - wie die Nichtzulassungsbeschwerde vorträgt und wovon nach der Lebenserfahrung auszugehen ist - sämtliche Unterlagen zu dem Gutachten nochmals im Rahmen des Rechtsstreits vorgelegt hätte. Auch hier ist nicht ausgeschlossen, dass das Berufungsgericht anhand dieser Unterlagen im Rahmen der ihm obliegenden tatrichterlichen Würdigung zu der Annahme gelangt wäre, dass die Liquiditätszuführungen aus den Jahresabschlüssen für die Gesellschafter der Klägerin nicht ersichtlich waren.

33 b) Die Entscheidungserheblichkeit dieser Gehörsverletzungen entfällt auch nicht dadurch, dass das Berufungsgericht seine Feststellung auf eine zweite, von der Indizwirkung der Feststellung im Gutachten vom 5. Juli 2013 unabhängige Begründung gestützt hat. Denn auch diese zweite Begründung beruht auf der Übergehung entscheidungserheblichen und unter Beweis gestellten Vortrags der Klägerin und damit auf einer Verletzung ihres Rechts auf rechtliches Gehör.

34 aa) Das gilt zunächst für den Vortrag der Klägerin dazu, dass sich der Billigung des Konzernabschlussberichts der C. zum 31. Dezember 2010 keine Kenntnis und damit auch kein Einverständnis der Gesellschafter mit den Liquiditätszuführungen entnehmen lasse.

35 (1) Insoweit musste sich das Berufungsgericht zwar nicht ausdrücklich mit dem Einwand befassen, der Konzernabschlussbericht habe allenfalls Liquiditätsflüsse bis einschließlich 2010 ausgewiesen, weil auch eine Kenntnis und Billigung von Zahlungen bis einschließlich 2010 unter Umständen - bei unveränderter Sachlage - dafür sprechen könnte, dass die Geschäftsführer bis zu einem Widerruf dieser Billigung oder der Anweisung des Gegenteils von einem Einverständnis der Gesellschafter mit einer Fortsetzung der Liquiditätszuführungen ausgehen konnten.

36 (2) Anderes gilt aber für den weiteren Vortrag der Klägerin, den Gesellschaftern der C. sei trotz entsprechender Bitten keine Erläuterung zu dem Bericht gegeben worden und sie hätten den Konzernabschluss am 18. November 2011 ohne Durchsicht des Berichts nur auf Drängen des Beklagten zu 1 gebilligt, weil dieser darauf hingewiesen habe, dass die Banken den Konzernabschluss forderten. Vor allem der als Zeuge benannte M. R. habe daher erst in der Sitzung der Geschäftsleitung der C. vom 26. März 2012 Kenntnis von den Zahlungen erhalten. Hierzu hat die Klägerin die Gesellschafter S. W. , S. R. , J. M. , M. R. und E. M. als Zeugen benannt.

37 Dieser Vortrag war entscheidungserheblich. Sollten die Gesellschafter den Konzernabschlussbericht tatsächlich ohne Durchsicht und ohne die von

ihnen erbetene Erläuterung nur auf Drängen des Beklagten zu 1 gebilligt haben, könnte es bereits an ihrer - für die Annahme eines Einverständnisses - erforderlichen Kenntnis von den Liquiditätszuführungen fehlen. Darüber hinaus könnte selbst bei Annahme einer Kenntnis ein Einverständnis zu verneinen sein, wenn die Gesellschafter ihre Billigung ersichtlich nur wegen des Drängens des Beklagten zu 1 erklärt, in der Sache aber kein Einverständnis mit den Zahlungen gezeigt haben. Das gilt insbesondere für den Zeugen M.

R. , der nach dem Vortrag der Klägerin bereits die Unterzeichnung des Jahresabschlusses der Klägerin für das Jahr 2010 verweigert hatte.

38 Auch diesen Vortrag hat das Berufungsgericht ersichtlich nicht zur Kenntnis genommen, weil es sich andernfalls damit im Rahmen der Prüfung, ob die Billigung des Konzernabschlusses durch die Gesellschafter der C. als Kenntnisnahme und Einverständnis mit den darin enthaltenen Angaben zu werten sei, hätte auseinandersetzen und den Sachverhalt durch Erhebung der angebotenen Beweise hätte aufklären müssen.

39 bb) Die Annahme des Berufungsgerichts, die Weiterbeschäftigung des Beklagten zu 2 sei ein weiteres gewichtiges Indiz für die Kenntnis der Gesellschafter der Klägerin von den Einzelheiten der Sanierung der I. , beruht ebenfalls auf einer Übergehung erheblichen und beweisbewehrten Vortrags der Klägerin.

40 Die Klägerin hat hierzu geltend gemacht, sie habe am 2. Juli 2012 nur den Beklagten zu 1 als Geschäftsführer abberufen, weil sie auf den Beklagten zu 2 mangels personeller Alternativen als Wissensträger angewiesen gewesen sei. Hierzu hat sie konkret zu einem Gespräch mit dem Beklagten zu 2 am 29. Juni 2012 in einem Restaurant M. in Hamburg unter Zeugenbenennung

von E. M. und B. G. , Aufsichtsratsvorsitzender der zum C. -Konzern gehörenden M. AG, vorgetragen. Auch diesem Vortrag und Beweisantritt hätte das Berufungsgericht nachgehen müssen, wollte es der Weiterbeschäftigung des Beklagten zu 2 eine besondere Indizwirkung beimessen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass es nach einer Vernehmung der Zeugen eine andere Bewertung dieses Umstands vorgenommen hätte.

41 cc) Soweit das Berufungsgericht ferner aus dem Ergebnisprotokoll der Sitzung der Geschäftsleitung der C. vom 26. März 2012 die Transparenz der Liquiditätszuführungen an die I. geschlossen hat, weil dem Protokoll keine überraschte Reaktion der Gesellschafter, namentlich des Zeugen M. R. zu entnehmen sei, hat es ebenfalls substantiierten und unter Zeugenbeweis gestellten Vortrag der Klägerin übergangen.

42 Die Klägerin hat hierzu vorgetragen, dass die Nachricht von diesen Zahlungen "wie eine Bombe" eingeschlagen und die Gesellschafter der C. daraufhin im Rahmen einer internen Untersuchung eine vollständige Information über die Sanierung der I. verlangt hätten. Hierzu hat sie die Zeugen M. R. und U. K. , die Protokollführerin in der Sitzung vom 26. März 2012, benannt. Auch diesem Vortrag hätte das Berufungsgericht nachgehen und den zugrundeliegenden Sachverhalt aufklären müssen. Sollte der Zeuge M. R. in dieser Sitzung - wie von der Klägerin behauptet - überrascht reagiert haben, könnte dies gegen seine Kenntnis von den bisherigen Liquiditätszuflüssen sprechen.

43 dd) Auch hier ist nicht ausgeschlossen, dass das Berufungsgericht bei gebotener Berücksichtigung des Vortrags der Klägerin und Vernehmung der von ihr hierzu benannten Zeugen zu dem Ergebnis gelangt wäre, dass die Billi-

gung des Konzernabschlusses der C. zum 31. Dezember 2010 nicht als Beleg für die Kenntnis der Gesellschafter der Klägerin von den Liquiditätszuführungen und für ihr stillschweigendes Einverständnis gewertet werden kann. Gleiches gilt für die weitere Annahme des Berufungsgerichts, die Weiterbeschäftigung des Beklagten zu 2 und die Tatsache, dass dem Sitzungsprotokoll vom 26. März 2012 keine überraschte Reaktion der Gesellschafter zu entnehmen sei, sprächen für eine solche Kenntnis und Billigung. Die damit allein verbleibende Feststellung, dass sich auch aus dem Sitzungsprotokoll vom 10. August 2012 keine Überraschung der Gesellschafter entnehmen lasse, trägt die Annahme einer früheren Kenntnis und Billigung der streitgegenständlichen Zahlungen ersichtlich nicht.

44 c) Schließlich hat das Berufungsgericht den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör in besonderer Weise dadurch verletzt, dass es die von ihr benannten Zeugen für die Behauptung, ihre Gesellschafter, vor allem der Gesellschafter M. R., hätten erst im Frühjahr 2012 von den Liquiditätshilfen an die I. erfahren und diese Hilfen nach anschließender Aufklärung des Sachverhalts eingestellt, nicht vernommen hat. Hiervon hätte das Berufungsgericht selbst dann nicht absehen dürfen, wenn seine übrigen Feststellungen nicht auf Gehörsverletzungen beruhen würden.

45 aa) Die Klägerin hat die Zeugen E. M. und M. R. wiederholt dafür benannt, dass sie als Gesellschafter(vertreter) der Klägerin erstmals im Frühjahr 2012, konkret in der Geschäftsleitersitzung vom 26. März 2012, durch den zunächst als externen Berater eingesetzten H. von den Liquiditätszuführungen an die I. erfahren und im Anschluss daran eine Untersuchung und Aufklärung des Sachverhalts gefordert bzw. veranlasst haben. Das damit unter Zeugenbeweis gestellte Vorbringen war erheb-

lich. Sollten die Zeugen tatsächlich erstmals im März 2012 von den Liquiditätszuführungen erfahren und deren Aufklärung gefordert haben, würde damit die Annahme ausscheiden, sie hätten diese Liquiditätszuführungen jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkt stillschweigend gebilligt.

- 46 bb) Das Berufungsgericht konnte von der Berücksichtigung dieses Beweisangebots auch nicht deshalb absehen, weil das betreffende Vorbringen der Klägerin in Widerspruch zu den vom Berufungsgericht angeführten Unterlagen und Umständen stand, aufgrund derer es von einer entsprechenden Kenntnis und Billigung durch die Gesellschafter ausgegangen ist. Das gälte selbst dann, wenn die diesbezüglichen Feststellungen rechtsfehlerfrei getroffen worden wären. Auch in einem solchen Fall läuft die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots wegen derartiger vermeintlicher Widersprüche auf eine prozessual unzulässige vorweggenommene tatrichterliche Beweiswürdigung hinaus und verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Februar 2013 - I ZR 22/12, TranspR 2013, 430 Rn. 11; Beschluss vom

19. November 2008 - IV ZR 341/07, RuS 2010, 64 Rn. 3). Derartige Widersprüche können im Rahmen der Beweiswürdigung Beachtung finden (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Februar 2013 - I ZR 22/12, TranspR 2013, 430 Rn. 11).

Drescher

Wöstmann

Sunder

Bernau

B. Grüneberg

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 02.09.2015 - 96 O 9/15 -

KG, Entscheidung vom 24.03.2017 - 14 U 96/15 -