

215

BUNDESGERICHTSHOF

2017 006

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 134/64

URTEIL

Verkündet am
6. Dezember 1965
Scheibl,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts und Notars Dr. Otto B [REDACTED] -
[REDACTED], E [REDACTED]-S [REDACTED], Im K [REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Steuerberater Willi S [REDACTED], E [REDACTED],
K [REDACTED]straße [REDACTED], als Testamentsvollstrecker über den
Nachlaß der am 21. November 1931 verstorbenen Witwe
Anna K [REDACTED] geb. Kl [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Dezember 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm und der Bundesrichter Dr. Arndt, Gähtgens, Keßler und Dr. Reinhardt

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.) vom 8. Mai 1964 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger wurde mit Beschluß des Amtsgerichts Essen-Steele vom 20. Juli 1961 zum Testamentsvollstrecker über den Nachlaß der im Jahre 1931 verstorbenen Witwe Anna K[REDACTED], geborene Kl[REDACTED], bestellt. Der Beklagte hatte früher auf Grund des Beschlusses des Amtsgerichts Essen-Steele vom 29. März 1951 dieses Amt inne, bis er durch Beschluß dieses Amtsgerichts vom 27. März 1957, bestätigt durch Beschluß des Landgerichts Essen vom 30. Juni 1958, abberufen wurde.

Zu dem Nachlaß gehört eine Ziegelei in N[REDACTED] bei L[REDACTED] (Rhld). Diese war zunächst an einen der Miterben, Ewald K[REDACTED], verpachtet. Das Pachtverhältnis wurde am 5. Juli 1955 durch den Tod des Pächters beendet.

- 3 -

Am 1. März 1956 wurde die Ziegelei neu verpachtet. In der Zeit vom 6. Juli 1955 bis zum 29. Februar 1956 führte der Beklagte den Betrieb für die Erbengemeinschaft selbst weiter, und zwar durch den Geschäftsführer E [REDACTED], der bereits seit Jahren als Geschäftsführer des früheren Pächters Ewald K [REDACTED] in der Ziegelei tätig gewesen war.

Der Kläger wirft dem Beklagten vor, daß dieser bei der selbständigen Weiterführung des Ziegeleibetriebes seine Obliegenheiten als Testamentsvollstrecker schuldhaft verletzt habe, und begehrt den Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens. Im einzelnen hat der Kläger hierzu vorgetragen:

Der Beklagte habe für die Zeit, da er die Ziegelei für Rechnung der Erbengemeinschaft geführt habe, neben anderen Büchern ein Buch über die Ein- und Ausgänge geführt. Dieses schließe zum 29. Februar 1956 mit einem Kassenbestand von 9 758,52 DM ab. Wegen eines Übertragungsfehlers sei dieser Betrag noch um 82,39 DM auf 9 840,91 DM zu erhöhen. Das zeitlich anschließende Buch "Sammelkonto ab 1. März 1956" beginne jedoch ohne Vortrag eines Kassenbestandes. Für den Fehlbestand von 9 840,91 DM sei der Beklagte verantwortlich, weil er ohne genügende kaufmännische Erfahrung den Ziegeleibetrieb übernommen und insbesondere nicht für eine ordnungsgemäße Buchführung Sorge getragen und den offenbar ungetreuen Geschäftsführer Engel nicht ausreichend überwacht habe. Ferner habe der Beklagte aus Zahlungen, die für Rechnung der Erbengemeinschaft eingegangen seien, einen Betrag von insgesamt 23 409,76 DM an die Gläubiger der Erbin des früheren Pächters Ewald K [REDACTED], einer Frau Erna O [REDACTED], geleistet. Dies sei geschehen, weil der Beklagte die Verbindlichkeiten des für Rechnung der Erbengemeinschaft geführten Betriebes

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87, 88 UrhG geschützt.



und die des früheren Pächters Ewald K. nicht auseinandergehalten habe. Die Zahlungen zugunsten von Frau O. müsse der Beklagte auch insoweit vertreten, als sie auf ein Verhalten des Geschäftsführers E. und die mangelhafte Buchführung zurückzuführen seien. Schließlich habe der Beklagte die Erbengemeinschaft dadurch geschädigt, daß er für das Jahr 1955 keine Steuererklärung für sie abgegeben habe. Das Finanzamt habe daher Umsatz und Gewinn des Ziegeleibetriebes zu hoch geschätzt. Der Beklagte habe den unrichtigen Gewinnfeststellungsbescheid rechtskräftig werden lassen, so daß die Erbengemeinschaft eine nicht gerechtfertigte Gewerbesteuerzahlung in Höhe von 1 300 DM habe erbringen müssen. Der Beklagte sei auch für diesen Schaden verantwortlich.

Der Kläger hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 33 249 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Der Beklagte hat um Klageabweisung gebeten und hierzu vorgetragen:

Ihn treffe an einem etwaigen Schaden, den die Erbengemeinschaft erlitten haben könnte, kein Verschulden. Nach dem Tode des Ewald K. sei es notwendig gewesen, alsbald einen neuen Pächter für die Ziegelei zu finden. Um aber den Betrieb nicht stilllegen zu müssen und nichtvertretbare Verluste zu vermeiden, habe er im Einvernehmen mit den Erben den Betrieb durch den bisherigen Geschäftsführer Engel fortführen lassen. Dieser sei nicht sein Bevollmächtigter gewesen. Er habe ebenso wie die Erben in dem Geschäftsführer Engel, der seit Jahrzehnten ohne Beanstandungen in dem Betrieb als Geschäftsführer tätig gewesen sei, den geeigneten Mann auch für die Übergangszeit bis zur neuen Verpachtung sehen dürfen. Er habe den Ge-

geschäftsführer E. [REDACTED] überdies angewiesen, ab 5. Juli 1955 neue Bücher zu führen und die Geschäfte aus der Zeit vor und nach dem 5. Juli 1955 gesondert zu verbuchen. In der Folgezeit habe er die Geschäftsführung des E. [REDACTED] regelmäßig überprüft und sich die Belege über den fast ausschließlich über die Bank abgewickelten Zahlungsverkehr vorlegen lassen. Im August 1955 habe er darüber hinaus den Buchsachverständigen Lelgemann mit einer Überprüfung beauftragt. Dieser habe keine Beanstandungen erhoben. Im übrigen habe der Geschäftsführer E. [REDACTED] die Bücher auch kurz vor Beendigung seiner Tätigkeit in erheblichem Umfang verändert. Zu einer Änderung des bisher vom Geschäftsführer E. [REDACTED] angewandten Buchführungssystems habe für die Übergangszeit bis zur Neuverpachtung der Ziegelei kein Anlaß bestanden, zumal eine bereits am 1. August 1955 vorgesehene Neuverpachtung nur am Widerstand einiger Miterben gescheitert sei. Wann erstmals ein buchtechnisch errechneter Kassensollbestand tatsächlich nicht vorhanden gewesen sei, vermöge er mit Sicherheit nicht zu sagen. Bei seinen allwöchentlichen Kontrollen habe er einen solchen nicht festzustellen vermocht, so daß er behaupten müsse, daß dies erstmals der Fall in den letzten Wochen vor dem 29. Februar 1956 gewesen sei, als der Geschäftsführer E. [REDACTED], verbittert über seine bevorstehende Entlassung, daran gegangen sei, ihm Schwierigkeiten zu machen und Unordnung und Unübersichtlichkeit in Buchführung und Geldbewegung zu bringen. Das Heft "Ein- und Ausgänge vom 5. Juli 1955 bis 28. Februar 1956", auf das der Kläger die Klage wegen des behaupteten Kassensollbestandes von 9.758,52 DM stütze, sei von ihm eingerichtet worden, nachdem der Ziegeleibetrieb bereits nicht mehr von ihm für Rechnung der Erbgemeinschaft geführt worden sei. Diese Rekonstruktion habe er vorgenommen, um eine Grundlage für die von ihm vor dem Arbeitsgericht Wuppertal

angestrengte Schadensersatzklage gegen den Geschäftsführer E. zu haben. Er habe daher in dieses Heft nur einwandfrei belegte Ausgaben des Geschäftsführers E. aufgenommen, dagegen zweifelhafte Ausgaben unberücksichtigt gelassen. Hierdurch habe er den Geschäftsführer E. zwingen wollen, zweifelhafte Ausgaben zu belegen. Daher könne dieses Buch nicht zur Begründung der Klageforderung herangezogen werden und es bestehe durchaus die Möglichkeit, daß weitere Ausgaben des Geschäftsführers E. anerkannt werden müßten. Es sei richtig, daß der Geschäftsführer Engel aus Zahlungen, die für Rechnung der Erbengemeinschaft eingegangen seien, Forderungen gegen Ewald K. und dessen Erbin, Frau O., aus der Zeit vor dem 5. Juli 1955 beglichen habe. Dies sei aber gerechtfertigt gewesen, weil sonst die Gläubiger der Frau O. in deren von Ewald K. ererbten Erbanteil nach der Witwe Anna K. vollstreckt hätten. Beträge, die Frau O. zugestanden hätten, seien andererseits aber auch zur Tilgung von Verbindlichkeiten der Erbengemeinschaft verwandt worden. Für das Jahr 1955 habe er deswegen keine Steuererklärung abgegeben, weil dies nach seiner in wiederholten Verhandlungen mit den Steuerbehörden gewonnenen Überzeugung für den Nachlaß günstig gewesen sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat der Kläger seinen geltend gemachten Anspruch auf den angeblich am 29. Februar 1956 vorhanden gewesenen Kassenfehlbetrag beschränkt und beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 9.841 DM nebst Zinsen zu zahlen. Das Berufungsgericht hat unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils den Beklagten verurteilt, an den Kläger 8.000 DM nebst Zinsen zu zahlen, und im übrigen die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag, die Berufung des Klägers gegen das landgerichtliche Urteil zurückzuweisen, weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1.) Zutreffend hält das Berufungsgericht den Kläger als derzeitigen Testamentsvollstrecker zur Geltendmachung des von ihm erhobenen Schadensersatzanspruches für befugt (RGZ 138, 132/133; BGH LM § 2219 BGB Nr. 4). Die Rechtsgrundlage für diesen Anspruch leitet das Berufungsgericht aus § 2219 BGB her und sieht den Anspruch in Höhe von 8.000 DM als begründet an.

Nach § 2216 BGB war der Beklagte in seiner damaligen Eigenschaft als Testamentsvollstrecker zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet. In diese Verwaltung fiel auch der zum Nachlaß gehörige Ziegeleibetrieb, dessen Verpachtung für die Zeit vom 6. Juli 1955 bis zum 29. Februar 1956 unterbrochen war. Da sich in Anbetracht der beabsichtigten Wiederverpachtung die Fortführung des Betriebes auch in der Zwischenzeit als sachgerecht darstellte, verpflichtete dies den Beklagten allerdings nicht, den Betrieb in dieser Zeit persönlich fortzuführen. Seine Pflicht als Testamentsvollstrecker erschöpfte sich vielmehr darin, einen geeigneten Geschäftsführer auszuwählen und diesen gewissenhaft in seiner Geschäftsführung zu überwachen (RGZ 76, 185).

Hiervon geht auch das Berufungsgericht aus und sieht keine Pflichtverletzung darin, daß der Beklagte den Betrieb nicht selbst führte, sondern mit dessen Führung den schon seit vielen Jahren in dem Betrieb tätigen und all-

seitiges Vertrauen genießenden Geschäftsführer E[REDACTED] be-
traute. Dagegen kommt das Berufungsgericht zu dem Ergeb-
nis, daß der Beklagte seiner Aufsichts- und Kontroll-
pflicht schuldhaft nicht in hinreichendem Maße nachge-
kommen sei.

Die Pflichtverletzung des Beklagten sieht das Beru-
fungsgericht darin, daß er eine Buchführung geduldet habe,
die erkennbar fehlerhaft gewesen sei und eine genaue Über-
prüfung nicht ermöglicht habe, und daß er sich um diese
Buchführung, wie sie nun einmal war, zu wenig gekümmert
habe. Hierzu stellt es fest, sowohl der Sachverständige
Linz als auch der im vorliegenden Rechtsstreit mit der
Erstattung eines Gutachtens nebst Ergänzungsgutachtens
beauftragte Sachverständige Dr. Koßmann seien zu dem Er-
gebnis gekommen, daß sich aus den in der Zeit vom 5. Ju-
li 1955 bis 29. Februar 1956 geführten Geschäftsbüchern
infolge mangelhafter Buchführung irgendwelche Feststel-
lungen über den während dieser Zeit erzielten Gewinn nicht
treffen ließen. Unrichtig sei es, daß dieser Mangel auf
Veränderungen zurückzuführen sei, die der Geschäftsführer
Engel erst kurz vor seinem Ausscheiden am 29. Februar 1956
vorgenommen habe. Der Fehler der Buchführung habe darin
gelegen, daß keine Trennung vorgenommen worden sei zwischen
den Geschäften, die noch aus der Pachtzeit des Ewald K[REDACTED]
abgewickelt, und denen, die ab 5. Juli 1955 für Rechnung
der Erbengemeinschaft nach Anna K[REDACTED] geführt worden seien.
Die Buchführung sei vielmehr so gehandhabt worden, als
wenn das Geschäft des Ewald K[REDACTED] von der Erbengemein-
schaft nach Anna K[REDACTED] mit Aktiven und Passiven fortge-
führt werde. Ein kurzer Blick in die Bücher habe bereits
genügt, diese Verquickung offenbar werden zu lassen. Hin-
zu komme, daß in den meisten Fällen ein sogenannter "Eu-
chungstext" fehle, aus dem Hinweise auf die mit der je-

weiligen Buchung in Zusammenhang stehenden Vorgänge ersichtlich werden können.

Diese Feststellungen führen das Berufungsgericht zu dem Ergebnis: Eine derartige Buchführung habe nicht die Anforderungen erfüllen können, die infolge des Todes des Pächters und der damit verbundenen Weiterführung des Betriebes in eigener Regie der Erbgemeinschaft nach Anna Klotz an sie zu stellen gewesen seien. Das ungenügende Buchführungssystem habe geradezu unredliche Manipulationen begünstigt, die außerdem noch durch die formell unordentliche Führung der Bücher haben gedeckt werden können.

Das Verschulden des Beklagten sieht das Berufungsgericht darin, daß er nichts gegen die offensichtlichen Mängel der Buchführung unternommen habe, deren Gefahren gerade ihm als Juristen besonders eindringlich hätten sein müssen, daß er aber dann, wenn er die Mängel erst nach dem 29. Februar 1956 erkannt habe, überhaupt nicht mit der erforderlichen Sorgfalt in die Bücher hineingesehen habe.

Diese Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht zur Annahme einer schuldhaften Pflichtverletzung des Beklagten in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker kommt, lassen Rechtsfehler nicht erkennen.

2.) Ins Leere geht die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe zu Unrecht das Verschulden des Beklagten festgestellt, denn er sei gehalten gewesen, den Geschäftsführer E. zu behalten, auch die Erbgemeinschaft sei der Meinung gewesen, E. solle den Betrieb fortführen, und schließlich sei es an zwei Miterben gescheitert, daß der Betrieb nicht früher habe wieder verpachtet werden können.

Dieser Rüge käme nur dann eine Bedeutung zu, wenn das Berufungsgericht die Betreuung des E[REDACTED] mit der Geschäftsführung dem Beklagten zum Schuldvorwurf gemacht hätte. Dies hat das Berufungsgericht aber nicht getan, sondern im Gegenteil sein Verhalten insoweit gebilligt. Inwiefern hierbei, wie die Revision auch rügt, das Berufungsgericht die Anwendung des § 254 BGB übersehen haben soll, ist nicht ersichtlich.

Gleichfalls neben der Sache liegt der Hinweis der Revision darauf, der Beklagte habe sich durchaus bemüht, die Geschäfte klar zu unterscheiden, weshalb er auch ein Bankkonto errichtet und die Anweisung gegeben habe, alle Geschäfte über dieses Bankkonto abzuwickeln, er habe weiter angeordnet, die eingehenden und ausgehenden Gelder getrennt zu führen und nur nicht gewußt, daß noch Außenstände aus der Pachtzeit K[REDACTED] hereingekommen und alte Rechnungen aus dieser Zeit beglichen worden seien.

Die Revision widerspricht sich zunächst selbst, indem sie einerseits sagt, der Beklagte habe sich bemüht, die Geschäfte klar zu unterscheiden, und andererseits ausführt, er habe nicht gewußt, daß neben den Geschäften der Erbengemeinschaft auch noch Geschäfte des verstorbenen Pächters Ewald K[REDACTED] abgewickelt worden seien. Das letztere hat selbst der Beklagte niemals behauptet. Es wäre ihm auch nicht abzunehmen gewesen, daß er nicht gewußt haben sollte, ein Betrieb des Umfangs, wie er hier vorlag, bedürfe beim plötzlichen Tod seines Inhabers nicht noch einer Abwicklung der laufenden Geschäfte. Im übrigen sagt die Revision aber selbst nicht einmal, worin die Bemühungen des Beklagten bestanden, eine klare Unterscheidung der Geschäfte des verstorbenen Pächters und der Erbengemeinschaft herbeizuführen.

Eine Abhilfe konnte hier auch nicht die Errichtung eines Bankkontos bringen, wenn die Anweisung, wie die Revision ausführt, dahin ging, alles über dieses Bankkonto abzuwickeln. Das gleiche gilt von der Anweisung, eingehende und ausgehende Gelder getrennt zu führen. Auch dies konnte ein Durcheinander der noch abzuwickelnden Geschäfte des verstorbenen Pächters und der neuen Geschäfte der Erbgemeinschaft nicht ausschließen.

3.) Das Berufungsgericht kommt im weiteren zu dem Ergebnis, daß der Erbgemeinschaft durch die unzureichende Beaufsichtigung des Geschäftsführers E. [REDACTED] seitens des Beklagten auch ein Schaden entstanden sei. Es meint zwar, daß das vom Beklagten erstellte Buch "Ein- und Ausgänge vom 5. Juli 1955 bis 28. Februar 1956", das mit einem Kassenbestand von 9.758,52 DM endet, der sich wegen eines Übertragungsfehler um 82,39 DM auf 9.840,91 DM erhöht, ohne daß dieser Betrag in dem anschließenden, auch vom Beklagten erstellten Buch "Sammelkonto ab 1. März 1956" als Vortrag des Kassenbestandes übernommen ist, als Feststellungsgrundlage außer Betracht bleiben müsse, da die Aufstellung in dem ersten Buch aus den vom Beklagten angegebenen Gründen zweckbedingt erfolgt sei und daher nicht gegen diesen verwertet werden könne. Ein tatsächlicher Schaden ergebe sich aber, so führt das Berufungsgericht weiter aus, daraus, daß der Sachverständige Linz allein bei Stichproben im Buch "Kasse I" Kassenfehlbeträge festgestellt habe. Das mit dem 5. Juli 1955 eröffnete Betriebsbankkonto habe am 29. Februar 1956 einen Minussaldo von 46.585,18 DM aufgewiesen, dem nach der eigenen Angabe des Beklagten nicht wesentliche Außenstände gegenüber gestanden hätten. Dieser Minussaldo habe sich zwar bis Ende 1956 auf rund 14.000.-- DM verringert, wozu aber auch Zahlungen der Erbin des verstorbenen Pächters K. [REDACTED] und des

neuen Pächters R. begetragen hätten. Ein Kassenbestand sei am 29. Februar 1956 nicht vorhanden gewesen. Da aber die Erbgemeinschaft mit Gewinn gearbeitet habe, wie die vom Beklagten als günstig bezeichnete Einkommenschätzung des Finanzamtes zeige, sei der Erbgemeinschaft ein durch die verworrene Buchführung verursachter, mindestens aber begünstigter Schaden entstanden, zu dessen Ersatz der Beklagte verpflichtet sei.

4.) Die Höhe des Schadens schätzt das Berufungsgericht im Umfange eines Mindestschadens gemäß § 287 ZPO, da, wie es ausführt, die Höhe des Schadens sich anhand der vorhandenen Unterlagen nach den übereinstimmenden Äußerungen der Sachverständigen nicht annähernd mit Sicherheit feststellen lasse.

Erfolglos bleibt die Revision demgegenüber, wenn sie eine Verletzung des § 287 ZPO darin sehen will, daß das Berufungsgericht unter den gegebenen Umständen überhaupt eine Schadensschätzung vorgenommen hat, da, wie sie meint, keine Unterlagen dafür vorliegen, daß überhaupt ein Schaden entstanden sei.

Hierzu ist zunächst zu bemerken, daß die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht seine Überzeugung von einem entstandenen Schaden darlegt, zwar sehr knapp gehalten sind. Aus den Erwägungen des Berufungsgerichts insgesamt ergibt sich aber, daß es offensichtlich davon ausgegangen ist, der Ziegeleibetrieb sei, wie sich aus den Verpachtungen vor und nachher ergebe, ein gewinnbringendes Unternehmen gewesen. Dies spreche dafür, daß der Betrieb auch in der Zeit vom 6. Juli 1955 bis zum 29. Februar 1956 unter der Verwaltung des Beklagten gewinnbringend gewesen sei, zumal der Beklagte selbst die Gewinnschätzung des

Finanzamtes für die Zeit von Juli bis Dezember 1955 in Höhe von 15.000 DM als für die Erbengemeinschaft günstig bezeichnet habe. Wenn dennoch im Ergebnis kein Gewinn vorhanden gewesen sei, so habe dem Beklagten jedenfalls die Verpflichtung obgelegen, durch eine hinreichende Rechnungslegung nachzuweisen, daß dem in der Zeit von Juli bis Dezember 1955 erzielten Gewinn in den Monaten Januar und Februar 1956 ein entsprechender Verlust gegenüber gestanden habe. Da er hierzu nach seinem eigenen Vortrag nicht in der Lage sei, müsse davon ausgegangen werden, daß während seiner Verwaltungszeit ein Gewinn erzielt worden sei. Hiervon ausgehend konnte das Berufungsgericht den Grund des der Erbengemeinschaft im Ergebnis entgangenen Gewinns darin sehen, daß der Beklagte eine Buchführung duldete, die infolge ihrer formell mangelhaften Führung und des Fehlens von "Buchungstexten" geradezu unredliche Manipulationen begünstigte, wie allein bei Stichproben festgestellte Kassenfehlbeträge zeigen, und eine hinreichende Kontrolle ausschloß. Hinzu kam das Durcheinander der Geschäftsführung hinsichtlich der Erbengemeinschaft und der Geschäftsabwicklung hinsichtlich des verstorbenen Pächters K., das eine Übersicht über die Geschäftsvorgänge der Erbengemeinschaft völlig unmöglich machte. Dem steht auch nicht entgegen, daß der Beklagte, wie er in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vortragen ließ, die Eingänge und Ausgänge auf dem Bankkonto unter ständiger Kontrolle gehalten haben will. Einmal wickelte sich der Geschäftsverkehr nicht ausschließlich über das Bankkonto ab. Zum anderen konnte lediglich die Überwachung des Bankkontos nicht zur Kontrolle der Ordnungsmäßigkeit der einzelnen Geschäftsvorgänge ausreichen.

Gleichfalls vermag den Beklagten nicht sein auch in der Revisionsinstanz wiederholtes Vorbringen zu entlasten, das Durcheinander der Geschäftsführung könne zwar

zur Folge gehabt haben, daß Leistungen zu Gunsten des Vorpächters auf Kosten der Erbengemeinschaft erbracht worden seien, dem ständen aber nunmehr entsprechende Forderungen der Erbengemeinschaft an die Rechtsnachfolgerin des Vorpächters gegenüber. Ganz abgesehen davon, daß es bereits einen Schaden darstellt, wenn anstelle eines Barvermögens eine zweifelhafte und vielleicht nicht einmal realisierbare Forderung tritt, ist hier das Berufungsgericht dem Vortrag des Beklagten gefolgt, hat seiner Schadensermittlung eine Forderung der Erbengemeinschaft gegenüber der Rechtsnachfolgerin des Vorpächters in Höhe von 33.219,45 DM zu Gunsten des Beklagten unterstellt und diese als Aktivum der Erbengemeinschaft gewertet. Danach könnte das Vorbringen des Beklagten nur beachtlich sein, wenn von ihm behauptet und unter Beweis gestellt worden wäre, daß trotz des Durcheinanders der Geschäftsführung sich noch weitere Forderungen der Erbengemeinschaft gegenüber der Rechtsnachfolgerin des Vorpächters ergäben. Dies hat der Beklagte aber nicht einmal behauptet, sondern von ihm ist nur der Betrag von 33.218,45 DM als von Frau O. der Rechtsnachfolgerin des Vorpächters, geschuldet und ihm gegenüber anerkannt genannt worden.

Bei dieser Sachlage bedurfte es auch keiner Aufklärung durch das Berufungsgericht im einzelnen dahin, inwieweit der Schaden etwa auf Veruntreuungen des Geschäftsführers Engel oder auf unberechtigte Leistungen zu Gunsten der Rechtsnachfolgerin des Vorpächters zurückzuführen war. Denn ursächlich für beides war in jedem Falle die vom Beklagten pflichtwidrig geduldete mangelhafte Buchführung, die eine hinreichende Überwachung nicht ermöglichte.

Konnte aber das Berufungsgericht anhand der vorhandenen Unterlagen die Höhe des Schadens auch nicht annähernd mit Sicherheit feststellen, dann war es zu einer Schadensschätzung im Rahmen des § 287 ZPO gezwungen.

Die Vorschrift des § 287 ZPO dient dazu, dem Geschädigten den Nachweis seines Schadens zu erleichtern, indem an die Stelle der sonst erforderlichen Einzelbegründung das freie Ermessen des Gerichts zu treten hat. Fehlt es für das freie Ermessen nicht an allen Unterlagen, so muß das Gericht nötigenfalls zu einer Schätzung greifen und selbst unter Berücksichtigung nicht vorgetragener Tatsachen nach freiem Ermessen entscheiden. Dabei muß auch in Kauf genommen werden, daß das Ergebnis der Schätzung mit der nicht aufklärbaren Wirklichkeit nicht übereinstimmt. Doch soll die Schätzung möglichst nahe an diese heranzuführen. Das Gericht kann und muß nur dann von jeder Schätzung absehen, wenn diese mangels greifbarer Unterlagen gänzlich in der Luft hänge. Reichen die Unterlagen nicht aus, den Schaden in seinem vollen Umfange, wohl aber in gewisser Höhe zu schätzen, dann muß wenigstens ein solcher Mindestschaden geschätzt werden (BGH NJW 1964, 589).

Die Entscheidung der Frage, ob genügend Unterlagen für eine solche Schätzung vorhanden sind, gehört hierbei dem dem Tatrichter vorbehaltenen Gebiet der Tatsachewürdigung an. Eine Überprüfung durch das Revisionsgericht im Rahmen der erhobenen Rügen kann daher nur daraufhin erfolgen, ob der Tatrichter von zutreffenden rechtlichen Erwägungen ausgegangen ist und alle wesentlichen Gesichtspunkte, die Verfahrensregeln, die Erfahrungssätze und die Denkgesetze beachtet hat.

NA

Das Berufungsgericht hat eine Anzahl schätzungsbe-
gründender Tatsachen festgestellt und diese seiner Schät-
zung zu Grunde gelegt. Das stellt die Revision ernsthaft
nicht in Abrede, wenngleich sie auch ihrer Begründung
den Satz vorausstellt, die Schätzung verstoße mangels vor-
handener Unterlagen gegen § 287 ZPO. Ihre im einzelnen er-
hobenen Rügen gehen nämlich, wenn auch erfolglos, darauf
hinaus, daß zwar dem Berufungsgericht eine Reihe von Schät-
zungsunterlagen zur Verfügung gestanden habe, es aber ver-
schiedene Umstände nicht beachtet habe, deren Berücksichti-
gung es zu einer anderen Tatsachenfeststellung hätte führen
müssen.

So meint die Revision, das Berufungsgericht habe über-
sehen, daß der verstorbene und der neue Pächter des Ziege-
leibetriebes auch Einnahmen aus dem Steinbruchbetrieb ge-
habt hätten, und daher fälschlich angenommen, die ver-
steuerten Einnahmen seien nur dem Ziegeleibetrieb zuzu-
rechnen.

Daß das Berufungsgericht diesen Umstand nicht überse-
hen hat, geht eindeutig aus seinen Ausführungen hervor, in
denen es hierzu heißt: Der Pächter Ewald K. [REDACTED] habe neben
der von ihm gezahlten Pacht von 850 DM monatlich einen
nicht unerheblichen Gewinn herausgewirtschaftet. Er habe
für 1954 allein 5764,-- DM Einkommensteuer gezahlt. Diese
Steuer müsse zum wesentlichen Teil auf Betriebseinnahmen
entfallen, da die Vermögenssteuer nicht erheblich gewesen
sei. Wenn auch ein Teil der Betriebseinnahmen aus dem von
Ewald K. [REDACTED] mitgepachteten Steinbruch geflossen sein möge,
so sei doch hiernach anzunehmen, daß die Einnahmen von
Ewald K. [REDACTED] aus der Ziegelei nicht unbedeutend gewesen
seien. Der Pächter R. [REDACTED] zahle ab März 1956 eine Jahres-
pacht von 25.000,-- DM, wozu noch die von ihm übernommene

Grundsteuer trete. Auch in diesem Falle sei der Steinbruch zu berücksichtigen. Dennoch zeigten die vom Pächter R. [REDACTED] übernommenen Verpflichtungen, daß der Ziegeleibetrieb als ein lukratives Unternehmen anzusehen sei und auch angesehen worden sei.

Aus dem Zusammenhang läßt sich entnehmen, daß das Berufungsgericht die Einnahmen aus dem Steinbruch nicht unbeachtet gelassen, sondern nur den Ziegeleibetrieb als die wesentliche Einnahmequelle angesehen hat. Das läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

Weiterhin rügt die Revision, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Beklagten in dessen Schriftsatz vom 30. April 1964 Seite 3 übersehen, wonach der Winter 1955/1956 früh eingetreten sei, so daß der Betrieb schon im Dezember darunter gelitten habe und jedenfalls in den Monaten Januar und Februar durch Lohnzahlungen Verluste eingetreten seien, eine vorübergehende Entlassung der Arbeiter aber wegen der bekannten Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt nicht habe riskiert werden können. Zweifel hieran hätten das Berufungsgericht, so meint die Revision, zur Hinzuziehung eines Sachverständigen veranlassen müssen. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß in diesen Monaten kein Verlust entstanden sei, weil die Löhne weitergezahlt worden seien, sei daher unverständlich. Dagegen sei die Feststellung nicht gerechtfertigt, daß die Produktion weitergelaufen sei, zumal gerichtsbekannt sei, daß ein Ziegeleibetrieb sich in seiner Produktion auf die frostfreie Jahreszeit beschränke.

Dem ist entgegenzuhalten, daß der Beklagte in dem von der Revision genannten Schriftsatz sich selbst nicht einmal auf einen Produktionsausfall und auf ohne Gegen-

leistung bezahlte Arbeitslöhne berufen hat. Er hat hier nur vorgetragen, es sei nicht ganz zutreffend, daß die Monate Juli 1955 bis Februar 1956 Zeiten äußerster Hochkonjunktur gewesen seien, der strenge und lange Winter habe im Monat Dezember, auch wegen der Feiertage und kurzen Arbeitstage, zur Stagnierung des Absatzes geführt und in den Monaten Januar und Februar sei dieser völlig ausgefallen. Für das Berufungsgericht bestand daher keine Veranlassung, für die Monate Januar und Februar 1956 trotz Fortzahlung der Löhne von einem Produktionsausfall auszugehen. Ein solcher Umstand hätte schon vom Beklagten vorgetragen werden müssen, da jedenfalls nicht als gerichtsbekannt vorausgesetzt werden kann, daß die Produktion eines Ziegeleibetriebes in den Wintermonaten zum Erliegen kommen muß. Der Absatzstockung hat das Berufungsgericht aber dadurch Rechnung getragen, daß es für die Monate Januar und Februar 1956 einen Gewinn außer Ansatz gelassen hat. Es läßt daher kein Außerachtlassen von Tatsachen oder einen Verstoß gegen Erfahrungssätze oder Denkgesetze erkennen, wenn das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt: Für die Zeit von Juli bis Dezember 1955 seien 96.885,58 DM an Löhnen gezahlt worden. Dem müsse ein entsprechender Gewinn gegenüberstehen. So habe auch der Beklagte die Einkommensschätzung des Finanzamtes als günstig hingenommen, die für die Zeit von Juli bis Dezember 1955 ein Einkommen von 15.000,-- DM angenommen habe. Für die Monate Januar und Februar 1956 müsse ein Gewinn außer Ansatz bleiben, da diese Monate in die Frostperiode gefallen seien. Andererseits sei anzunehmen, daß im wesentlichen in dieser Zeit auch keine Verluste entstanden seien, da ausweislich der für die genannten Monate gezahlten Löhne mindestens keine Einschränkung des Betriebes erfolgt sei, was unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten geboten gewesen wäre, wenn die Produktion während dieser Monate gestockt hätte oder zum Erliegen gekommen wäre.

Konnte sonach das Berufungsgericht fehlerfrei annehmen, daß in den Monaten Januar und Februar 1956 zwar kein Gewinn erzielt sei, aber auch keine Verluste eingetreten seien, dann geht die weitere Rüge der Revision ins Leere, fehlerhaft sei die Schätzung eines Gewinnes von 15.000,-- DM, da das Berufungsgericht sich hierbei offensichtlich von der Schätzung des Finanzamtes habe beeinflussen lassen, die aber nur für die Zeit von Juli bis Dezember 1955 erfolgt sei, und nicht die Verlustmonate Januar und Februar 1956 mitumfaßt habe. Lagen in diesen beiden Monaten keine Verluste vor, dann gab der finanzamtliche Feststellungsbescheid dem Berufungsgericht die erforderlichen Unterlagen für seine Schätzung. Dies trifft umso mehr zu, als der Beklagte selbst diesen Feststellungsbescheid als günstig bezeichnet, also eingeräumt hat, daß der Gewinn tatsächlich noch höher gewesen sei. Nur folgerichtig war es dann aber auch, daß das Berufungsgericht den in der Zeit von Juli bis Dezember 1955 erzielten Gewinn von 15.000,-- DM als Gewinn für die ganze Zeit der Betriebsführung durch den Beklagten seiner Schadensermittlung zugrunde legte.

Schließlich rügt die Revision auch unbegründet, das Berufungsgericht habe unter Verletzung des § 286 ZPO unbeachtet gelassen, daß für das Fortlaufen des Betriebes zunächst Kapital benötigt worden sei und deshalb Kredite hätten aufgenommen werden müssen, so daß allein schon hierdurch zu Beginn ein Minusbetrag für den Nachlaß entstanden sei.

Das Berufungsgericht hat diesen Umstand keineswegs übersehen, sondern ihm durch Gegenüberstellung der Aktiva und Passiva am Ende der Betriebszeit Rechnung getragen. Unter den Passiva befindet sich der Posten Bankschulden in einer Höhe von 46.585,18 DM. Hierin ist auch der bei

Betriebsbeginn möglicherweise aufgenommene Kredit enthalten, so daß er für die Gewinnermittlung am Ende der Betriebszeit nicht unberücksichtigt geblieben ist.

5.) Da die Rügen der Revision hiernach erfolglos bleiben und das angefochtene Urteil auch im übrigen einen Fehler zum Nachteile des Beklagten nicht erkennen läßt, ist die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Pagendarm

Dr. Arndt

Gähtgens

Keßler

Dr. Reinhardt