

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 108/63

URTEIL

Verkündet am
21. Oktober 1965
Schorm,
Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Gastwirtin Maria F [REDACTED] geb. F [REDACTED], B [REDACTED],
C [REDACTED]allee [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Ulrich P [REDACTED], B [REDACTED],
C [REDACTED]allee [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter:

. Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Oktober 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn, Dr. Nörr, Liesecke und Dr. Bukow

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 8. März 1963 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien waren die beiden einzigen Gesellschafter einer von ihnen am 4. Dezember 1956 gegründeten GmbH, die ab 18. Februar 1957 einen Kiosk, in dem Getränke und Speisen verabreicht wurden, und ab 8. August 1957 außerdem noch die "A [REDACTED] Gaststätte" betrieb. Die Klägerin hat am 12. Juni 1958 den Geschäftsanteil des Beklagten erworben. Sie wirft dem Beklagten vor, er habe Gelder der Gesellschaft veruntreut, seine Funktionen als Geschäftsführer nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrgenommen und der Gesellschaft hierdurch Schaden zugefügt. Sie kommt zu einem Kassenfehlbetrag von 19 806 DM und macht hiervon einen Teilbetrag von 11 000 DM geltend.

Der Beklagte hat Widerklage erhoben und damit neben einem sachlich nicht mehr interessierenden Verlangen auf Einsicht in die Bücher die Feststellung begehrt, daß er der Klägerin auch über einen Betrag von 11 000 DM hinaus nicht Schadensersatzpflichtig sei.

- 3 -

Das Landgericht hat durch Teilurteil den Beklagten zur Zahlung von 8 084,74 DM verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen und durch Schlußurteil den Feststellungsantrag der Widerklage als unzulässig abgewiesen.

Beide Parteien haben das Teilurteil angefochten, der Beklagte auch das Schlußurteil.

Während des Berufungsverfahrens sind sich die Parteien darüber einig geworden, daß für die Vorwürfe der Klägerin nur die Zeit vom 8. August 1957 bis zum 12. Juni 1958 in Betracht komme und daß die Klägerin den Kiosk in der Zeit vom 18. Februar 1957 bis zum 8. August 1957 allein verwaltet hat.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurück- und auf die Berufung des Beklagten die Klage abgewiesen und die mit der Widerklage begehrte Feststellung getroffen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag und ihren Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter, während der Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht stellt fest, daß sich der Beklagte nicht am Gesellschaftsvermögen vergriffen habe. Es stützt sich hierbei vor allem auf das von ihm eingeholte Gutachten von Dr. W. [REDACTED].



Hier ist ein Teil der Urteilsammlung und als Datenbank nach § 87 ff. UrhG geschützt.

1. Die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht in seinen Beschlüssen vom 31. Oktober 1961 und 26. Mai 1962 (Bd. IV Bl. 2 R und 123) den Sachverständigen angewiesen hat, von der Warenbestandsaufnahme des Beklagten per 30. April 1958 auszugehen, und daß Dr. W. [REDACTED] dem nachgekommen ist.

Dieser Revisionsangriff ist unbegründet.

Die Anordnung des Berufungsgerichts hatte ersichtlich ihren Grund darin, daß diese Bestandsaufnahme bei Erlaß des Beschlusses vom 31. Oktober 1961 als unstreitig anzusehen war. Die Klägerin hatte allerdings Inhalt und Richtigkeit der 13 Zettel über die Inventaraufnahme des Beklagten vom 30. April 1958 im Schriftsatz vom 11. Dezember 1959 (Bd. I Bl. 148) mit Nichtwissen bestritten. Laut Protokoll vom 14. Dezember 1959 (Bd. I Bl. 152) sind ihr diese Zettel aber übergeben worden, und sie ist darauf während der Tatsacheninstanzen nicht mehr zurückgekommen. Hieran ist die Revision gebunden.

2. Die Revision macht geltend, daß Dr. Wirtz für den 12. Juni 1958 nur den Sollbestand der Ware ermittelt habe und daß nur der Istbestand etwas darüber aussagen könne, ob der Beklagte das Gesellschaftsvermögen durch unberechtigte Waren- und Geldentnahmen verkürzt habe.

Auch dieser Angriff ist unbegründet.

Die Parteien haben den Warenbestand vom 12. Juni 1958 nicht gemeinsam aufgenommen. Das ist vielmehr durch die Klägerin und ihre Mutter (deren Zeugenaussage Bd. II Bl. 3) geschehen. Das Berufungsgericht hat jedoch diese mit 1 493,64 DM abschließende Bestandsaufnahme (Bd. I Bl. 143

bis 146) nicht als ordnungsgemäß angesehen, weil die Küchenvorräte nicht abgewogen worden sind und der Bestand an angebrochenen Flaschen, deren Zahl die Mutter der Kläger mit 18 bis 20 bezeugt hat, ohne Angabe der Mengen mit 40 DM angesetzt worden ist, während nach der Aussage des Oberkellners L. (Bd. IV S. 45) 50 Flaschen Schnaps, Likör und Wein an der Theke und im Kühlschrank standen und diese Flaschen allabendlich wieder aufgefüllt wurden und dies auch am 12. Juni 1958 geschehen ist.

Konnte aber nicht von den Angaben der Klägerin über den am 12. Juni 1958 vorhandenen Warenbestand ausgegangen werden, so ließ sich allenfalls aus der Höhe des Sollbestandes etwas für die Richtigkeit der Behauptung gewinnen, schon aus dem am 12. Juni 1958 vorhandenen Warenbestand ergäbe sich, daß sich der Beklagte am Gesellschaftsvermögen vergriffen haben müsse. Das hat das Berufungsgericht jedoch verneint, da Dr. W. nur zu 2 690,04 DM Sollbestand gekommen ist und die Differenz zu den von der Klägerin angesetzten 1 493,64 DM nicht so groß sei, daß der gegen den Beklagten erhobene Vorwurf der Veruntreuung als berechtigt angesehen werden könne. Hierbei stützt sich das Berufungsgericht auf die Feststellung, daß aus Gründen der Werbung große Essensportionen ausgegeben und die Gläser voll eingeschänkt worden sind und sowohl die Parteien wie die Bedienung vielfach Essen und Getränke erhalten haben.

3. Angesichts dieser Feststellung läßt sich entgegen der Revision auch kein sicherer Schluß für die Berechtigung des dem Beklagten gemachten Vorwurfs daraus gewinnen, daß die Differenz zwischen dem Ist- und dem Sollbestand insgesamt rund 1 200 DM und bei den Küchenwaren 236 DM beträgt.

15

4. Soweit die Revision geltend macht, das Berufungsgericht habe die Aussage der Mutter der Klägerin nicht, sondern nur die Aussage des Oberkellners L. [REDACTED] berücksichtigt, ist das unrichtig.

Die erbetene nochmalige Vernehmung der Mutter der Klägerin stand im Ermessen des Gerichts (§ 398 ZPO). Es ist nichts dafür hervorgetreten, daß dies das Berufungsgericht verkannt oder sein Ermessen mißbraucht habe.

les
DM
ng
n

Das Berufungsgericht hat die Vorschrift des § 391 ZPO nicht deshalb verletzt, weil es dem Antrag der Klägerin auf Beeidigung des Zeugen I. [REDACTED] (Bd. V Bl. 94) nicht stattgegeben hat. Denn es hat die Beeidigung dieses Zeugen weder mit Rücksicht auf die Bedeutung der Aussage noch zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage für geboten erachtet. In einem solchen Falle kann eine Partei das Gericht nicht zu einer Beeidigung zwingen. Ein Sachverhalt wie in BGHZ 43, 368 liegt hier nicht vor. Es kann daher offen bleiben, ob dieser Entscheidung gefolgt werden könnte.

5. Die Würdigung der mehreren in dieser Sache eingeholten Sachverständigengutachten und ihrer stark voneinander abweichenden Ergebnisse war Sache des Berufungsgerichts. Ein Rechtsfehler ist dabei nicht zu Tage getreten. Es kommt daher nicht darauf an, daß die Sachverständigen I. [REDACTED], Sch. [REDACTED] und M. [REDACTED] zu Zahlen gelangt sind, die dem Beklagten nachteilige Schlüsse zulassen würden.

und

II. Das Berufungsgericht hat auf Grund des Gutachtens von Dr. W. [REDACTED] die Überzeugung gewonnen, daß der Beklagte in der Zeit vom 8. August 1957 bis zum 12. Juni 1958 keine Falschbuchungen vorgenommen, die Einnahmen nicht verkürzt

und auch sonst seine Geschäftsführerpflichten nicht verletzt habe.

1. Auch insoweit rügt die Revision, daß das Berufungsgericht dem Gutachten Dr. W. den Vorzug vor den Gutachten L. und Sch. gegeben hat. Das Berufungsgericht hat als Grund hierfür angegeben, daß Dr. W. als einziger sämtliche Buchungsunterlagen, insbesondere auch die Bons der Kellner und die Lokallosungen, ausgewertet habe, während die anderen Sachverständigen diese Unterlagen überhaupt nicht oder nur teilweise benutzt hätten und hierdurch zu mehr oder weniger theoretischen Berechnungen gelangt seien. Das ist eine tatsächliche Beurteilung, die keinen Rechtsverstoß erkennen läßt.

2. Die Revision wirft Dr. W. vor, er habe nicht zu der Frage Stellung genommen, welcher Erlös mit den eingesetzten Waren zu erreichen gewesen sei. Eine solche Stellungnahme erübrigte sich, weil der Beklagte das Unternehmen nur vom 8. August 1957 bis zum 12. Juni 1958 geführt hat und in dieser Zeit aus Gründen der Werbung von Gästen einvernehmlich großzügig beim Ausschank und bei der Ausgabe der Essen verfahren wurde und sich die Differenz zwischen den Bons und den Eintragungen in die Kassenbücher daraus erklärt, daß auf den Schlußbons des Kellnerehepaares L. kleinere Beträge vermerkt wurden, die der Ansammlung von AOK-Beiträgen dienten und hierzu auch verwendet wurden.

3. Nun greift die Revision allerdings auch an, daß das Berufungsgericht das großzügige Verfahren beim Ausschank und bei der Essensausgabe nicht als eine Verletzung der Geschäftsführerpflichten des Beklagten gewertet hat. Sie setzt sich aber hierbei über die Feststellung des Berufungsgerichts hinweg, die Klägerin sei mit dem gewählten Verfahren

18

einverstanden gewesen. Sie will insoweit wahrhaben, das Einverständnis der Klägerin habe sich darauf beschränkt, den Gaststättenbetrieb großzügig anzufangen, und nicht darauf erstreckt, daß mehr als 6 000 DM verwirtschaftet wurden. Das ist eine das Gebiet der Tatsachen betreffende Erwägung, die in der Revisionsinstanz nicht berücksichtigt werden kann. Die Tatsache, daß das Finanzamt für das erste Jahr einen Werbeaufwand von 5 % für absatzbar anerkennt, hinderte das Berufungsgericht nicht, mit Dr. W. [REDACTED] einen wesentlich höheren Werbeaufwand anzunehmen und nicht als eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers anzusehen. Wie L. [REDACTED] bekundet hat, hat er den Parteien zu bedenken gegeben, daß bei der Größe der Essensportionen und dem großzügigen Ausschank nicht viel zu verdienen sei. Er, K. [REDACTED] und P. [REDACTED] haben bezeugt, daß auch die Klägerin mit besonders reichlichen Essensportionen und gut gefüllten Gläsern einverstanden gewesen ist, daß das Personal der Gaststätte unentgeltlich Essen und Getränke bekam und daß beide Parteien Stammgäste eingeladen haben. Das alles verbietet es, die weitere Annahme des Berufungsgerichts, daß ein Fehlbetrag sich nur theoretisch errechnen lasse und keinesfalls durch Fahrlässigkeit des Beklagten verursacht sei, als rechtlich fehlerhaft anzusehen.

III. Das Berufungsgericht entnimmt den Aussagen der Zeugen L. [REDACTED], K. [REDACTED] und P. [REDACTED], daß die Klägerin auch damit einverstanden gewesen sei, daß der Beklagte, seine Ehefrau und die vornehmlich in seinem Farbengeschäft tätigen und nur mit Nebengeschäften der Gaststätte beschäftigten Angestellten K. [REDACTED] und P. [REDACTED] in der Gaststätte unentgeltlich beköstigt wurden.

Die Revision meint, das von den Zeugen bekundete Einverständnis der Klägerin habe sich auf die Beköstigung der Angestellten beschränkt und nicht auf die Beköstigung der Beklagten und seiner Ehefrau erstreckt, weil die Klägerin ihren Eigenverzehr habe bezahlen müssen und eine unterschiedliche Behandlung der Gesellschafter nicht gerechtfertigt sei.

Das ist ein Angriff gegen eine tatsächliche Feststellung die in der Revisionsinstanz nicht statthaft ist.

IV. Im Gegensatz zum Landgericht nimmt das Berufungsgericht an, die Klägerin habe sich eines über 11 000 DM hinausgehenden Anspruchs berührt.

Das ist richtig. Die Klägerin hat in der Klageschrift behauptet, der Beklagte sei für einen Fehlbetrag von 19 806 DM verantwortlich, und hiervon einen Betrag von 11 000 DM ausdrücklich als Teilbetrag geltend gemacht. Sie hat dann allerdings in der landgerichtlichen Verhandlung vom 16. Januar 1961 erklärt, daß sie sich eines über die Klageforderung hinausgehenden Anspruchs nicht berühme. In der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat sie aber erklärt, sie sei zu einer weitergehenden Erklärung, insbesondere zu einem ausdrücklichen Verzicht (Erl nicht bereit. Dem hat das Berufungsgericht entnommen, sie wolle gegebenenfalls noch auf einen 11 000 DM übersteigende Anspruch zurückkommen. Dieser Würdigung ist entgegen der Ansicht der Revision beizupflichten.

Die Revision war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Fischer Dr. Kuhn Dr. Nörr Liesecke Dr. Bukow

3),
n