

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 171/68

URTEIL

Verkündet am

12. November 1970

Heil,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Dr. Herbert F [REDACTED], D [REDACTED],
V [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Walter P [REDACTED] KG, D [REDACTED], K [REDACTED] Straße [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch ihren persönlich haftenden
Gesellschafter Walter P [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. November 1970 unter Mitwirkung der Bundesrichter Liesecke, Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 21. Mai 1968 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Kommanditgesellschaft, betreibt in D[REDACTED] ein Pfandleihunternehmen, namentlich für Wert- und Kunstgegenstände, sowie einen Großhandel mit Briefmarken. Der Beklagte war einer ihrer Kommanditisten. Er betätigte sich in der Geschäftsführung, bis er Ende 1964 unter der Beschuldigung des Betrugs und der Hehlerei verhaftet wurde. Während seiner Geschäftsführung befaßte sich die Klägerin auch mit dem Ankauf und Verkauf von Wertgegenständen, insbesondere Gemälden. Diese Geschäfte wurden in den Unterlagen der Klägerin als Pfandgeschäfte behandelt, wobei der gekaufte Gegenstand als Pfand und der Kaufpreis oder höhere Beträge als Darlehen eingetragen wurden.

- 5 -

Die Klägerin nimmt den Beklagten mit der Behauptung, er habe sie durch Veruntreuungen und andere pflichtwidrige Handlungen um mehrere 100.000 DM geschädigt, in Höhe eines Teilbetrages von 70.000 DM mit Zinsen in Anspruch. Sie hat diesen Anspruch im einzelnen auf Geschäftsvorgänge gestützt, die sie in nachstehender Reihenfolge geltend macht:

1. Im Sommer 1964 kaufte der Beklagte für die Klägerin drei zuvor von ihr in Pfand genommene Gemälde (Manet, Fragonard, Redon) zum Preise von 9.500 DM und zwei weitere Gemälde (Murillo, Ostade) für mindestens 25.000 DM. Vier dieser Bilder verkaufte er zum Preise von 120.000 DM an den Kunsthändler B■■■■■, der über diesen Betrag Wechsel gab. Ohne zunächst diese im Safe der Klägerin deponierten Wechsel zu verbuchen, ließ der Beklagte auf B■■■■■ als angeblichen Verpfänder der Gemälde vier Pfandscheine über insgesamt 120.000 DM ausstellen und ein Pfanddarlehen in gleicher Höhe als Ausgang sowie eine Provisionsgutschrift von 15.400 DM als Eingang verbuchen. Im Anschluß an eine spätere Gesellschafterbesprechung, bei der die von Beckers gegebenen Wechsel zur Sprache kamen, wurden 120.000 DM als Provisionsgutschrift aus Bilderverkäufen als Einnahme verbucht. Bei Fälligkeit löste B■■■■■ die Wechsel ein. Die Klägerin hat behauptet, der Beklagte habe den Gewinn aus diesem Geschäft in Höhe von mindestens 70.000 DM veruntreut und dies durch Falschbuchungen zu verschleiern versucht.

2. Im Januar 1964 wurde anstelle eines auf 18.600 DM lautenden und auf einen falschen Namen ausgestellten Pfandscheins für einen Brillantring, den die Klägerin in



Wirklichkeit zum gleichen Preis gekauft hatte, ein neuer Pfandschein über 28.000 DM ausgestellt. Nach der Behauptung der Klägerin hatte dies der Beklagte veranlaßt, um eine widerrechtliche Entnahme in Höhe von 9.400 DM zu vertuschen.

3. Im Herbst 1962 verpfändete der mit dem Beklagten befreundete Kaufmann K[REDACTED] der Klägerin eine Sammlung von 123 Bildern, die er in Schweden erworben hatte und wieder zu verkaufen beabsichtigte. Nachdem K[REDACTED] in Untersuchungshaft gekommen war, wickelte der Beklagte für ihn das Geschäft weiter ab. 21 der beliebigen Bilder buchte er formal als eingelöst aus und belieh sie unter gleichem Datum buchmäßig mit höheren Darlehen; der Mehrbetrag belief sich auf insgesamt 39.417,30 DM. Bei dem späteren Verkauf der Bilder für Kuhlmann erzielte der Beklagte einen Erlös von 300.000 DM. Die Klägerin hat vorgetragen, ihr hätten 50 % des Gewinns aus diesem Geschäft zugestanden. Einen erheblichen Teil ihres Gewinnanteils, darunter den fälschlich als zusätzliches Pfanddarlehen gebuchten Betrag von 39.417,30 DM, habe der Beklagte in die eigene Tasche gesteckt.

4. Von dem Gewinn aus dem K[REDACTED]-Geschäft, so hat die Klägerin weiter vorgetragen, habe der Beklagte 45.000 DM zur "Einlösung" zweier in Wirklichkeit nicht vorhandener Pfänder verwendet, um zu verbergen, daß er die angeblich auf diese fiktiven Pfänder gegebenen Darlehensbeträge selbst eingesteckt habe.

5. Schließlich hat die Klägerin dem Beklagten vorgeworfen, er habe Briefmarken in erheblicher Menge unterschlagen.

Der Beklagte hat mit seinem Antrag auf Klagabweisung bestritten, Vermögenswerte der Klägerin widerrechtlich an sich gebracht zu haben. Er hat behauptet, die Art und Weise, wie er An- und Verkäufe buchmäßig als Pfandgeschäfte behandelt und abgewickelt habe, sei bei der Klägerin üblich gewesen und von seinen Mitgesellschaftern gebilligt worden. Alle Gesellschafter hätten im gegenseitigen Einvernehmen unverbuchte und unversteuerte Gewinne in Höhe von insgesamt mindestens 170.000 DM entnommen; bis zu einem Betrag von 79.000 DM sind diese Schwarzentnahmen unbestritten. Von dem nach Abzug der verbuchten Provision von 15.400 DM verbleibenden Gewinn aus dem Bilder-Geschäft mit B., so hat der Beklagte weiter vorgetragen, habe er teils neue Wertgegenstände gekauft, teils "Eigenpfänder" (d. h. von der Klägerin zu Eigentum erworbene angebliche Pfandstücke) buchtechnisch aufgelöst und die Verluste aus schlechten Pfändern ausgeglichen; dieses ebenfalls allgemein und im Einverständnis aller Gesellschafter gebräuchliche Verfahren sei steuerlich vorteilhafter gewesen als wenn einerseits die Verluste, andererseits der volle Gewinn aus dem Verkauf der "Eigenpfänder" in den Büchern ausgewiesen worden wären. Die Erhöhung der angeblichen Pfandsumme für den Brillantring gehe auf einen Gesellschafterbeschuß zurück. Die entsprechende Anweisung habe nicht er, sondern der ebenfalls in der Geschäftsführung tätige Kommanditist W. gegeben. Ebenso entspreche die buchmäßige Erhöhung der an K. gegebenen Pfanddarlehen der bei der Klägerin geübten Praxis; sie sei

17

durch Kosten, Zinsen und sonstige Forderungen gedeckt gewesen und jedenfalls nicht zum Nachteil der Klägerin erfolgt. Bei den mit insgesamt 45.000 DM "eingelösten" beiden Pfandscheinen habe es sich um zwei tatsächlich vorhandene Gemälde gehandelt, die W[REDACTED] in Schweden gekauft und an B[REDACTED] weiterverkauft habe.

Das Landgericht hat die Klage unter Aufhebung eines zunächst ergangenen Vollstreckungsbefehls abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Beklagte in der Zeit von 1962 bis zu seiner Verhaftung im Dezember 1964 das gesamte Pfandleih- und Briefmarkengeschäft der Klägerin selbständig und verantwortlich geführt und das Vermögen der Klägerin sich in dieser Zeit auf eine nicht mehr aufzuklärende Weise um annähernd 300.000 DM vermindert habe. Für diesen Vermögensschwund, so meint das Berufungsgericht, sei der Beklagte haftbar. Selbst wenn man zu seinen Gunsten unterstelle, die anderen Gesellschafter seien damit einverstanden gewesen, daß der An- und Verkauf von Gemälden und anderen Wertgegenständen in den Büchern als Pfandgeschäfte behandelt und die Gewinne hieraus unverbucht und unversteuert verteilt worden seien, habe er seine Pflicht, die Interessen der Klägerin und seiner Mitgesellschafter mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu wahren, durch die Art

und Weise seiner Buchführung vorsätzlich verletzt. Anstatt nämlich als "Darlehen" für die sogenannten "Eigenpfänder", d. h. für die in Wirklichkeit angekauften und nicht nur beliehenen Objekte, die für ihren Erwerb tatsächlich aufgewandten Beträge einzusetzen und bei einem Weiterverkauf alsdann das angebliche Darlehen mit Kosten und Zinsen aus dem Verkaufspreis "einzulösen", habe der Beklagte unstreitig in mehreren Fällen als "Darlehen" erheblich höhere Beträge als den tatsächlichen Einstandpreis - bei dem Bilderverkauf an B. [REDACTED] im August 1964 den vollen Verkaufspreis - verbucht und auf den Pfandscheinen eingetragen und diese "Darlehen" zum Teil noch willkürlich erhöht. Außerdem habe er es unterlassen, auf den Pfandscheinen vermerkte Zahlungseingänge zu buchen. Auf solche Weise habe der Beklagte seine Mitgesellschafter getäuscht und sich die Möglichkeit verschafft, unkontrolliert über erhebliche Vermögenswerte der Klägerin zu verfügen. Durch sein höchst auffälliges und pflichtwidriges Verhalten habe er den nicht ausgeräumten Verdacht unzulässiger Vermögensverfügungen zum Nachteil der Klägerin auf sich gelenkt.

In diesen Ausführungen sieht die Revision zutreffend einen Widerspruch. Wenn der Beklagte, wie das Berufungsgericht unterstellt, mit Wissen und Willen der anderen Gesellschafter die Erlöse aus An- und Verkaufsgeschäften durch vorgeschobene Pfandbuchungen verschleierte, um Steuern zu hinterziehen, so entthob ihn dies zwar entgegen der Auffassung der Revision nicht jeder Sorgfaltspflicht im Verhältnis zur Klägerin und seinen Mitgesellschaftern, deren Vermögensinteressen ihm als Geschäftsführer anvertraut waren. Ihm kann aber nicht vorgeworfen werden, er habe diese Interessen

gerade durch Falschbuchungen verletzt, wenn und soweit er damit nur ein gemeinsames - sei es auch gesetzwidriges - Vorhaben der Gesellschafter verwirklicht hat. Sollten Gewinne unverbucht und unversteuert ausgeschüttet werden, so konnten die Geschäftsbücher nicht andererseits die zugrundeliegenden Vorgänge richtig und vollständig wiedergeben. Vielmehr durften die Geschäfte entweder überhaupt nicht in den Büchern und den sonstigen, einer behördlichen Kontrolle zugänglichen Unterlagen erscheinen, oder es mußte der Einkaufspreis zu hoch oder der Verkaufspreis zu niedrig verbucht werden.

Tatsächlich wurde nach der Darstellung des Beklagten bei einer Reihe von Geschäften so verfahren, daß gegen Pfandschein hereingenommene Gegenstände, z. B. Gemälde, die der "Verpfänder" nicht eingelöst hatte oder von vornherein nicht hatte einlösen wollen und deren Wert höher war als das für sie gegebene "Darlehen", ausgebucht und - mitunter in mehreren Etappen - mit dem wertentsprechenden (in Wirklichkeit nicht gezahlten) höheren Betrag neu "in Pfand genommen" wurden; wurde ein solches "Eigenpfand" dann zu diesem Betrag verkauft, so war der Teil des Gewinns, der aus der Differenz zwischen dem ursprünglich vermerkten "Darlehensbetrag" zuzüglich Zinsen und Kosten und dem Verkaufspreis bestand, weder aus den Büchern noch aus den Pfandscheinen ersichtlich.

Es mag sein, daß ein anderer Sinn dieses umständlichen Verfahrens, als unerlaubte Entnahmen vor den übrigen Gesellschaftern zu verbergen, nicht ohne weiteres einleuchtet, und daß es, wie das Berufungsgericht meint, auf erste Sicht nähergelegen hätte, das angebliche

Pfand einfach mit der ursprünglich vermerkten "Pfandsumme" als eingelöst auszubuchen und danach den tatsächlich aus eigenen Mitteln erworbenen, buchmäßig nicht mehr erfaßten Gegenstand "schwarz" zu verkaufen, wenn lediglich die Absicht einer Steuerhinterziehung bestanden hätte. Aber auch in diesem Fall wären die in Wirklichkeit erzielten Gewinne nicht aus den Büchern hervorgegangen und deshalb einer Kontrolle durch die anderen Gesellschafter jedenfalls insoweit entzogen gewesen, als diesen die Höhe des Verkaufserlöses unbekannt blieb. Zudem hat der Beklagte nicht nur dargelegt, welche Vorteile er sich von dem geschilderten Verfahren für die Klägerin versprochen habe, er hat darüber hinaus auch unter Anführung von Einzelfällen vorgetragen, alle Gesellschafter hätten diese Handhabung gebilligt (Schriftsätze vom 28.6.1965 S. 4 ff; vom 8.3.1966 S. 17 ff, 21 ff; vom 19.6.1967 S. 24 ff). Auf diesen Vortrag ist das Berufungsgericht nicht näher eingegangen. Sollte er zutreffen, so könnte die Klägerin den Beklagten jedenfalls nicht schon deshalb wegen schuldhaft pflichtwidriger Schädigung in Anspruch nehmen, weil er durch die Verbuchung fingierter Darlehensbeträge Unklarheit geschaffen habe.

II. Unabhängig hiervon wäre freilich die Klage in jedem Fall begründet, wenn im Vermögen der Klägerin ein Fehlbestand festzustellen und der Beklagte als Geschäftsführer dafür verantwortlich zu machen wäre. Das nimmt das Berufungsgericht an.

Hierbei stützt es sich zunächst auf die Ausführungen des Wirtschaftsprüfers Dr. G. [REDACTED], der als sachverständiger Zeuge über das Ergebnis seiner im Ermittlungs-

verfahren gegen den Beklagten durchgeführten Untersuchungen ausgesagt hat. Danach seien auf einer größeren Anzahl von Pfandscheinen Darlehensrückzahlungen in Höhe von insgesamt 277.373,75 DM vermerkt, deren Eingang in den Büchern nicht erfaßt sei. Dieser Fehlbestand erhöhe sich durch Darlehensbeträge, die auf den Konten der Klägerin geführt, für die aber keine Pfandscheine vorhanden gewesen seien, auf 282.950,75 DM. Ferner hätten Pfänder für Darlehensforderungen, die sich aus noch vorhandenen Pfandscheinen ergeben hätten, im Gesamtbetrag von 133.301,40 DM gefehlt. Der hiernach von Dr. Gerling ermittelte Gesamtfehlbetrag von über 400.000 DM, so meint das Berufungsgericht, vermindere sich zwar um einen als angebliches Darlehen verbuchten Betrag von 120.000 DM, für den Pfandscheine, aber keine Pfänder vorhanden gewesen seien, weil Dr. G. nicht erkannt habe, daß es sich hierbei um eine in gleicher Höhe durch Wechseleinlösung geleistete Kaufpreiszahlung des Kunsthändlers B. gehandelt habe. Aber auch nach Abzug dieses Betrages bleibe noch ein ungeklärter Vermögensschwund, der die Klageforderung erheblich übersteige.

Auch diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Die Feststellungen Dr. G. stützen sich auf Buchungen und Buchungsbelege, die bei der Klägerin vorgefunden wurden. Sie könnten daher nur dann als maßgeblich angesehen werden, wenn davon auszugehen wäre, daß die Buchführung der Klägerin ein richtiges und vollständiges Bild von allen im Betrieb anfallenden Geschäftsvorgängen vermittelt. Das ist aber unstreitig zum großen Teil nicht der Fall. So sind, wie schon erwähnt, nicht nur bei dem Bildergeschäft mit B., sondern auch in

anderen Fällen, und zwar nach der Behauptung des Beklagten mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter, Pfandscheine ausgestellt und Darlehenszahlungen verbucht worden, obwohl weder ein Pfand hereingenommen noch ein Darlehen in der vermerkten Höhe ausgegeben, vielmehr in Wahrheit ein Kaufvertrag abgeschlossen worden war. In solchen Fällen bietet der Umstand, daß für die angeblichen Darlehensforderungen keine entsprechenden Pfänder verzeichnet waren, keine Grundlage für die Ermittlung eines Fehlbetrags im Vermögen der Klägerin; ein solcher ließe sich allenfalls aus einer etwaigen Differenz zwischen dem verbuchten Darlehen und dem wirklich aufgewandten Kaufpreis errechnen. Ebenso kann die Tatsache, daß angebliche Darlehensrückzahlungen, die auf Pfandscheinen vermerkt sind, nicht auch als Zahlungseingänge in den Büchern erscheinen, kein Ausgangspunkt für die Feststellung eines Fehlbestandes sein, wenn und soweit es sich um den Ankauf nur scheinbar zum Pfand genommener Gegenstände aus eigenen Mitteln gehandelt hat und in Gestalt dieser Gegenstände ein entsprechender - buchmäßig an anderer Stelle oder überhaupt nicht erfaßter - Vermögenszuwachs vorhanden war.

2. Darüber hinaus weist die Revision zutreffend darauf hin, daß der Beklagte in seinen Schriftsätzen vom 7. Februar und 16. April 1968 zu den gutachtlichen Äußerungen Dr. G. [REDACTED] eingehend Stellung genommen und unter Anführung von Einzelheiten, insbesondere über die buchmäßige Behandlung der von der Klägerin übernommenen "Eigenpfänder" und das Vorhandensein nicht gebuchter, nur durch eine körperliche Bestandsaufnahme zu erfassender Wertgegenstände, dargelegt hat, warum die von Dr. G. [REDACTED] ausgewerteten Unterlagen die daraus

gezogenen Schlüsse nicht rechtfertigen könnten. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war dieses Vorbringen erheblich. Denn den Feststellungen Dr. G. über einen Fehlbetrag im Vermögen der Klägerin wäre sowohl bei Unrichtigkeit der hierbei ausgewerteten Unterlagen als auch dann der Boden entzogen, wenn der angenommene Fehlbestand durch nicht berücksichtigte Werte wieder ausgeglichen würde.

3. Es kann hiernach offenbleiben, ob einer Berücksichtigung dieser Feststellungen zu Lasten des Beklagten schließlich auch deshalb Bedenken entgegenstanden, weil sie sich auf beschlagnahmte Unterlagen gründen, die dem in Untersuchungshaft befindlichen Beklagten zum Teil nicht zugänglich waren. Ebenso kann auf sich beruhen, ob der Umstand, daß der Kläger seine Teilklage auf einzelne, in bestimmter Reihenfolge geltend gemachte Tatbestände gestützt hat, das Berufungsgericht daran hinderte, pauschal einen "die Klageforderung erheblich übersteigenden Vermögensschwund der Klägerin" festzustellen (vgl. BGH LM ZPO § 253 Nr. 7).

III. Das Berufungsgericht sieht seine Feststellung, das Vermögen der Klägerin habe sich während der Geschäftsführung des Beklagten auf eine nicht zu klärende Weise um erheblich mehr als 70.000 DM vermindert, weiterhin durch drei unstreitige Vorgänge als bestätigt an.

Aus dem Verkauf von vier Gemälden an Beckers zum Preise von 120.000 DM hat die Klägerin nach den eigenen Angaben des Beklagten einen Gewinn von mindestens 75.500 DM erzielt, wovon 60.000 DM nicht verbucht wurden. Ferner wurde für einen laut Pfandschein ursprünglich mit

18.600 DM beliehenen Brillantring unter dem 6. Januar 1964 ein neuer Pfandschein über 28.000 DM ausgestellt, ohne daß der Erhöhungsbetrag von 9.400 DM tatsächlich an einen Verpfänder ausgezahlt wurde. Endlich hat der vom Beklagten durchgeführte Verkauf von Bildern, die der Kaufmann K. zuvor an die Klägerin verpfändet hatte, einen hohen Gewinn ergeben, der zwischen K. und der Klägerin geteilt wurde. Dieser Gewinn ist nicht in den Büchern der Klägerin ausgewiesen.

Das Berufungsgericht meint, da sich nicht klären lasse, wo die unverbuchten Überschüsse aus diesen Geschäften geblieben seien, müsse nach der Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, daß der Beklagte sie sich angeeignet oder sie Dritten zugewandt habe. Es habe dem Beklagten obgelegen, diesen Verdacht auszuräumen. Dazu hätte er im einzelnen vortragen und beweisen müssen, wo die betreffenden Vermögenswerte geblieben seien. Das sei ihm nicht gelungen. Die Schwarzentnahmen der Gesellschafter, die in Höhe von 79.000 DM unstreitig, darüber hinaus aber nicht bewiesen seien, könnten allenfalls einen kleinen Teil des festgestellten Vermögensverlustes erklären. Im übrigen seien die Behauptungen des Beklagten über die Verwendung der von der Klägerin vermißten Beträge unsubstantiiert, unklar und infolgedessen nicht geeignet, den Verdacht unrechtmäßiger Verfügung über Vermögenswerte der Klägerin in einer die Klageforderung übersteigenden Höhe zu entkräften.

Auch diese Begründung trägt das Berufungsurteil nicht.

1. Die Klägerin ist für ihre Behauptung, der Beklagte habe sie pflichtwidrig um mindestens 70.000 DM geschädigt, beweispflichtig. Die Tatsache, daß der Beklagte gewinnbringende Geschäfte nicht ordnungsmäßig verbucht hat, kehrt selbst insoweit, als er hierbei eigenmächtig gehandelt haben sollte, die Beweislast nicht um, sondern ist allenfalls als Indiz gegen ihn frei zu würdigen (BGH WM 1958, 1391, 1393). Damit war der Beklagte freilich nicht der Aufgabe enthoben, über Vorgänge, die in seinen Verantwortungsbereich als Geschäftsführer fielen und über die infolgedessen er allein ausreichend unterrichtet sein kann, Aufschluß zu geben. Dies gilt grundsätzlich auch insoweit, als Geschäfte, die der Beklagte für die Klägerin durchgeführt oder abgewickelt hat, mit Billigung aller Gesellschafter nicht durch die Bücher gelaufen oder unrichtig verbucht worden sind. Denn nur beim Beklagten ist allgemein das Wissen vorauszusetzen, was mit dem Erlös aus solchen Geschäften tatsächlich geschehen ist. Ihm muß daher auch zugemutet werden, über den Verbleib solcher Vermögensposten, die unstreitig oder nachweisbar während seiner Tätigkeit als Geschäftsführer vorhanden gewesen, jetzt aber nicht mehr feststellbar sind, auf Vorhalt Auskunft zu geben.

Soweit sich hieraus eine gewisse Darlegungspflicht des Beklagten ergibt, dürfen die Anforderungen an sie aber unter den hier gegebenen Umständen, vor allem angesichts der unbestrittenen Schwarzentnahmen aller Gesellschafter, nicht überspannt werden. Eine solche Überspannung könnte es bedeuten, wenn vom Beklagten verlangt würde, er solle den Verbleib auch solcher Beträge, die "schwarz" vereinnahmt und somit nicht in den Büchern

festgehalten oder die durch Falschbuchungen verschlei-
ert worden sind, auf Heller und Pfennig belegen. Dies
gilt jedenfalls für den Fall, daß die Behauptung des
Beklagten zutreffen sollte, seine Mitgesellschafter
seien mit der Art und Weise seiner "Buchführung" im
gemeinsamen Interesse einverstanden gewesen. Denn Unklar-
heiten, die mit dem Willen und im Interesse aller Gesell-
schafter geschaffen wurden, können nicht ausschließlich
zu Lasten des Beklagten gehen. Hierbei ist überdies zu
berücksichtigen, daß die Rechtsverteidigung des Beklag-
ten durch seine Untersuchungshaft und die Beschlagnahme
von Geschäftsunterlagen möglicherweise erschwert gewe-
sen ist. Unter diesen Umständen könnte der Beklagte
seiner Darlegungspflicht schon dann genügt haben, wenn
sich feststellen ließe, daß Geldmittel in einem Umfang,
der etwa im Rahmen der von der Klägerin geltend gemach-
ten Fehlbeträge liegt, unverbucht im Interesse der Klä-
gerin und ihrer Gesellschafter verwendet worden sind.

2. Soweit das Berufungsgericht die in Höhe von
79.000 DM unstreitigen Schwarzentnahmen der Gesell-
schafter deshalb für unerheblich hält, weil sie aus den
Geschäftsunterlagen nicht ersichtlich seien und deshalb
gerade die Verluste, die Dr. G. [REDACTED] an Hand dieser
Unterlagen festgestellt hat, nicht erklären könnten,
setzt es wiederum voraus, daß sich ein etwaiger Fehl-
bestand im Vermögen der Klägerin durch einen Vergleich
insbesondere der Pfandscheineintragungen mit den Zah-
lungskonten zutreffend errechnen lasse. Das kann aber
nach dem bisherigen Sach- und Streitstand nicht angenom-
men werden, wie zu II. ausgeführt wurde.

3. Was den (unverbuchten) Gewinn aus den Bilder-
verkäufen an B[REDACTED] betrifft, so meint das Berufungs-
gericht zu der Behauptung des Beklagten, er habe diesen
Gewinn teilweise dazu verwandt, die bei einzelnen
Pfandgeschäften entstandenen Verluste auszugleichen,
es sei kein Grund dafür ersichtlich, im normalen Pfand-
geschäft entstandene Verluste nicht in den Büchern
erscheinen zu lassen; dafür, daß beim Verkauf sogenann-
ter "Eigenpfänder" Verluste entstanden seien, habe der
Beklagte nicht einen Fall anzuführen vermocht. Wie die
Revision mit Recht rügt, hat das Berufungsgericht hier-
bei tatsächliches Vorbringen des Beklagten nicht gewür-
digt. So hatte der Beklagte schon im ersten Rechtszug
vorgetragen, die Verluste aus Pfandgeschäften seien
grundsätzlich nicht ausgewiesen, sondern mit (ebenfalls
nicht ausgewiesenen) Gewinnen verrechnet worden, weil
dies nach Ansicht sämtlicher Gesellschafter steuerlich
günstiger gewesen sei (Schriftsatz vom 22.12.1965
S. 12/13; vgl. auch Schriftsätze vom 20.10.1965 S. 13 ff
und vom 31.5.1966 S. 12/13). Diese Begründung mag dem
Berufungsgericht nicht eingeleuchtet haben. Das hätte
aber näher ausgeführt werden müssen und räumt im übr-
igen nicht die unter Beweis gestellte Behauptung des
Beklagten aus, daß tatsächlich in der geschilderten
Weise verfahren worden sei.

4. Für ebenfalls unzureichend hält das Berufungs-
gericht den Vortrag des Beklagten über Wertstücke, die
aus den von der Klägerin vermißten Beträgen für sie er-
worben und wiederum nicht in den Büchern erfaßt worden
seien. Abgesehen von Gegenständen aus dem Bestand der
Klägerin, mit denen der Gesellschafter W[REDACTED] seinen
Bungalow ausgestattet haben soll und deren Wert nach den

eigenen Angaben des Beklagten bei der Höhe der dann noch immer verbleibenden Vermögensminderung nicht entscheidend ins Gewicht fallen könne, habe der Beklagte nicht dargelegt, wo sich weitere, von Dr. G. nicht ermittelte Vermögenswerte der Klägerin befinden sollten. Auch hierzu verweist die Revision zutreffend auf nicht berücksichtigtes Vorbringen des Beklagten über wertvolle Gemälde und sonstige, für die Klägerin erworbene und in ihren Büchern nicht ausgewiesene Wertsachen, von denen die Klägerin einige an ihre Gesellschafter oder Angestellte, andere, zum Teil erst nach der Verhaftung des Beklagten, Dritten verkauft oder zum Verkauf angeboten haben soll (Schriftsätze vom 3.6.1965 S. 9/10; vom 28.6.1965 S. 13 ff, 17; vom 20.10.1965 S. 30; vom 22.12.1965 S. 16; vom 11.3.1966 S. 7; vom 19.6.1967 S. 46, 74; vom 7.2.1968 S. 28; vom 8.3.1968 S. 3).

5. Zu dem Betrag von 9.400 DM, mit dem laut Pfandschein ein Brillantring zusätzlich beliehen sein sollte, der aber in Wirklichkeit nicht ausgezahlt worden ist, hat sich der Beklagte im Schriftsatz vom 19. Juni 1967 (S. 24 ff) in schlüssiger Weise geäußert. Auch hierauf ist das Berufungsgericht nicht eingegangen.

6. Desgleichen hat das Berufungsgericht bei seiner zu Lasten des Beklagten verwerteten Annahme, der Verbleib des Gewinns aus dem K. -Geschäft sei bis auf 45.000 DM, die der Klägerin letztlich ebenfalls nicht zugute gekommen seien, ungeklärt, nicht nur eingehenden Tatsachenvortrag des Beklagten ungewürdigt gelassen (vgl. insbesondere die Schriftsätze vom

19.6.1967 S. 54 ff, 60 ff und vom 7.2.1968 S. 10 ff), wie die Revision zutreffend rügt, sondern darüber hinaus auch nicht berücksichtigt, daß die Klägerin selbst eingeräumt hat, einen Teil des Gewinns aus diesem Geschäft erhalten zu haben (Schriftsätze vom 26.1.1968 S. 6 und vom 13.3.1968 S. 9).

IV. Es bedarf hiernach einer weiteren Klärung und erneuten Würdigung des Sachverhalts. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Sollte das Berufungsgericht wiederum zu dem Ergebnis kommen, der Beklagte schulde der Klägerin Schadenersatz, so wird es unter Beachtung der Grundsätze, die der Senat zuletzt in seinem ebenfalls am 12. November 1970 verkündeten Urteil in Sachen Pelzer KG ./ Wolf (II ZR 23/69 = 6 U 103/68 OLG Düsseldorf) dargelegt hat, weiterhin zu prüfen haben, ob die besonderen Voraussetzungen gegeben sind, unter denen wegen eines solchen Anspruchs ausnahmsweise schon vor Aufstellung einer endgültigen Auseinandersetzungsrechnung auf Leistung geklagt werden kann,

oder ob die Klägerin zur Zeit nur die Feststellung
des Anspruchs verlangen kann.

Liesecke Dr.Schulze Fleck Dr.Bauer Dr.Kellermann