

GenG § 34 Abs. 2

Zieht die Genossenschaft ein Vorstandsmitglied zur Verantwortung, so hat sie zu beweisen, daß dieses Vorstandsmitglied seine Obliegenheiten verletzt und sie hierdurch Schaden erlitten hat; sie hat auch die Beweislast für die Höhe des Schadens und die für die Schadenshöhe maßgebenden Faktoren. Das in Anspruch genommene Vorstandsmitglied hat dagegen zu beweisen, daß es seiner Sorgfaltspflicht genügt hat oder daß ihm die Erfüllung dieser Pflicht unmöglich war.

BGH, Urt. v. 15. Oktober 1962 - II ZR 194/61

OLG Hamm
LG Siegen

Verkündet

am 15. Oktober 1962

Schwingen, Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Geschäftsführers a. D. Peter B [REDACTED] in S [REDACTED],
G [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

die E [REDACTED]-Wohnungsgenossenschaft Sü [REDACTED] eGmbH
in S [REDACTED], Ti [REDACTED]straße, vertreten durch den Vorstand
nämlich 1. den Inspektor Erich M [REDACTED], S [REDACTED],
Am Ba [REDACTED] [REDACTED],

2. den Inspektor Albrecht Bö [REDACTED], S [REDACTED],
Ha [REDACTED] Straße,

3. den Obersekretär Wilhelm Sch [REDACTED], S [REDACTED],
Ha [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 15. Oktober 1962 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter Dr. Kuhn, Liesecke, Dr. Reinicke und Dr. Bukow

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm (Westf) vom 26. Mai 1961 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war geschäftsführendes Vorstandsmitglied der klagenden Genossenschaft. Die Klägerin wirft ihm vor, er habe seine Obliegenheiten verletzt und sie erheblich geschädigt. Von ihrem Gesamtschaden verlangt sie mit der Klage einen Teilbetrag von 60.000 DM.

Der Beklagte ist durch rechtskräftig gewordenes Teilurteil zur Zahlung von 6.153,34 DM verurteilt worden. Durch einen Vergleich hat er sich zur Zahlung weiterer 1.000 DM verpflichtet, während die Klägerin auf den Klageanspruch in Höhe von 2.697 DM verzichtet hat. Gestritten wird noch über den danach von der Klageforderung verbleibenden Betrag von 50.149,66 DM. Insoweit dreht sich der Streit um zwei Punkte:

1. Die Klägerin hat sich mit Billigung der Bundesbahn von einer Schreinerkolonne des Eisenbahnausbesserungswerks in S. Fenster und Türen fertigen lassen. Die Kolonne stand unter der Aufsicht des Oberwerkmeisters T. Der Beklagte hat sich für diese Arbeiten von dem Kassierer der Klägerin insgesamt 10.957 DM geben lassen. Die Klägerin behauptet, er habe hiervon nur 7.599,23 DM weitergegeben und sich die Differenz von 3.357,77 DM in die eigene Tasche gesteckt. Sie begründet die Klageforderung in erster Linie mit einem Teilbetrag von 3.300 DM hiervon.

2. Die Klägerin führte in eigener Regie Bauten durch in ihren Diensten stehende Bauarbeiter aus. Die Arbeiten leitete der von ihr angestellte Polier H. Nach der Währungsumstellung wurde H., der nicht Meister war, für Arbeiten zugunsten der Klägerin als selbständiger Unternehmer beschränkt zugelassen. In den Jahren 1948 - 1950 beschäftigte die Klägerin H. als selbständigen Unternehmer. Sie behauptet, dieser Wandel habe ihr nur höhere Kosten gemacht,



in der Arbeitsweise von H. [REDACTED] habe sich jedoch nichts geändert. Nach wie vor seien die Bauarbeiten im Stundenlohn durchgeführt worden. Wie zuvor habe sie auch die Arbeitsgeräte und das Baumaterial beschafft. H. [REDACTED] habe lediglich die Stundenlohnzettel ausgefüllt, er habe nicht die geringste kaufmännische Erfahrung besessen, seine Buchführung habe die Tochter des Beklagten erledigt, für das Büro habe der Beklagte ein Zimmer seiner Wohnung zur Verfügung gestellt, er habe die Steuerangelegenheiten des H. [REDACTED] erledigt und nach dessen Tode (2. Februar 1950) das Unternehmen noch bis Ende 1950 weitergeführt. Der Beklagte habe unter dem Namen H. [REDACTED] Rechnungen und Quittungen über höhere Beträge ausgestellt, als H. [REDACTED] zu beanspruchen gehabt und erhalten habe. Sachlich sei es auch gar nicht zu verantworten gewesen, H. [REDACTED] als selbständigen Unternehmer zu beschäftigen und ihm Unternehmerzuschläge auf bloße Lohnarbeiten zukommen zu lassen. Hierdurch sei ihr ein Schaden von mindestens 90.000 DM entstanden. Hiervon macht sie denjenigen Betrag geltend, der benötigt wird, um den Klageantrag in jedem Falle durchzusetzen.

Das Landgericht hat der Klage, soweit sie nicht bereits durch Teilurteil erledigt war, stattgegeben.

Das Berufungsgericht hat den eingangs erwähnten Vergleich berücksichtigt und die Berufung des Beklagten mit dieser Maßgabe zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Klagabweisungsantrag, soweit er nach dem Teilurteil und dem Vergleich noch in Streit steht, weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Nach § 34 Abs. 1 GenG haben die Mitglieder des Vorstandes einer Genossenschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Die Satzung der Klägerin (§ 21 Abs. 4) bestimmt, daß der Vorstand mit der Sorgfalt "eines ordentlichen und gewissenhaften" Geschäftsmannes zu handeln habe. Es braucht nicht entschieden zu werden, ob diese Satzungsbestimmung die Anforderungen an die Pflichterfüllung des Beklagten gegenüber § 34 Abs. 1 GenG verschärft und dies im Wege einer bloßen statutarischen Bestimmung geschehen könnte (bejaht von RG JW 1938, 2019). Denn gegenüber dem Beklagten ist schon der Vorwurf berechtigt, er habe nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes angewendet.

2. Vorstandsmitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften nach § 34 Abs. 2 GenG der Genossenschaft persönlich für den dadurch entstandenen Schaden. Kraft des Anstellungsverhältnisses sind sie ihrer Dienstherrin rechenschaftspflichtig. Im allgemeinen sind nur sie (und die anderen Verwaltungsträger) über diejenigen Vorgänge, die zu einer Schädigung der Genossenschaft geführt haben, unterrichtet. Deshalb ist in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt, daß die Genossenschaft für den Anspruch aus § 34 Abs. 2 GenG nur zu beweisen hat, daß ihr erlittener Schaden auf einem pflichtwidrigen Verhalten eines Vorstandsmitglieds beruht, während der in Anspruch Genommene zu beweisen hat, daß er seiner Sorgfaltspflicht genügt hat oder daß ihm die Erfüllung dieser Pflicht unmöglich war (RG JW 1936, 2313; 1937, 2657; 1938, 2019; DR 1939, 723 Nr. 23; 1939, 2164; Lang/Weidmüller, GenG § 34 Anm. 2; Meyer/Meulenbergh, GenG § 34 Anm. 3). Dasselbe gilt auch für die GmbH (RGZ 98, 98, 100) und nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 84 Abs. 2

Satz 2 AktG für die Aktiengesellschaft (RGZ 159, 211, 230 und das nicht veröffentlichte Urteil des Senats vom 23.2.19 - II ZR 192/54 -). Wenn die Satzung der Klägerin in § 22 bestimmt, Vorstandsmitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen und hierdurch die Genossenschaft geschädigt haben, haben nachzuweisen, daß sie die Sorgfalt eines ordentlichen (und gewissenhaften) Geschäftsmannes angewandt haben, so verlangt sie etwas, was ohnehin schon rechtens ist. Es stellt sich daher nicht die vom Beklagten aufgeworfene Frage, ob das Statut einer Genossenschaft eine solche Beweislastregel aufstellen kann.

3. Das Berufungsgericht nimmt an, der Beklagte habe seine Pflichten als geschäftsführendes Vorstandsmitglied in erheblichem Umfang verletzt, und führt hierzu eingangs der Entscheidungsgründe aus: Durch das Teilurteil des Landgerichts stehe fest, daß sich der Beklagte von mehreren Handwerkern und Lieferanten unausgefüllte Rechnungsformulare und Blankoquittungen habe geben lassen, daß er darin höhere Beträge als die den Gläubigern zustehenden eingesetzt habe und daß er sich die angesetzten Beträge vom Kassierer der Klägerin habe aushändigen lassen, ohne sie voll weiterzugeben. Unstreitig sei mindestens ein Teil dieser Gelder dem Beklagten zugeflossen. Anders als in dem vor der Strafkammer des Landgerichts in Siegen durchgeführten Strafverfahren habe er im vorliegenden Rechtsstreit nicht mehr versucht, darzutun, daß alle diese Beträge doch der Klägerin zugute gekommen seien und es sich bei den unrichtig ausgefüllten Rechnungen und Quittungen um bloße Buchungsmänöver gehandelt habe. Über die bereits abgeurteilten Verfehlungen sei nicht mehr zu entscheiden. Deshalb sei auch nicht mehr zu würdigen, ob man sie als Buchungsmänöver abtun könne. In den Fällen T. und H. habe der Beklagte mindestens dem äußeren Geschehen nach praktisch gleich oder doch sehr ähnlich gehandelt.

Die Revision sieht die Vorschrift des § 286 ZPO durch diese Ausführungen als verletzt an. Sie führt aus, das Berufungsgericht lege eine dem Beklagten feindliche Einstellung an den Tag und mache sie zum Hauptfundament seines Urteils, wenn es eine Würdigung der von der Straf-kammer und der vom Teilurteil beurteilten Vorgänge ablehne und auch nicht darauf eingehe, ob es sich um bloße Buchungs-manöver gehandelt habe, dann aber die Parallelität der Fälle annehme. Dieser Angriff beruht auf einem Mißverständ-nis. Mit der Gleichstellung der verschiedenen Vorgänge nimmt das Berufungsgericht nicht diejenige Bewertung vor, deren es sich für die bereits abgeurteilten Fälle gerade enthalten wollte, sondern es meint, sowohl diejenige Hand-lungsweise, die den Gegenstand des Teilurteils und der strafgerichtlichen Verurteilung bilde, wie das Verhalten des Beklagten in den Fällen T [REDACTED] und H [REDACTED] stellten Ob-liegenheitsverletzungen im Sinne des § 34 GenG dar, ohne daß es darauf ankomme, ob oder inwieweit die bereits abge-urteilten Vorgänge auch als strafbare Handlung zu qualifi-zieren seien und gerade eine Verurteilung zum Betrage des landgerichtlichen Urteils rechtfertigten.

II.

Im Falle T [REDACTED] macht das Berufungsgericht dem Be-klagten zum Vorwurf, er habe die beim Kassierer der Kläge-rin erhobenen Beträge nicht durchweg dem angegebenen Zweck zugeführt. Es sei nicht mehr aufzuklären, ob er mehr als 7.599,23 DM an T [REDACTED] weitergegeben habe. Er sei daher für die zu diesem Klagepunkt verlangten 3.300 DM verantwortlich.

Die Darlegungen des Berufungsurteils hierzu sind rechtlich nicht einwandfrei.

1. T [REDACTED] hat zwei Sammelquittungen über den Empfang von 10.957 DM ausgestellt, die eine unter dem 1. November 1949 über 4.525 DM - sie wird in den Akten zumeist fälschlich mit dem Datum der zur Quittung verwendeten Rechnung vom 22. Oktober 1949 bezeichnet -, die andere unter dem 25. Februar 1950 über 6.432 DM (Bl. 288 d. A. 2 Kls 15/54 StA Siegen). Das Berufungsgericht hält mindestens einen dieser beiden Belege für falsch, da der Beklagte selbst vorgetragen habe, die Arbeiter der Kolonne T [REDACTED] zum Teil auch unmittelbar entlohnt zu haben. Es hat sich jedoch nicht damit auseinandergesetzt, daß T [REDACTED], der nicht Gläubiger des Lohnanspruchs war, für die ganze Kolonne quittiert haben soll.

2. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß Thibus auch Einzelquittungen ausgestellt hat. Unstreitig hat der Beklagte diese Quittungen vernichtet. Das Berufungsgericht macht ihm dies zum Vorwurf. Es genügt jedoch nicht, den Beklagten eine Obliegenheitsverletzung nachzusagen, sondern es kommt darauf an, ob er der Klägerin Schaden zugefügt hat. Hatte die Kolonne T [REDACTED] insgesamt 10.957 DM zu beanspruchen und hat sie diesen Betrag erhalten, so kann sich die Vernichtung der Einzelquittungen nicht schädlich ausgewirkt und der Beklagte sich nicht bereichert haben. Durch die beiden Sammelquittungen wird bewiesen, daß T [REDACTED] erklärt hat, 10.957 DM für die Arbeiterkolonne empfangen zu haben (§ 416 ZPO). Solange diese Quittungen nicht einwandfrei entkräftet sind, streiten sie für den Beklagten.

3. Das Berufungsgericht nimmt an, der Kassierer der Klägerin (N [REDACTED]) habe Einzelquittungen des T [REDACTED] nicht erhalten. Damit, so meint es, sei die Behauptung des Beklagten widerlegt, auf diesen Quittungen hätten sich noch Leistungsangaben über von der Kolonne T [REDACTED] fertiggestellte Arbeiten befunden. Dieser Schluß ist unmöglich. Aus der

bloßen Tatsache, daß die Einzelquittungen nicht dem Kassierer der Klägerin übergeben worden sind, folgt nicht, daß sie keine Leistungsangaben über die Arbeiten der Kolonne enthalten haben. Wenn N. die Einzelquittungen nicht zu Gesicht bekommen hat, konnte er nichts darüber sagen, ob es sich um reine Zahlungsbescheinigungen oder um Quittungen mit Angaben über die Leistungen der Kolonne T. handelte. Der Zeuge hat das auch nicht ausgesagt.

4. Das im ersten Rechtszuge auf einen Teilbetrag mitverklagte Vorstandsmitglied W. hat bekundet, es habe die von T. unterschriebenen Einzelbelege geprüft und für richtig befunden. Das Berufungsgericht hält diese Angabe für nicht glaubwürdig, weil die Einzelquittungen des T. nie zur Kasse gelangt seien. Diese Überlegung trägt nicht, da sie nicht in Erwägung zieht, ob W. die Unterlagen zu Gesicht bekommen hat, ohne daß sie zur Kasse gegeben wurden.

5. Das Berufungsgericht wirft dem Beklagten vor, er habe nicht veranlaßt, daß die einzelnen Zahlungen an T. verbucht wurden, und so die einfachsten Grundsätze ordnungsmäßiger Kassenführung verletzt. Dieser Vorwurf ist berechtigt, aber er reicht zur Begründung des erhobenen Regreßanspruchs nicht aus, wenn dem Beklagten nicht nachgewiesen wird, daß er die Klägerin geschädigt hat.

6. Das Berufungsgericht scheint anzunehmen, daß der Beklagte selbst Quittungen über die für die Kolonne empfangenen Gelder ausgestellt und auch diese Quittungen vernichtet hat, nachdem er von T. die beiden Sammelquittungen erhalten hatte. Das wäre nur ein Vorwurf gegen den Beklagten mehr, aber er rechtfertigt, solange die Beweiskraft der beiden Sammelquittungen nicht einwandfrei ausgeräumt ist, nicht die Ansicht des Berufungsgerichts, es sei nicht mehr aufzuklären, ob der Beklagte die 10.957 DM voll weitergegeben hat.

Aus diesem Grunde ist die Verurteilung des Beklagten im Fall T [REDACTED] mit der gegebenen Begründung nicht zu halten.

Deshalb kommt es nicht erst auf die weiteren Angriffe der Revision an. Das gilt insbesondere davon, ob das Berufungsgericht die Vernehmung des T [REDACTED] aus dem Grunde ablehnen durfte, er habe zwei Herzinfarkte gehabt und fühle sich darum nicht mehr in der Lage, gerichtlich vernommen zu werden.

III.

Der Beklagte hat sich in der Zeit von Mitte 1948 bis 1951 für H [REDACTED] insgesamt 296.780,57 DM in bar auszahlen lassen.

1. Das Berufungsgericht wirft dem Beklagten vor, er habe seine Obliegenheiten dadurch verletzt, daß er sich Gelder dieser Höhe vom Kassierer in bar habe geben lassen, ohne den ordnungsmäßigen Nachweis sicherzustellen, daß H [REDACTED] die Beträge auch wirklich erhalten habe. Nach der für die Geschäftsführung des Vorstandes erlassenen Geschäftsanweisung seien die Zahlungen der Klägerin nach Möglichkeit bargeldlos zu leisten. Hiergegen habe der Beklagte verstoßen. Soweit Barzahlungen überhaupt hätten geleistet werden dürfen, habe der Beklagte durch das von ihm gewählte Verfahren in unzulässiger Weise in die Aufgaben des Kassierers eingegriffen. Wie in den bereits abgeurteilten Fällen und im Fall T [REDACTED] habe er sich von H [REDACTED] Blankorechnungsformulare geben lassen und diese selbst ausgefüllt. Er habe dadurch, daß er dem H [REDACTED] die Gelder bar auf der Baustelle aushändigte, die Möglichkeit für Differenzen eröffnet und Unsicherheit geschaffen. Seine Handlungsweise finde ihre Erklärung entweder darin, daß H [REDACTED] auf einen Teil der in

den Büchern der Klägerin als Zahlungen ausgewiesenen Beträge zugunsten des Beklagten verzichtet habe, oder darin, daß der Beklagte das Unternehmen H. kaufmännisch geführt habe und H. in Wirklichkeit Polier geblieben sei.

Die Revision hält eine Pflichtverletzung für nicht gegeben. Sie meint, das Berufungsgericht habe den Sinn der Geschäftsanweisung verkannt. Darin kann ihr jedoch nicht gefolgt werden.

§ 18 der Geschäftsanweisung bestimmt: "Es ist dafür zu sorgen, daß der Barbestand möglichst gering gehalten wird, verfügbare Gelder sind zinstragend anzulegen und Zahlungen möglichst im bargeldlosen Zahlungsverkehr zu erledigen" (Abs. 1). "Auszahlungen und Überweisungen dürfen nur auf Grund schriftlicher Zahlungsanweisung von zwei Vorstandsmitgliedern erfolgen" (Abs. 2).

Die Revision betrachtet nur den ersten Absatz und entnimmt ihm, er habe nur die Bedeutung, den Kassenbestand gering zu halten, um hierdurch Zinsverluste auszuschließen. Das Berufungsgericht zieht dagegen auch den zweiten Absatz in Betracht und nimmt an, der unbare Zahlungsverkehr biete eine größere Gewähr als Barzahlungen dafür, daß die Gelder ihrem Zweck auch wirklich zugeführt würden. In der Tat lassen sich von Überweisungen Beträge schwerer veruntreuen oder sonst abzweigen. Es läßt sich nicht von der Hand weisen, daß dies zu verhindern mit der Zweck der Geschäftsanweisung war. Hierfür spricht jedenfalls das Erfordernis der schriftlichen Zahlungsanweisung zweier Vorstandsmitglieder.

Im übrigen wertet das Berufungsgericht die Barzahlungen nicht schon als solche als Pflichtverletzung; es macht den Beklagten vielmehr zum Vorwurf, er habe mit den Barzahlungen eigensüchtige Zwecke verfolgt. Es nimmt an,

der Beklagte habe die Höhe der Rechnungen des "Unternehmens" H■■■■ bestimmt und sei den Weg der Barzahlung gegangen, um einen Teil davon für sich behalten zu können. Hierbei verwertet es die Einlassung des Beklagten in dem Strafverfahren, H■■■■ habe zu seinen, des Beklagten, Gunsten auf einen Teil der Rechnungsbeträge verzichtet, sowie die Tatsache, daß H■■■■ auf der Baustelle mit Barbeträgen, die auf die Rechnungen geleistet wurden, nicht viel anfangen konnte, sondern abgezähltes Geld für die Lohnzahlungen brauchte.

Das Berufungsgericht stützt sich auch darauf, daß H■■■■ von der Klägerin und dem Beklagten abhängig gewesen sei. Hiergegen wendet sich die Revision zu Unrecht. Die Selbständigkeit des H■■■■ stand und fiel mit den Aufträgen der Klägerin. Das zeigt die Tatsache der beschränkten Zulassung eindeutig. H■■■■ war, da die Führung der Geschäfte der Klägerin in der Hand des Beklagten lag, praktisch vom Beklagten abhängig. Er besaß keinerlei Geschäftserfahrung, der Beklagte betreute ihn. H■■■■ hatte - wenn auch vielleicht bloß unter dem Zwang der damaligen beschränkten Raumverhältnisse - als Büro einen Raum in der Wohnung des Beklagten inne. Eine weitere Verbindung ergab sich daraus, daß ihm die Tochter des Beklagten die Bücher führte. Wie eng diese Verbindung war, zeigt die Tatsache, daß diese Tochter die gesamten Geschäftsunterlagen von H■■■■ vernichtete, als es zur Einleitung des Strafverfahrens gegen den Beklagten kam. Im Hinblick auf die Betreuung des "Unternehmens" H■■■■ und die Abhängigkeit des H■■■■ mußte der Beklagte für eine getrennte Abrechnung der verschiedenen Rechtsverhältnisse und für die reinliche Scheidung der Forderungen aus den vielfältigen Beziehungen sorgen und Unterlagen hierfür sicherstellen. Das hat er nicht getan und damit eine Nachprüfung, ob er sich einwandfrei verhalten hat, unmöglich gemacht.

Darüber hinaus hat er sich dem Verdacht ausgesetzt, mindestens einen Teil der Beträge, die ihm H. überlassen hat, den Rechnungen zugeschlagen zu haben, um so selbst zu Geld zu kommen. Um diesen Verdacht zu entkräften, hat er behauptet, die ihm zugeflossenen Beträge seien ihm für die Gestellung einer Schreibmaschine und eines vollständig eingerichteten Zimmers als Büro, für die Dienstleistungen seiner Tochter und dafür gewährt worden, daß seine Frau dieses Zimmer saubergehalten habe. Alle diese Leistungen seien mit monatlich 250 DM bewertet worden, mehr habe er nicht erhalten. Das Berufungsgericht hat ihm das jedoch nicht abgenommen, weil er sich vor der Strafkammer dahin eingelassen hat, H. habe auf die Auszahlung "gewisser Beträge" der in den Büchern der Klägerin als Zahlungen an H. ausgewiesenen Gelder "verzichtet", und er mit dieser Ausdrucksweise nicht die Bezahlung des Zimmers und der Dienstleistungen von Frau und Tochter gemeint haben könne. Diese Folgerung unterliegt keinen rechtlichen Bedenken; sie stempelt die Einlassung des Beklagten zur Ausrede und verstärkt den gegen ihn sprechenden Verdacht.

Entgegen der Ansicht der Revision wird der Beklagte von diesem Verdacht nicht dadurch gereinigt, daß über den ganzen Betrag von 296.780,57 DM Empfangsbekanntnisse von H. vorliegen. Denn das Berufungsgericht spricht diesen Quittungen mit Recht die Beweiskraft des § 416 ZPO ab. Es folgert dies einmal daraus, daß sich der Beklagte von Lieferanten und Handwerkern, die von ihm nicht so abhängig waren wie H., Blankoquittungen geben ließ und sie zum Nachteil der Klägerin mißbraucht hat. Zum anderen habe der Beklagte vor der Strafkammer selbst angegeben, H. habe ihm einen Teil der Gelder überlassen. Und schließlich müsse sich der Beklagte entgegenhalten lassen, daß er gegenüber dem Finanzamt das Einkommen von H. mit 162.879,48 DM angegeben hat, während es nach den Quittungen 296.780,57 DM betragen haben müßte. Diese Würdigung ist möglich und ver-

letzt nicht die Vorschriften der §§ 368 BGB, 416, 440 Abs. 2 ZPO.

Das Berufungsgericht nimmt an, der Beklagte habe noch weitere Pflichtverletzungen begangen. Es macht dem Beklagten zum Vorwurf, daß der Regiebetrieb schon unmittelbar nach der Währungsreform aufgegeben und H. [REDACTED] schon damals zum Unternehmer gemacht worden ist. Jedenfalls sei es eine Pflichtverletzung, daß der Beklagte an dem Beschluß von Vorstand und Aufsichtsrat zustimmend mitgewirkt habe, die durch die Aufgabe des Regiebetriebes bedingte Verteuerung der Arbeiten in Kauf zu nehmen. Da H. [REDACTED] ohne eigenes Risiko gearbeitet habe, sei auch die Gewährung des üblichen Unternehmerzuschlages von 60 % eine Obliegenheitsverletzung gewesen. Die Betreuung von H. [REDACTED] sei wegen der Stellung des Beklagten bei der Klägerin pflichtwidrig gewesen, auf diese Weise sei die Gefahr der Pflichtenkollision heraufbeschworen worden. Das Berufungsgericht hat nicht geprüft, ob die Aufgabe des Regiebetriebes eine unternehmerische Entscheidung oder der Entschluß hierzu dadurch bedingt war, daß nur Instandsetzungen im Regiebetrieb vorgenommen werden dürften, während die Klägerin Neubauten errichten wollte. Selbst eine falsche kaufmännische Entscheidung ist noch keine pflichtwidrige Handlung.

2. Das Berufungsgericht nimmt zu Recht an, daß die Klägerin dadurch, daß der Beklagte keine Ordnung gehalten und sich bösem Verdacht ausgesetzt hat, Schaden erlitten hat. Dagegen sind seine Ausführungen zur Schadenshöhe rechtlich nicht einwandfrei.

Es spricht (BU S. 20) davon, der Beklagte habe der Klägerin einen Schaden von mehr als 50.000 DM zugefügt. Es stützt sich hierbei einmal darauf, daß der Beklagte das Einkommen von H. [REDACTED] für die Zeit der Selbständigkeit dem Finanzamt gegenüber auf 162.879,48 DM angegeben hat,

und zum anderen darauf, daß der Sachverständige Kr [REDACTED] die Gesamteinnahmen von H [REDACTED] auf 201.892,98 DM errechnet hat. Dieser Sachverständige hat die der Krankenkasse gemeldete Lohnsumme ermittelt und hierzu für H [REDACTED] den Lohn eines Poliers und zu der sich danach ergebenden Summe einen Unternehmerzuschlag von 1,6 % hinzugesetzt. Das Berufungsgericht meint, die Differenz beider Zahlen (162.879,48 DM und 201.892,98 DM) zu der Gesamtsumme der Rechnungen H [REDACTED] (296.780,57 DM) lasse für Ungenauigkeiten einen so breiten Spielraum, daß als Schaden der Klägerin in jedem Fall mehr als 50.000 DM angenommen werden könnten.

Das ist rechtlich nicht haltbar.

Das Berufungsgericht erwägt selbst, daß der Beklagte seine Angaben gegenüber dem Finanzamt so niedrig gehalten haben könnte, um der Witwe H [REDACTED] zu einer Steuerersparnis zu verhelfen, dies sei allerdings kaum anzunehmen, wenn er die Angaben lediglich aus Gefälligkeit gemacht habe. Das Berufungsgericht läßt dies jedoch offen, wie auch, ob sich die Angaben gegenüber dem Finanzamt daraus erklären, daß diejenigen Beträge, die der Beklagte abbekommen hat, bei H [REDACTED] nicht verbucht worden sind. Im weiteren meint das Berufungsgericht, alle Unklarheiten und Zweifel an der Richtigkeit der vom Beklagten abgegebenen Erklärungen gingen zu seinen Lasten. Damit legt das Berufungsgericht dem Beklagten die Beweislast für einen Umstand auf, den es bei der Schätzung des Schadens (§ 287 ZPO) verwertet. Das ist rechtsirrig. Das zur Verantwortung gezogene Vorstandsmitglied hat weder die Verursachung eines Schadens noch dessen Höhe noch die für die Schadenshöhe maßgebenden Faktoren, sondern nur zu beweisen, daß es alle Sorgfalt angewendet hat (vgl. Schilling in GroßKomm AktG § 84 Anm. 17). Sonst würde ein regreßpflichtiges Vorstandsmitglied für einen beliebig gegriffenen, möglicherweise übersetzten Betrag einzustehen haben, und das entspräche weder der in

§ 34 GenG noch der in § 84 AktG getroffenen Regelung.

Aber auch das Gutachten Kr [REDACTED] bietet keinen genügenden Anhaltspunkt für die vorgenommene Schadensschätzung. Das Berufungsgericht führt selbst aus, daß die Rechnung Kr [REDACTED] in einzelnen Punkten "unbrauchbar und lückenhaft" sei. Damit ist es zu vage, als daß es allein oder im Zusammenhalt mit den Finanzamtsangaben die Grundlage für eine Schätzung der Schadenshöhe abgeben könnte.

Feststeht, daß beim Beklagten im Zuge des Ermittlungsverfahrens 6.500 DM beschlagnahmt worden sind. Die Klägerin hat behauptet, der Beklagte habe im Jahre 1951 zum Bau des Hauses seiner Tochter einen Betrag von 25.000 DM beigesteuert für sein eigenes Haus 20.000 DM aufgewendet, für 5.000 DM Möbel angeschafft und mehrere tausend D-Mark auf Sparbüchern gehabt. Das Berufungsgericht hat nicht aufgeklärt, ob das zutrifft und wie der Beklagte, der Heimatvertriebener ist, in den Besitz so hoher Beträge gelangt ist. Es hätte damit vielleicht eine verlässlichere Grundlage für eine Schadensschätzung gewinnen können.

Im weiteren hat das Berufungsgericht seine Schadensschätzung darauf gestützt, es sei nicht ausgeschlossen, daß H [REDACTED] die Zahlungen der Klägerin in Höhe von mehr als 50.000 DM nicht erhalten habe, das könne jedoch offenbleiben, denn der Beklagte habe zu beweisen, daß die Klägerin keinen Schaden erlitten hat (BU S. 20 Mitte und unten). Damit ist deutlich, daß die Schadensschätzung des Berufungsgerichts auch insoweit von Rechtsirrtum über die Beweislast beeinflußt ist.

3. Bei seinen Ausführungen über die "weiteren" Pflichtwidrigkeiten des Beklagten spricht das Berufungsgericht mehrfach davon, der Schaden der Klägerin k ö n n e

mehr als 50.000 DM betragen (vgl. BU S. 24, 25 und 27). Die bloße Möglichkeit, daß die Klägerin durch die Aufgabe des Regiebetriebes, insoweit eine Pflichtwidrigkeit unterstellt, Schaden erlitten hat, reicht nicht zu einer Verurteilung des Beklagten in der von der Klägerin begehrten Höhe aus.

In diesem Zusammenhang sagt das Berufungsgericht, der Beklagte sei dem Klageantrag gemäß schon deshalb zu verurteilen, weil er nicht widerlegen könne, daß der Klägerin ein Schaden in der von ihr begehrten Höhe entstanden sei. Damit verkennt das Berufungsgericht wiederum die Beweislast.

Mindestens mißverständlich ist es, wenn das Berufungsgericht auf S. 31 seines Urteils ausführt, die dort behandelte Gegenrechnung des Beklagten sei nicht geeignet, "den Entlastungsbeweis zu führen, daß kein Schaden entstanden ist."

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben. Es ist zwar insoweit nicht zu beanstanden, als es sich über den Grund des Klageanspruchs zu dem Vorwurf verhält, der Beklagte habe keine Ordnung gehalten und sich bösem Verdacht ausgesetzt. Im übrigen aber, also soweit es den Klagegrund zu dem Vorwurf über die Aufgabe des Regiebetriebes und die Schadenshöhe betrifft, kann es keinen Bestand haben.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits hängt vom endgültigen Ausgang der Sache ab und war daher dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Dr. Nastelski

Dr. Kuhn

Liesecke

Dr. Reinicke

Dr. Bukow