

Verkündet am
16. April 1952
Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle.

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

In dem Rechtsstreit

des Adolf B [REDACTED], Helfer in Steuersachen, H [REDACTED]
[REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

den Schlosser Wilhelm H [REDACTED], H [REDACTED], P [REDACTED]
weg [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 16. April 1952 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Drost, Dr. Haidinger, Dr. Fi-
scher, Dr. Kuhn und Artl für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts
zu Hamburg vom 20. Juni 1951 wird auf Kosten des Be-
klagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte führte von Anfang 1946 bis Ende Februar 1949 als Helfer in Steuersachen die Geschäftsbücher des Klägers, soweit sie Steuer- und Geldwesen betrafen. Im Laufe der Zusammenarbeit entwickelte sich zwischen den Parteien ein enges Vertrauensverhältnis. Infolgedessen spielte sich der Geschäftsverkehr unter ihnen in lockeren Formen als sonst ab. Der Beklagte hatte die Geschäftsbücher und Unterlagen des Klägers ständig in seinem Büro. Weitere Unterlagen über Geschäftsvorfälle übersandte der Kläger dem Beklagten jeweils durch eine Person seines Betriebes. Der Beklagte errechnete die jeweils fälligen Steuerschulden und die an die AOK abzuführenden Beträge, sagte die so errechneten Summen dem Kläger telefonisch durch, holte die angekündigten Beträge ein oder zwei Tage später persönlich beim Kläger ab und leistete dann Zahlung an die Steuerkasse oder an die AOK. Anfang 1949 will der Kläger den Beklagten wiederholt vergeblich zur Herausgabe der Bücher aufgefordert haben. Es ist unstrittig, dass er am 25. März 1949 vom Beklagten die Geschäftsbücher und Unterlagen ausgeliefert erhalten hat, worauf der Kläger alsbald den Helfer in Steuersachen, Stamme, mit der Überprüfung des übergebenen Materials beauftragte.

Der Kläger macht geltend, dass der Beklagte durch mangelhafte zum Teil ganz unzureichende Buchführung ihm Schaden zugefügt habe, sodass er die Buchführung durch einen andern Sachverständigen auf eine neue Grundlage...

lage habe stellen lassen müssen. Der Beklagte habe zahlreiche Geschäftsvorfälle überhaupt nicht oder unrichtig verbucht. Daneben enthalte seine Buchführung eine Reihe von sogenannten "Luftbuchungen", denen keinerlei Geschäftsvorfälle zugrundegelegt hätten. Derartige Mängel und Luftbuchungen seien zurückgehend bis Mai 1947 festgestellt worden, für die vorhergehende Zeit habe die Nachprüfung als zwecklos aufgegeben werden müssen. Die ganze Buchführung des Beklagten sei vom Finanzamt verworfen worden und habe neu erstellt werden müssen.

Ferner habe sich herausgestellt, dass der Beklagte erheblich höhere Beträge jeweils angefordert und vom Kläger erhalten habe, als er für Steuern und Krankenkassenbeiträge abgeführt hätte. So habe er vom 21. Juni 1948 bis Ende Februar 1949 insgesamt 11.962,64 DM erhalten, während er an die Steuerkasse und AOK nur insgesamt 3.910,27 DM abgeführt habe, sodass er 8.092,37 DM mehr erhalten als für Rechnung des Klägers gezahlt habe. Hiervon rechnet der Kläger das mit dem Beklagten vereinbarte Zusatzhonorar für 6 Monate mit 35.- DM monatlich = 210.- DM ab, sodass er die Differenz mit 7.840,37 DM beansprucht. Ausserdem verlangt der Kläger für die Prüfung der Bücher und deren Neuaufstellung insgesamt 1.500.- DM sodass seine Gesamtforderung 9.342.- DM betrage.



Der Kläger behauptet, der Beklagte habe die von ihm zuviel gezahlten Gelder für sich behalten. Er habe sich durch die Anforderung höherer Steuerbeträge systematisch Nebeneinnahmen verschafft, wofür er insbesondere zwei Fälle vorbringt. Zur Verschleierung dieser Verfehlungen habe der Beklagte Buchungen unterlassen oder falsche Buchungen vorgenommen und dies getan, um beim Finanzamt die Verwerfung seiner Buchführung zu erreichen und eine genaue Buchführung zu verhindern. Der Beklagte habe damit gegen die Grundsätze eines ordentlichen Buchprüfers verstossen. Übrigens habe der Beklagte seit der Währungsreform auch für sich selbst keine Bücher mehr geführt, sodass er weder über Höhe noch Verbleib der ihm überlassenen Gelder sich ausweisen könne. Der Beklagte habe dem Kläger sogar verboten, ein Kassenbuch zu führen und ihn veranlasst, Belege zu zerreißen, auch habe er selbst verschiedene Belege vernichtet.

Der Kläger hat im ersten Rechtszuge beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 9.342.37 DM nebst 2 % Zinsen über dem Diskontsatz der Bank Deutscher Länder seit dem 26. März 1949 zu verurteilen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er bestreitet die Behauptungen des Klägers. Die Bücher des Klägers will er ordnungsmässig geführt haben; wenn diese jetzt nicht als vollständig und richtig anzusehen seien, so liege das daran, dass der Kläger die Buchungsunterlagen nur unvollständig vorgelegt habe. Daran habe der Kläger auch ein eigenes Interesse gehabt, weil er Schwarz-einnahmen nicht habe in Erscheinung treten lassen. So habe der Kläger jetzt erst eingeräumt, dass er dem Beklagten

mindestens 5.403.- DM verschwiegen habe, und es müsse mit der Verheimlichung weiterer erheblicher Beträge gerechnet werden.

Der Beklagte bestreitet, höhere Beträge erhalten zu haben als nach seinen Abrechnungen an Abgaben zu zahlen gewesen seien. Wenn einzelne Schecks nur zum Teil vom Finanzamt in Anspruch genommen seien, so habe er mit den Spitzenbeträgen andere Rechnungen für den Kläger gezahlt. Er gibt jedoch zu, dass er dem Kläger für die von ihm erhaltenen Beträge niemals Quittungen erteilt und dass er auch in seinen eigenen Büchern darüber keine Aufzeichnungen gemacht habe.

Das Landgericht hat nach Vernehmung von Zeugen beide Parteien gemäß § 448 ZPO vernommen. Es hat ein Gutachten des Sachverständigen Rohmer eingeholt und daraufhin weitere Zeugen sowie den Kläger nochmals als Partei vernommen und ihn beeidigt. Alsdann hat es den Beklagten zur Zahlung von 7.621,12 DM nebst Zinsen verurteilt, im übrigen die Klage abgewiesen und von den Kosten dem Kläger 1/5, dem Beklagten 4/5 auferlegt.

Bei der Feststellung des Gesamtbetrages der dem Beklagten vom Kläger gegebenen Gelder ist das Landgericht der eidlichen Aussage des Klägers gefolgt, die der Sachverständige aufgrund einer Reihe von Indizien mit eingehender Begründung für durchaus wahrscheinlich bezeichnet hat. Ausser dem Gutachten des Sachverständigen Rohmer hält das Landgericht auch die Angaben des sachverständigen Zeugen St. als entscheidend für den vom Beklagten zu vertretenden Betrag.

Der Beklagte hat gegen das Urteil Berufung eingelegt und Abweisung der Klage beantragt. Der Kläger hat Zurückweisung der Berufung mit der Maßgabe beantragt, dass ein Betrag von 3.000.- DM der vom Beklagten zu zahlenden Summe an die AOK Hamburg zu zahlen sei, der er diesen Betrag abgetreten habe.

Das Berufungsgericht hat vom Sachverständigen Rohmer ein Nachtragsgutachten eingeholt. Die Akten der Staatsanwaltschaft Hamburg-Harburg im Ermittlungsverfahren gegen den Beklagten 10 Js 2263/49 wegen Unterschlagung und Veruntreuung und die Strafakten 10 Js 206/50 gegen den Kläger wegen wissentlich falscher Aussage vor Gericht sind Gegenstand des Parteivortrags gewesen. Nach Zeugenvernehmung und Anhörung beider Parteien hat das Berufungsgericht sodann das Urteil des Landgerichts dahin abgeändert, dass der Beklagte verurteilt wurde, an den Kläger 3.619.03 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 26. März 1949 und an die AOK Hamburg-Harburg weitere 3.000.- DM nebst 4 % Zinsen seit dem gleichen Tage zu zahlen. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen und von den Kosten der ersten Instanz dem Kläger 2/7, von den Berufungskosten 1/7 auferlegt. Die übrigen Kosten erster und zweiter Instanz sind dem Beklagten auferlegt worden.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Beklagten, um deren Zurückweisung der Kläger bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision richtet sich gegen das Berufungsurteil nur insoweit, als der Beklagte zu mehr als 494,38 DM verurteilt ist, also wegen eines Betrages von 6.124,65 DM nebst Zinsen. In Höhe dieses Betrages ist der Beklagte zur Zahlung derjenigen Gelder verurteilt, die er nach der Feststellung des Berufungsgerichts zur Weiterzahlung an das Finanzamt oder die Krankenkasse erhalten hat, ohne die erhaltenen Gelder diesem Zwecke zuzuführen. Insoweit stützt sich der Klageanspruch auf die §§ 611, 667, 675 BGB. Das Berufungsgericht stellt fest, dass der Kläger dem Beklagten 10.752,63 DM in Einzelbeträgen gezahlt hat, wogegen der Beklagte nur die Weiterzahlung von 4.417.- DM nachgewiesen habe.

Die Revision greift in erster Reihe die Feststellung des Berufungsgerichts an, dass der Beklagte vom Kläger 10.752,63 DM erhalten habe, indem sie Verletzung der §§ 448, 452, 286 ZPO rügt. Keine dieser Bestimmungen ist jedoch vom Berufungsgericht verletzt. Zwar darf das Gericht nicht willkürlich eine Partei von Amtswegen ohne Rücksicht auf die Beweislast vernehmen, sondern es darf die Parteieinvernahme nur anordnen, wenn das Ergebnis der Verhandlung und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend ist, um die Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu begründen. Gegen diesen Grundsatz hat aber auch das Berufungsgericht nicht verstossen, da es feststellt, dass nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme bereits eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Hingabe der vom Kläger behaup-

teten Summe an den Beklagten erbracht sei. Das Berufungsgericht hat sodann die gegen die Glaubwürdigkeit d des Klägers vorgebrachten Bedenken einer eingehenden Prüfung unterzogen und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass sie nicht entscheidend gegen den Kläger sprächen. Dass das Berufungsgericht dabei, wie die Revision meint, den Umstand übersehen haben sollte, dass der Kläger selbst durch Verschweigen von Einnahmen steuerunehrlich gewesen ist, erscheint ausgeschlossen, weil gerade das Verschweigen von Schwarzeinnahmen durch den Kläger ausführlich im Rechtsstreit erörtert worden war, übrigens ohne dass der Beklagte selbst in den Vorinstanzen diesen Umstand zum Anlass genommen hätte, den Kläger als vertrauensunwürdig hinzustellen. Nach der in Lehre und Rechtsprechung feststehenden Auffassung ist die Frage, ob das Gericht über eine streitige Tatsache gemäß § 448 ZPO eine Partei oder beide hören und eine von ihnen gemäß § 452 ZPO beeidigen kann, in das Ermessen des Gerichts gestellt. Für eine Nachprüfung in der Revisionsinstanz ist nur insoweit Raum, als in Frage steht, ob die Vorinstanz die Grenzen ihrer Befugnis ausser Acht gelassen hat (Stein-Jonas-Schönke Anm VI zu § 448 ZPO). Da das Berufungsgericht im vorliegenden Fall den gesamten Prozeßstoff einer eingehenden Prüfung unterzogen und die Grenzen seiner Befugnis nicht überschritten hat, ist die aus § 448 ZPO hergeleitete Revisionsrüge unbegründet.

Soweit die Revision die materiell-rechtliche Rüge des § 242 BGB erhebt, handelt es sich in Wahrheit auch nur um einen Angriff gegen das in § 448 ZPO dem Tatrichter übertragene freie Ermessen. Denn die Revision führt aus, daß

wegen der von ihr dargelegten vermeintlichen Verstösse des Berufungsgerichts gegen § 448 ZPO die Verurteilung des Beklagten auch den § 242 BGB verletze.

Die Revision rügt schliesslich noch § 254 BGB als verletzt, da das Berufungsgericht nicht berücksichtigt habe, dass der Kläger an der unrichtigen Buchführung mitschuldig gewesen sei. Dabei übersieht die Revision, dass § 254 BGB nur im Falle eines Schadensersatzanspruchs vom Kläger entgegengehalten werden kann, während es sich hier um den Anspruch auf Herauszahlung nicht bestimmungsgemäss verwendeter Gelder gemäß §§ 667, 675 BGB, also um einen vertraglichen Erfüllungsanspruch handelt, demgegenüber die Berufung auf § 254 BGB unzulässig ist.

Die Revision musste danach mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Drost

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Artl