

17

BUNDESGERICHTSHOF 2009 098

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 235/63

URTEIL

Verkündet am
7. Februar 1966
Heil
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

August P [REDACTED], H [REDACTED]-Wa [REDACTED], Sch [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Brandversicherungsverein der D [REDACTED] We [REDACTED],
Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit in B [REDACTED]
und Ha [REDACTED], vertreten durch den Sonderbeauftragten
für den Vorstand, Versicherungsmathematiker Rudolf M [REDACTED],
H [REDACTED], Ho [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Februar 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn, Dr. Nörr, Dr. Bukow und Stimpel für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 21. August 1962 aufgehoben, soweit der Beklagte zur Zahlung von 16.257,-- DM nebst 6 % Zinsen seit dem 19. Juni 1951 verurteilt worden ist und ihm die hierauf bezogenen Kosten des Rechtsstreits auferlegt worden sind.

Unter gleichzeitiger Neufassung des Urteils des Berufungsgerichts wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 20, vom 27. Juli 1961 auf die Berufung des Klägers dahin abgeändert, daß der Beklagte unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung des Klägers verurteilt wird, dem Kläger 20.020,45 DM nebst 6 % Zinsen von 12.000,-- DM seit dem 5. Dezember 1950 und von 8.020,45 DM seit dem 14. Dezember 1952 zu zahlen.

Die Kosten des ersten und zweiten Rechtszuges fallen zu 5/9 dem Beklagten und zu 4/9 dem Kläger, die Kosten der Revisionsinstanz fallen im vollen Umfang dem Kläger zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war von 1947 bis 1960 kaufmännischer Geschäftsführer und mit einer vorübergehenden Unterbrechung von 1949 bis 1960 zugleich gemeinsam mit einem "Kassenleiter" gemeinschaftlich vertretungsberechtigtes Mitglied des aus zwei Personen bestehenden Vorstands des Klägers. Der Kläger wirft ihm Veruntreuungen vor.

Unstreitig sind im Zusammenhang mit der Umstellung B. "Uralt"-Guthaben des Klägers Ende 1950 und im Jahre 1951 36.277,45 DM in vier Teilbeträgen von 12.000 DM (Dezember 1950), 16.257,-- DM (7. Juni 1951), 3.406,80 DM und 4.613,65 DM (Dezember 1951) aus B. auf ein Konto des Klägers überwiesen worden. Die Original-Bankbelege über den Eingang dieser Beträge sind in der Buchhaltung des Klägers nicht vorhanden. Dafür liegen vier Ersatzbelege vor, die der Beklagte unterzeichnet hat. Die Ersatzbelege über die Beträge von 12.000 DM und 16.257 DM tragen den Vermerk "Einnahme wegen Konto Durchlaufende Posten", die beiden anderen Ersatzbelege lauten: "Gezahlt von Berufskrankenkasse der D. We. wegen Durchlaufende Posten/Bau". Sämtliche Beträge sind kurz nach ihrem jeweiligen Eingang mittels vom Beklagten und dem damaligen Kassenleiter K. unterschriebener Barschecks wieder abgehoben worden. Die Beträge von 12.000 DM, 3.406,80 DM und 4.613,65 DM hat der Beklagte am 5. Dezember 1950 und am 14. Februar 1952 persönlich abgehoben. Wer den Betrag von 16.257 DM mit Hilfe des Barschecks vom 8. Juni 1951 eingelöst hat, ist nicht mehr festzustellen. Auch die Originalbelege über die Auszahlung sind beim Kläger nicht vorhanden. Ersatzbelege, die wiederum nur der Beklagte abgezeichnet hat, lauten - entsprechend den Einzahlungs-Ersatzbelegen - auf "Ausgabe wegen Konto Durchlaufende Posten" oder "Es sind zu zahlen an Berufskrankenkasse der D. We. wegen Konto Durchlaufende

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Posten/Bau". Das Kassenbuch des Klägers weist keinen der abgehobenen Beträge als Eingang aus. Die nach den Ersatzbelegen an die Berufskrankenkasse gezahlten Beträge sind dort nicht eingegangen. Wo das Geld verblieben ist, ist zwischen den Parteien streitig.

Der Kläger behauptet, der Beklagte habe das Geld für sich verbraucht. zur Abhebung habe er Schecks verwandt, die K [REDACTED] bereits blanko unterschrieben gehabt habe. Den Betrag von 16.257,-- DM habe der Beklagte durch einen Mittelsmann abheben lassen. Infolge der Verwendung von Blankoschecks, der Verschleierungsmaßnahmen und weil sich Koberger um die Kassenführung nicht ernsthaft gekümmert habe, seien die Untreuerungen jahrelang unentdeckt geblieben.

Der Beklagte bestreitet, die Gelder für sich verwandt zu haben. Den Betrag von 16.257,-- DM habe er gar nicht in der Hand gehabt. Die übrigen von ihm selbst abgehobenen Beträge habe er K [REDACTED] ausgehändigt. K [REDACTED] habe sie nach Berlin zurücküberwiesen, wo sie zur Auszahlung Berliner Versicherungsfälle verwendet worden seien. Die Ersatzbelege habe er auf Anweisung K [REDACTED], der die finanzielle Leitung im Gegensatz zu den Behauptungen des Klägers fest in der Hand gehabt habe, angefertigt. Daß sie sachlich unrichtig gewesen seien, habe er nicht gewußt.

Das Landgericht hat die Klage auf Zahlung von 36.277,45 DM nebst Zinsen abgewiesen, das Oberlandesgericht hat der Klage stattgegeben. Mit der Revision, die der Kläger zurückzuweisen beantragt, wendet sich der Beklagte gegen seine Verurteilung zur Zahlung des Teilbetrages von 16.257,-- DM.

Entscheidungsgründe:

Der Revision ist zuzustimmen, daß die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht ausreichen, um den Beklagten zur Erstattung der (allein noch im Streit befindlichen) 16.257,-- DM zu verurteilen, die am 7. Juni 1951 auf einem Konto des Klägers eingegangen und am 8. Juni 1951 mittels Scheck abgehoben worden sind.

1. Nach dem vom Berufungsgericht zu Grunde gelegten unstreitigen Sachverhalt kann nicht festgestellt werden, wer diese 16.257,-- DM von der Bank abgehoben hat. Das Berufungsgericht hat auch nicht festgestellt, daß der Beklagte das Geld nach dem Abheben unmittelbar oder mittelbar erhalten hätte. Damit scheidet ein Herausgabeanspruch des Klägers gemäß §§ 53 Abs. 2 VAG, 27 Abs. 3, 667 BGB aus. Denn dieser Anspruch hätte den vom Kläger zu führenden Nachweis vorausgesetzt, daß der Beklagte das Geld (befugt oder unbefugt im Zusammenhang mit der Geschäftsführung) tatsächlich erlangt hat. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der vom Berufungsgericht zitierten Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG Recht 1913, Nr. 2062; WarnJahrb 1915, Nr. 169 = LZ 1915, 1378).

2. Es kommt daher nur darauf an, ob der Kläger einen Schadenersatzanspruch hat, weil der Beklagte seine Dienstpflichten verletzt hat. Die Dienstpflichtverletzung hat das Berufungsgericht insbesondere in der Anfertigung der Ersatzbelege und der unzulässigen Berichtigung der Bilanz von 1957 gesehen. Es ist zu Recht davon ausgegangen, daß der Beklagte sein Verschulden nicht widerlegt hat. Dagegen genügt die Feststellung des Schadens, wie die Revision zutreffend rügt, zur Begründung des Anspruchs des Klägers nicht.

Das Berufungsgericht meint, der Kläger habe infolge des pflichtwidrigen Verhaltens des Beklagten bereits dadurch einen Vermögensschaden erlitten, daß der Verbleib des Geldes unbelegt und nicht mehr feststellbar sei; denn dem Kläger sei die Möglichkeit genommen worden, Nachforschungen anzustellen und einen etwa unberechtigten Empfänger auf Rückzahlung in Anspruch zu nehmen. Die Verschleierung des Verbleibs der 16.257,-- DM ist zwar eine Beeinträchtigung des Vermögens des Klägers. Aber ein Schaden im Wert der 16.257,-- DM ist nur dann vorhanden, wenn außerdem feststeht, daß der Betrag an einen dem Kläger gegenüber Nichtberechtigten gelangt ist. Sollte dagegen ein Berechtigter das Geld erhalten haben, dann hat der Kläger, auch wenn er den Verbleib nicht feststellen kann, keinen Verlust erlitten, weil dann der Ausgabe des Geldes das Erlöschen einer entsprechenden Verbindlichkeit gegenübersteht. Daß das möglicherweise der Fall gewesen ist, hat das Berufungsgericht, das sich ersichtlich damit auseinandergesetzt hat, aus tatsächlichen Gründen nicht ausschließen zu können geglaubt. Damit scheitert ein Anspruch des Klägers an der Darlegungs- und Beweislast, die ihm zur Begründung seines Anspruchs uneingeschränkt obgelegen hat.

Eine Umkehr der Beweislast dafür, daß tatsächlich ein Schaden entstanden ist, kommt nicht in Betracht. Gesichtspunkte des Auftragsrechts, die das Berufungsgericht anscheinend auch im Rahmen des Anspruchs wegen der Dienstpflichtverletzung anwenden will, können in diesem Zusammenhang keine Rolle spielen. Denn wenn auch der Beklagte, wovon das Berufungsgericht zu Recht ausgeht, verpflichtet gewesen wäre, den Tatbestand aufzuklären und den Empfänger des Geldes nachzuweisen (§ 666), so ergibt sich doch allein dadurch, daß er das nicht getan hat, nicht schon, daß er den unaufgeklärt gebliebenen Betrag ersetzen muß. Das stünde im Widerspruch zu dem von der Rechtsprechung entwickelten und vom Gesetzgeber

in § 84 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937 (= § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG 1965) übernommenen Grundsatz, daß die juristische Person den aus dem Verhalten des Organmitglieds entstandenen Schaden darlegen und beweisen, das Organmitglied aber (nur) darlegen und beweisen muß, daß es mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gehandelt hat. Deshalb muß es auch im vorliegenden Falle dabei bleiben, daß der Kläger, der Schadensersatz beansprucht, den Schaden als wesentliche Voraussetzung seines Anspruchs in vollem Umfange hätte dartun und beweisen müssen.

Da er das nach den - der tatrichterlichen Würdigung unterliegenden - Feststellungen des Berufungsgerichts nicht hat tun können, kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben, soweit der Beklagte zur Zahlung von 16.257,-- DM und der dazugehörenden Zinsen verurteilt worden ist. Insoweit mußte daher das Urteil aufgehoben und die Klage unter entsprechender Neufassung der Formel des Urteils des Berufungsgerichts abgewiesen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO.

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Bundesrichter Dr. Nörr ist
ortsabwesend und deshalb
verhindert zu unterschreiben

Dr. Fischer

Dr. Bukow

Stempel