

Verkündet
am 7. Februar 1957

Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamt der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Baumeisters Carl S. [REDACTED] in S. [REDACTED] /Bez.K. [REDACTED],
H. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Johann H. J. [REDACTED], Inhaber Johann
Joachim Heinrich J. [REDACTED], H. [REDACTED], E. [REDACTED]straße [REDACTED]

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbe-
klagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 4. Februar 1957 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter
Dr. Delbrück, Dr. Haidinger, Dr. Fischer und Dr. Haager

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats
des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom
23. August 1955 wird auf Kosten des Beklagten zurück-
gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Einzelfirma, und der Beklagte gingen im Jahre 1949 in der Rechtsform einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft eine Arbeitsgemeinschaft (Arge) zur Durchführung von Bauvorhaben ein. Dabei sollte die Klägerin Geräte und Arbeiter zur Verfügung stellen und die Bauvorhaben kaufmännisch und bautechnisch betreuen, der Beklagte sollte die technische Leitung innehaben. Die Arge führte in den Jahren 1949 bis 1951 drei Bauvorhaben durch (Scholmer Au; Bongsiel Nordstrander Damm). Die Klägerin kündigte die Gesellschaft im Februar 1951. Die Arbeiten wurden im Herbst 1951 beendet. Im August erwirkte die Klägerin gegen den Beklagten einen Arrest in Höhe von 18.000 DM, weil er den Eingang von Geldern verschwiegen habe und ferner eine einstweilige Verfügung, die ihm die Federführung für das Bauvorhaben Scholmer Au und die Entgegennahme von Geldern für die Arge verbot. Im November erstattete sie Strafanzeige wegen Verschweigung von Geldeingängen und Fälschung von Belegen.

Die Klägerin hat behauptet, wie das vom Sachverständigen ermittelte Debitorenkonto des Beklagten und der ebenso errechnete Verlustanteil ergebe, schulde der Beklagte der Arge noch 30.733,12 DM, während sie selbst noch eine Forderung von 8.047,43 DM habe. Von der sich daraus ergebenden Summe von 38.770,55 DM habe sie, da Gewinn und Verlust hälftig zu verteilen seien, 19.385,26 DM zu fordern. Hinzu komme ein Betrag für überhöhte Spesenentnahmen durch den Beklagten.

Dementsprechend hat sie die Verurteilung des Beklagten zur Leistung von 21.721,30 DM beantragt. Der Beklagte hat unter Bestreiten der Richtigkeit des der Forderungs-

ermittlung zugrunde liegenden Gutachtens und unter Geltendmachung von Schadensersatzforderungen gegen die Klägerin, deren Begründetheit diese bestritten hat, Klagabweisung beantragt.

Das Landgericht hat durch Teilurteil - unter Abweisung der Klage in Höhe von 2.336,04 DM, dem als Ersatz für entnommene Spesen zunächst geltend gemachten Betrag, und unter Verneinung von Schadensersatzverpflichtungen der Klägerin - den Beklagten zur Zahlung von 16.196,07 DM verurteilt. Wegen zweier Beträge in Höhe von 3.188,29 DM war der Rechtsstreit noch nicht entscheidungsreif. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht - unter Zurückweisung der Berufung im übrigen - das Teilurteil dahin geändert, daß der Beklagte 15.041,40 DM zu bezahlen habe. Aus den Urteilsgründen ergibt sich, daß die Klage wegen des Differenzbetrages zur erstinstanzlichen Verurteilung in Höhe von 1.154,67 DM abgewiesen wurde. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht ist bei der Ermittlung des von der Beklagten der Arge geschuldeten und des von der Klägerin zu fordernden Betrags vom Ergebnis der in den beiden Instanzen erstatteten und mehrmals ergänzten Gutachten ausgegangen. Was die Revision dagegen vorbringt, bewegt sich zum größten Teil auf dem dem Tatrichter vorbehaltenen Gebiet der Beweiswürdigung, ohne daß hierbei Rechtsfehler zu erkennen wären. So meint die Revision allgemein, die Buchführung der Klägerin sei nicht ordnungsgemäß gewesen, sodaß sie nicht als Grundlage für die Ermittlung der Höhe



der gegenseitigen Rechnungsposten habe herangezogen werden dürfen. Unklarheiten in der Buchführung gingen zu Lasten der Klägerin. Das Berufungsgericht war sich bei seiner Feststellung wohl bewußt, daß auch die Buchführung der Klägerin nicht durchweg einwandfrei war. Wenn es trotzdem zu der Überzeugung gekommen ist, daß die Ermittlungen des Sachverständigen über die Höhe der verschiedenen Rechnungsposten, die von dem Sachverständigen unter Berücksichtigung der abweichenden Aufstellung des Beklagten getroffen wurden, zutrafen, so läßt sich diese tatrichterliche Feststellung nicht beanstanden. Insbesondere konnte das Berufungsgericht dabei den Umstand verwerten, daß es Sache des Beklagten gewesen wäre, darzutun, welche Aufwendungen er für die Arbeitsgemeinschaft gemacht hatte, da er selbst den Geldverkehr in seiner Hand halte. Im übrigen ergibt sich aus dem Berufungsurteil, wie bereits der Beklagte mit Schriftsatz vom 4. August 1955 vorgetragen hatte, daß nicht mehr sämtliche Posten, die zu der Ermittlung des Debitorenkontos des Beklagten und des Kreditorenkontos der Klägerin führten, streitig sind, sondern nur eine Reihe von Posten, die das Berufungsgericht im einzelnen erörtert hat.

Dabei beanstandet die Revision entsprechend der Stellungnahme des Beklagten zu dem dritten Gutachten des Sachverständigen im Schriftsatz vom 4. August 1955, daß der Beklagte mit einem Betrag von 2.054 DM für Urlaubsgelder belastet worden sei, weil er diesen Betrag nicht an Arbeitnehmer ausbezahlt habe. Daß die von der Buchführung der Klägerin abweichende Aufstellung des Beklagten, die er mit der Berufungsbegründung eingereicht hatte, nicht berücksichtigt worden sei, widerspricht dem Urteil, das ausdrücklich auf diese Aufstellung verweist. Das Berufungsgericht, das sich die ausführliche Nachprüfung

des Sachverständigen zu dieser Frage zu eigen gemacht hat, war nicht verpflichtet, zu jedem einzelnen Vorbringen der Parteien in einem so umfangreichen Verfahren ausdrücklich Stellung zu nehmen. Daß eine sachentsprechende Beurteilung stattgefunden hat, ist dem Urteil zu entnehmen.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der Beklagte zu Recht wegen einer Barabhebung von 300 DM am 28. August 1955 belastet worden. Wenn das Berufungsgericht dazu ausführt, es sei "glaubhaft", daß der Beklagte, der auf der Baustelle über das in Frage kommende Bankkonto habe allein verfügen können, diesen Betrag abgehoben hat, so wollte es damit nicht, wie die Revision irrigerweise meint, einen geringeren Grad der Überzeugungsbildung ausdrücken. Daß es dabei übersehen hätte, daß dieser Betrag in einem zwischen den Parteien abgestimmten Kontoauszug nicht enthalten gewesen sei, trifft schon deshalb nicht zu, weil das Berufungsgericht vor der einzelnen Erörterung der noch streitigen Posten sich allgemein über die Beweiskraft der Buchführung beider Parteien geäußert hat.

Das Berufungsgericht hat ferner für die Zeit nach dem 31. Juli 1951 festgestellt, daß sich aus dem vom Beklagten unter seiner Verantwortung weiter durchgeführten Kassenverkehr ein Habensaldo in Höhe von 711,31 DM ergab. Da eine Verwendung dieses Guthabens für die Arge nicht festgestellt sei, hat das Berufungsgericht, ausgehend von der richtigen, eingangs schon angestellten Erwägung, daß der Beklagte die von ihm für die Arge gemachten Aufwendungen nachzuweisen habe, ihn mit diesem Betrag belastet. Darauf, ob er den Betrag erhalten hat, kommt es deshalb entgegen der Auffassung der Revision nicht mehr an.

Der Beklagte hat bei der Abrechnung noch eine Reihe Gegenposten geltend gemacht. Mit der Berufungsbegründung

hat er vorgetragen, die Klägerin habe nur die Hälfte des zur Durchführung der Bauarbeiten erforderlichen Gleismaterials gestellt, obwohl sie nach dem Vertrag das gesamte erforderliche Gerät habe zur Verfügung stellen müssen. Sie habe dieses für die Arge benötigte Gerät anderweitig verkauft. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist keine Vertragsverletzung der Klägerin erwiesen, da sie nur Gleismaterial veräußert habe, das wegen anderer Abmessungen nicht verwendbar gewesen sei. Wenn die Revision meint, darauf komme es nicht an, da die Klägerin auf jeden Fall nach Ziff 3 des Vertrags das erforderliche Gerät habe bereitstellen müssen, gleichgültig, ob sie dies selbst in Besitz gehabt oder erst habe beschaffen müssen, so vertritt sie damit eine von der Auffassung des Berufungsgerichts abweichende Auslegung des Vertrags. Aus der Feststellung nämlich, daß die Klägerin ihr Material auf Anforderung zur Verfügung gestellt habe, ist zu entnehmen, daß nach Ansicht des Berufungsgerichts die Klägerin lediglich das bei ihr vorhandene Material bereitstellen mußte.

Weiter hat der Beklagte der Klägerin vorgeworfen, sie habe durch die wirtschaftlich ungerechtfertigte Einstellung einer zu großen Zahl von Arbeitern für die Baustelle Nordstrand einen durch Lohnauszahlungen entstandenen Schaden von 19.750 DM verursacht. Dafür, daß das Berufungsgericht bei der Beurteilung dieses Vorbringens einen wesentlichen Vortrag des Beklagten nicht beachtet hätte, liegt überhaupt kein Anhaltspunkt vor, nachdem das Urteil das Vorbringen des Beklagten in den Gründen wiedergibt. Das Berufungsgericht hat hierzu festgestellt, es fehle jede nähere Darlegung, daß die Klägerin Arbeitskräfte beschäftigt habe, die nach Lage der Arbeit als unproduktiv angesehen werden müßten. Damit hat es schon objektiv eine Pflichtverletzung verneint, sodaß es auf die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts und die hiergegen gerichtete-

ten Angriffe, daß die Klägerin mit geringerer Sorgfalt als in eigenen Angelegenheiten verfahren sei, nicht mehr ankommt.

Ebenso unbegründet ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe gegen die Bestimmung des § 551 Ziff 7 ZPO verstossen, indem es nicht darüber entschieden habe, ob der Gesellschaft dadurch ein Schaden in Höhe von 12.000 DM entstanden sei, daß die Klägerin sich am 3. März 1952 gegenüber dem Deichbauamt völlig ungeschickt verhalten habe. Nach der Behauptung des Beklagten soll sie dort erklärt haben, das Deichbauamt habe die Unterschlagung des Beklagten dadurch gefördert, daß es die Zahlungen an ihn bar geleistet habe. Durch dieses Verhalten seien der Arbeitsgemeinschaft 12.000 DM verloren gegangen, weil, wie im Schriftsatz vom 4. August 1955 behauptet wird, der Oberdeichgraf die Arbeitsgemeinschaft infolgedessen nicht mehr weiterbeschäftigt habe. Selbst wenn diese Behauptung zuträfe, so wäre damit kein der Gesellschaft entstandener Schaden dargelegt, da die Gesellschaft im Februar 1951 gekündigt wurde und die Arbeiten im Herbst 1951 beendet waren, und da nach § 7 des Gesellschaftsvertrags die Gesellschaft bei Kündigung nur noch bis zum Abschluß des laufenden Bauvorhabens bestand. Deshalb kann die übergangene Behauptung nicht zu dem von der Beklagten erstrebten Erfolg führen, sodaß ein Verstoß gegen § 551 Ziff 7 ZPO nicht vorliegt (RGZ 156, 113; RG HRR 1936 Nr 183). Wenn die Revision heute geltend macht, es habe sich darum gehandelt, daß anlässlich der Verhandlungen über Nachforderung von 28.800 DM, die durch den Oberdeichgrafen vertretene Auftraggeberin der Arge anstelle von nur 16.800 DM die volle Nachforderung bewilligt hätte, wenn die Klägerin den Oberdeichgrafen nicht verärgert hätte, so kann dieses neue Vorbringen nicht mehr berücksichtigt werden. Es bestand auch für das Berufungsgericht nach § 139 ZPO kein

Anlaß, in dieser Richtung ein Fragerecht auszuüben, nachdem der Beklagte einen anderen Sachverhalt vorgetragen hatte.

Die Revision wendet sich ferner gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin ihre Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis nicht dadurch verletzt habe, daß sie gegen den Beklagten mit einem Arrest, einer einstweiligen Verfügung und einer Strafanzeige vorgegangen sei. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Beklagte vom Deichbauamt innerhalb einer Woche im Jahre 1951 einen Betrag von 14.914,30 DM erhalten. Den Empfang dieses Geldes hat der Beklagte der Klägerin, der die Buchführung oblag, offensichtlich nicht gemeldet. Wie dem vom Berufungsgericht herangezogenen Gutachten zu entnehmen ist, war der Erhalt dieses Betrags auch nicht in der von der Beklagten geführten Kassenkladde enthalten. Die Klägerin hat davon erst durch Übersendung eines Buchauszugs des Deichbauamts erfahren. Darauf hat die Klägerin am 27. August 1951 einen Arrest und zugleich eine einstweilige Verfügung gegen den Beklagten erwirkt, wodurch ihm die Federführung für das Bauvorhaben Scholmer Au entzogen und ihm insbesondere der Empfang von Geldern vom Bauherrn verboten wurde. Am 20. November 1951 erstattete sie Strafanzeige gegen den Beklagten wegen Unterschlagung und Fälschung von Belegen. Der Beklagte hat geltend gemacht, die Untersagung seiner Tätigkeit und die mit diesen Maßnahmen verbundene Minderung seines Rufes habe sich so nachteilig auf die Bauarbeiten ausgewirkt, daß an dieser Baustelle ein Schaden von 33.000 DM entstanden sei. Das Berufungsgericht hat lediglich eine solche, allerdings dem Umfang nach nicht näher bezeichnete nachteilige Auswirkung auf das Bauvorhaben festgestellt, jedoch eine Schadensersatzpflicht der Klägerin verneint, da ein Verschulden bei ihrem Vorgehen gegen den Beklagten nicht

ersichtlich sei. Diese Auffassung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Jeden Gesellschafter trifft zwar die durch den Treuegedanken besonders ausgestaltete Verpflichtung, alles zu unterlassen, was die Gesellschaft schädigt. Die Frage, ob ein Gesellschafter pflichtwidrig gehandelt hat, läßt sich nur unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles sowie unter Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben beurteilen (RG JW 1913, 430). Dabei ist einmal zu beachten, daß sich dem Urteil keine Feststellungen in der Richtung entnehmen lassen, daß der Beklagte den vom Deichbauamt erhaltenen Betrag sich zueignen wollte. Andererseits handelte es sich jedoch nicht lediglich um eine Nachlässigkeit in der Führung der Unterlagen durch den Beklagten, wie sie offensichtlich an der Tagesordnung war und auch der Klägerin bekannt war. Der Beklagte hat vielmehr im Arrestverfahren eingeräumt, daß er zur "Selbsthilfe" geschritten sei und "im Rahmen der sich abzeichnenden Verdienste in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer vorweg" die Gelder entnommen habe; er habe, wie er bei seiner Anhörung ausgesagt hat, der Klägerin nicht offen sagen dürfen, daß er das Geld entnommen habe. Damit hat er bewußt seiner Verpflichtung zuwider gehandelt, über Einnahmen und Ausgaben für die Arge der Klägerin Rechnung zu legen. Diese hat die Auszahlung des nicht unerheblichen Betrages erst einige Monate später von dritter Seite erfahren. Bei dieser Sachlage mußte sie damit rechnen, daß der Beklagte unbefugt oder zumindest unzweckmäßigerweise entgegen seinen Verpflichtungen als Gesellschafter Gelder der Arge verwendet habe. Es kann ihr daher kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß sie mit derartigen Sicherungsmaßnahmen wie der Erwirkung eines Arrestes und einer einstweiligen Verfügung gegen den pflichtwidrig handelnden Gesellschafter vorging. Sie konnte davon ausgehen, daß sie damit im Interesse der Gesellschaft selbst handelte. Daß sie etwa weniger schwerwiegende Maßnahmen hätte ergreifen

können und wie solche Maßnahmen hätten beschaffen sein sollen, hat der Beklagte selbst nicht vorgetragen. Deshalb kann jedenfalls in der Beantragung des Arrestes und der einstweiligen Verfügung kein Verschulden gegenüber der Gesellschaft gesehen werden. Ob dasselbe von der Strafanzeige gesagt werden kann, kann dahingestellt bleiben. Die Arbeiten der Gesellschaft, bei denen durch das Vorgehen der Klägerin ein Schaden entstanden sein soll, waren bereits im Herbst 1951 beendet, während die Strafanzeige erst am 20. November 1951 erstattet wurde. Es ist nicht ersichtlich und vom Beklagten auch nicht näher dargelegt, wie hierdurch noch ein Schaden entstanden sein soll. Das Berufungsgericht hat daher im Ergebnis zutreffend auch einen Schadensersatzanspruch wegen gesellschaftswidrigen Vorgehens der Klägerin verneint. Damit war die Revision gegen das Urteil als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Canter Dr. Delbrück Dr. Haidinger Dr. Fischer Dr. Haager