

Nachschlagewerk: ja (zu B II)

BGHZ: nein

GmbHG §§ 43, 41

Ergibt sich bei unzulänglicher Buchführung aus den vorhandenen Buchungen und Buchungsunterlagen ein Fehlbetrag, so ist davon auszugehen, daß dieser tatsächlich besteht. Die Unaufklärbarkeit geht zu Lasten des Geschäftsführers, wenn und soweit er für die Buchführung verantwortlich ist, und er hat den Fehlbetrag der Gesellschaft gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG zu ersetzen.

BGH, Urt. v. 9. Mai 1974 - II ZR 50/72 - OLG Düsseldorf
LG Kleve

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 50/72

URTEIL

Verkündet am
9. Mai 1974
Werner,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Architekten Hans-Dieter S [REDACTED], R [REDACTED],
S [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Bauingenieur Herbert W [REDACTED], R [REDACTED],
R [REDACTED]allee [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Mai 1974 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Dr. Bauer, Dr. Kellermann und Bundschuh für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 2. März 1972 aufgehoben, soweit die Klage abgewiesen worden ist.
Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 21. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, Inhaber eines Architekten- und Ingenieurbüros, war zugleich einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Bauunternehmung Wilhelm van L., Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Nachdem er bei einem Verkehrsunfall schwere Verletzungen erlitten hatte, wurde der Beklagte, ein Bauingenieur, am 10. Mai 1968 zum Alleingeschäftsführer der GmbH bestellt. In dem an diesem Tage mit der GmbH abgeschlossenen Anstellungsvertrag sind seine Aufgaben wie folgt umschrieben:

"Der Aufgabenkreis umfaßt die Wahrnehmung der Interessen in technischer Hinsicht, d. h., der internen und externen Bauaufsicht und aller mit



der Durchführung, eines Bauunternehmens zusammenhängenden technischen Aufgaben sowie die Wahrnehmung der kaufmännischen Interessen im Rahmen des Üblichen".

Dieser Vertrag endete durch Kündigung des Beklagten am 30. Juni 1969. Am 27. Juni 1969 wurde der Beklagte als Geschäftsführer abberufen und gleichzeitig wieder der Kläger zum Geschäftsführer bestellt.

Ende 1969 hat die GmbH, vertreten durch den Kläger, Klage auf Schadensersatz in Höhe von 50.000 DM gegen den Beklagten erhoben. Sie hat unter anderem vorgetragen, das vom Kläger geplante und der GmbH zur Ausführung übertragene Bauvorhaben der Eheleute Baar weise erhebliche Mängel auf. Dafür sei der Beklagte verantwortlich, weil er seine Aufsichtspflicht verletzt habe. Der Schaden betrage 35.528,65 DM. Nach Abweisung der Klage durch das Landgericht hat die GmbH Berufung eingelegt und vorgetragen, die Bauherren Baar hätten inzwischen den Kläger in seiner Eigenschaft als Architekt wegen der Baumängel auf Schadensersatz verklagt. Sie hat nunmehr beantragt, den Beklagten zu verurteilen, die GmbH von der Zahlung des Schadensbetrages freizustellen, der in dem Rechtsstreit gegen den Kläger geltend gemacht wird. Außerdem hat sie vom Beklagten Bezahlung von 20.833,04 DM nebst Zinsen gefordert: Durch fehlerhafte Ausführung des Bauvorhabens U[REDACTED] sei der GmbH ein Schaden von 10.000 DM entstanden. Überdies habe der Beklagte dem Bauherrn U[REDACTED] pflichtwidrig zu Lasten der GmbH 2.500 DM zurückbezahlt. Der Beklagte habe kein Kassabuch geführt. Die Prüfung habe einen Fehlbetrag von 1.033,04 DM ergeben. Ein Betrag von 800 DM sei auf nicht quittierten Belegen als "Spesensvorschuß für Herrn S[REDACTED] (Kläger)" ausgewiesen; der Kläger habe diese Summe nie erhalten.

Von dem Bauherrn Willems habe der Beklagte Barzahlungen in Höhe von 8.000 DM für die GmbH entgegengenommen, davon aber nur 1.500 DM als Eingang verbucht. Der Verbleib der restlichen 6.500 DM sei nicht aufzuklären.

Während des Berufungsverfahrens ist über das Vermögen der GmbH Konkurs eröffnet worden. Der Konkursverwalter hat die im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemachten Forderungen zugunsten des Klägers freigegeben und vorsorglich an ihn abgetreten. Daraufhin hat der Kläger, der inzwischen durch (bislang nicht rechtskräftiges) Urteil des Landgerichts Kleve vom 20. Oktober 1971 verurteilt worden war, an die Eheleute B. 32.323,45 DM zuzüglich Zinsen und Kosten zu zahlen, den Rechtsstreit aufgenommen. Er verlangt Freistellung von den Zahlungsverpflichtungen aus diesem Urteil und Zahlung von 20.833,04 DM zuzüglich Zinsen. Den Befreiungsanspruch stützt er auf abgetretenes und eigenes Recht. Er macht in diesem Zusammenhang geltend, der Beklagte habe den Anstellungsvertrag vom 10. Mai 1968 stillschweigend auch mit ihm hinsichtlich der Architektentätigkeit abgeschlossen. Deshalb habe der Beklagte Architektenarbeiten im Büro des Klägers für mehrere Bauvorhaben erledigt. Er habe beispielsweise Angebote und Prüfungsvermerke auf Rechnungen selbst unterschrieben.

Das Oberlandesgericht hat der Klage unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung in Höhe von 2.500 DM stattgegeben. Es hat den Beklagten für verpflichtet gehalten, den zu Lasten der GmbH an den Bauherrn U. bezahlten Betrag von 2.500 DM dem Kläger zu erstatten. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Klagantrag weiter, soweit er abgewiesen worden ist.

1, -

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat, soweit es die Ansprüche abgewiesen hat, ausgeführt, der Kläger habe die Pflichtverletzungen des Beklagten nicht in nachprüfbarer Weise dargelegt und nicht hinreichend dargetan, daß die behaupteten Schäden durch diese Pflichtverletzungen eingetreten seien. Dies greift die Revision zu Recht an.

A. Anspruch auf Befreiung von den Verbindlichkeiten des Klägers gegenüber den Bauherren B

Der Kläger beansprucht vom Beklagten Befreiung von der Schadensersatzverpflichtung, zu der er durch Urteil des Landgerichts Kleve vom 20. Oktober 1971 verurteilt worden ist. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat das Landgericht Kleve den Schadensersatzanspruch der Bauherren B mit der Schlechterfüllung des Architektenvertrages begründet und dazu näher ausgeführt, der Kläger habe die Planung und Bauleitung für dieses Bauvorhaben übernommen; die vom Sachverständigen festgestellten Mängel seien teils auf fehlerhafte Planung, im wesentlichen aber auf mangelnde Bauaufsicht zurückzuführen. Für die fehlerhafte Aufsicht sei der Kläger verantwortlich, weil er für das Verschulden des von ihm beauftragten Beklagten nach § 278 BGB einzustehen habe.

Freistellung von dieser Schadensersatzverpflichtung könnte der Kläger vom Beklagten fordern, wenn dieser dem Kläger vertraglich verpflichtet gewesen wäre, dessen Aufgaben als Architekt bei dem Bauvorhaben B wahrzunehmen und er sich dabei Pflichtverletzungen hätte zuschulden kommen lassen. Ein Anspruch des Klägers könnte sich auch aus abgetretenem Recht

der GmbH ergeben. Dies würde voraussetzen, daß der Kläger einen Rückgriffsanspruch gegen die GmbH hat und diese einen Freistellungsanspruch gegen den Beklagten gehabt hätte, der wirksam an den Kläger abgetreten worden wäre. Auf beide Ansprüche stützt der Kläger die Klage.

I. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch aus eigenem Recht des Klägers verneint. Es ist der Ansicht des Klägers nicht gefolgt, der Beklagte habe durch den mit der GmbH geschlossenen Anstellungsvertrag stillschweigend auch die Verpflichtung übernommen, Aufgaben des Klägers als Architekt wahrzunehmen. Nach dem Anstellungsvertrag sei der Kläger nur als Geschäftsführer der GmbH eingestellt worden. Soweit in der Vertragsbestimmung über die Aufgaben des Beklagten von der "internen und externen Bauaufsicht" die Rede sei, sei nur die Bauaufsicht für die GmbH als Bauunternehmerin gemeint. Diese revisionsrechtlich nicht zu beanstandende tatrichterliche Auslegung des Anstellungsvertrages greift die Revision nicht an. Dagegen rügt sie mit Recht, das Berufungsgericht habe das teils unstreitige, teilweise unter Beweistritt vorgetragene Vorbringen des Klägers übergangen: Dem Beklagten sei bekannt gewesen, daß seine Anstellung als Geschäftsführer wegen der auf den Unfallverletzungen beruhenden häufigen Arbeitsunfähigkeit des Klägers notwendig geworden sei (GA Bl. 11, 131, 132). Der Kläger sei von Juni bis Anfang Oktober 1968 wochenweise im Krankenhaus gewesen. Im November 1968 habe er sich einer Beinamputation unterziehen müssen und habe sich mit kurzer Unterbrechung über Weihnachten bis 1. Juli 1969 in stationärer Krankenhausbehandlung befunden (GA Bl. 132). Der Be-

klagte habe aus diesem Grunde auch Aufgaben des Klägers als Architekt übernommen. So habe er beispielsweise das Leistungsverzeichnis für das Bauvorhaben B. gefertigt (GA Bl. 134), die Nachtragsplanung für dieses Bauvorhaben erstellt (GA Bl. 228), Angebote als Architekt unterzeichnet und Rechnungen mit Prüfungsvermerken versehen (GA Bl. 227). Diesen Vortrag hätte das Berufungsgericht gemäß § 286 ZPO daraufhin prüfen müssen, ob sich aus ihm ergibt, daß - was der Kläger bislang in den Vordergrund gestellt hat -, ein Vertrag zwischen diesem und dem Beklagten persönlich oder, was nach dem Lebenssachverhalt näher liegt, mit der GmbH über die Erbringung von Architektenleistungen zugunsten des Klägers zustande gekommen ist. Dabei kann dem Umstand, daß das Bauvorhaben B. trotz der krankheitsbedingten weitgehenden Arbeitsunfähigkeit des Klägers tatsächlich durchgeführt worden ist, möglicherweise ausschlaggebende Bedeutung zukommen. Dieser Gesichtspunkt könnte ferner im Falle der Verneinung eines Vertragsverhältnisses bei der Prüfung, ob Ansprüche des Klägers aus Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht kommen (§§ 677, 276, 278 BGB), eine Rolle spielen. Die in diesem Zusammenhang vom Berufungsgericht vertretene Auffassung, die Behauptungen des Klägers, der Beklagte habe Architektenleistungen für ihn erbracht und die Nachtragsplanung für das Bauvorhaben B. allein durchgeführt, sei nicht substantiiert und deswegen erübrige sich eine Beweisaufnahme, kann nicht gebilligt werden. Das Berufungsurteil läßt jede Auseinandersetzung mit dem oben niedergelegten Sachvortrag und den Beweisansprüchen des Klägers vermissen.

II. Die wegen des aufgezeigten Verfahrensfehlers für die weitere Prüfung in der Revisionsinstanz zugunsten des Klägers zu unterstellende vertragliche Verpflichtung des Beklagten persönlich oder der GmbH, für den Kläger Architektenleistungen auszuführen, stellt ein Geschäftsbesorgungs- oder Auftragsverhältnis (§§ 675, 662 BGB) dar, dessen schuldhaft Verletzung den Verpflichteten dem Kläger gegenüber schadensersatzpflichtig machte. War der Beklagte persönlich zur Leistung verpflichtet, dann kann der Kläger diesen Schadensersatzanspruch aus eigenem Recht, bei einem Vertrag mit der GmbH hingegen nur dann geltend machen, wenn dieser ein korrespondierender Schadensersatzanspruch (Befreiungsanspruch) gegen den Beklagten zustand und die GmbH ihn an den Kläger abgetreten hat.

III. Voraussetzung für einen Anspruch aus abgetretenem Recht ist die Wirksamkeit der Abtretung.

1. Das Berufungsgericht stellt fest, der Konkursverwalter habe die von der GmbH im vorliegenden Rechtsstreit rechtshängig gemachten Forderungen zugunsten des Klägers freigegeben und vorsorglich an ihn abgetreten. Seine Ansicht, der Kläger sei dadurch Inhaber der Forderungen geworden, ist rechtlich unbedenklich und wird von der Revision nicht angegriffen.

2. Die GmbH hatte vom Beklagten verlangt, sie von der Bezahlung des Betrages von 35.528,65 DM nebst Zinsen zuzüglich anfallender Gerichts- und Anwaltskosten in dem vor dem Landgericht Kleve an-

hängigen Rechtsstreit zwischen den Bauherren B und dem Kläger freizustellen. Nach § 399 BGB kann eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne die Veränderung ihres Inhalts erbracht werden kann. Eine auf Befreiung von einer Verbindlichkeit gerichtete Forderung ist daher im allgemeinen nicht abtretbar. Eine Ausnahme hiervon gilt aber dann, wenn die Forderung gerade an den Gläubiger jener Verbindlichkeit abgetreten wird. Sie verwandelt sich dabei in eine solche auf die diesem geschuldete Leistung (BGHZ 12, 136, 141). Daraus folgt, daß die Abtretung dann wirksam ist, wenn der Kläger von der GmbH Freistellung von dem Schadensersatzanspruch der Bauherren B verlangen und diese dafür beim Kläger Regreß nehmen konnte. Wird unterstellt, die GmbH habe die behaupteten Baumängel durch schuldhafte Verletzung der ihr übertragenen Architektenaufgaben (mit-)verursacht, dann stand dem Kläger ein Anspruch gegen die GmbH auf Befreiung von der Verbindlichkeit gegen die Eheleute B zu. Die GmbH ihrerseits konnte von dem Beklagten als ihrem Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 GmbHG Freistellung von dieser Verbindlichkeit fordern, wenn die Baumängel auf Pflichtverletzungen des Beklagten beruhen. Das hat die GmbH geltend gemacht. Dieser Anspruch konnte an den Kläger als Gläubiger des Freistellungsanspruchs gegen die GmbH abgetreten werden. Dadurch hat er sich in die dem Kläger von der GmbH geschuldete Leistung, nämlich Befreiung von der Verbindlichkeit des Klägers gegenüber den Bauherren B verwandelt.

IV. Der Kläger macht also den angeblichen Anspruch der GmbH gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG auf Befreiung von der auf Freistellung des Klägers gerichteten Schadensersatzforderung wegen Verletzung des der GmbH erteilten Auftrags geltend.

1. Diesem Anspruch steht nicht entgegen, daß der Kläger nicht vorgetragen hat, die Gesellschafterversammlung der GmbH habe gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG die Geltendmachung dieses Ersatzanspruchs gegen den Beklagten als Geschäftsführer beschlossen. Bei einer Einmann-GmbH tritt an die Stelle eines förmlichen Beschlusses die einfache EntschlieÙung des Gesellschafters. Diese Voraussetzung braucht bei einer Klage der von ihrem Gesellschafter als Geschäftsführer vertretenen Einmann-GmbH, die hier ursprünglich die Klage erhoben hatte, nicht ausdrücklich vorge-
tragen zu werden (BGH, Urt. v. 13. Mai 1968 - II ZR 43/66, WM 1968, 1329).

2. Es kommt sonach darauf an, ob dem Kläger eine Schadensersatzforderung gegen die GmbH in Höhe des Ersatzanspruchs der Eheleute B. zustand und die GmbH ihrerseits vom Beklagten Freistellung von dieser Forderung verlangen konnte. Der Kläger hat dazu darzulegen und zu beweisen, welche Architektenleistungen die GmbH für das Bauunternehmen B. hätte erbringen müssen, daß sie sie nicht oder schlecht erfüllt hat und dadurch Schaden entstanden ist. Ferner hat er darzutun, daß die Schlechterfüllung des Auftrags auf einer Verletzung der Geschäftsführerpflichten des Beklagten beruhte. Der Beklagte hat hingegen zu beweisen, daß er seiner Sorgfaltspflicht genügt hat, oder daß ihm die Erfüllung dieser Pflicht unmöglich war (vgl. BGH, Urt. v. 15. Ok-

tober 1962 - II ZR 194/61, LM GenG § 34 Nr. 1 zur insoweit gleichliegenden Haftung des Vorstandsmitglieds einer Genossenschaft).

a) Der Kläger hat vorgetragen und unter Beweis gestellt, er habe für das Bauvorhaben B. die Baupläne, die Statik, die Arbeitspläne und die Ausschreibungen angefertigt (GA Bl. 134, 228). Die Planung und Statik sei behördlicherseits ohne Beanstandungen genehmigt worden. Alle weiteren Architektenleistungen, so ist das Vorbringen des Klägers im Gesamtzusammenhang zu verstehen, insbesondere die örtliche Bauaufsicht und die sogenannte Nachtragsplanung, seien in den Verantwortungsbereich des Beklagten gefallen. Damit hat der Kläger schlüssig die vom Beklagten oder der GmbH geschuldeten Architektenleistungen vorgetragen und gleichzeitig dargelegt, daß sämtliche Baumängel, gleichgültig ob sie auf Fehlern der (nachträglichen) Planung oder auf mangelnde örtliche Bauleitung zurückzuführen sind, vom Beklagten zu verantworten sind.

b) Die Pflichtverletzungen der GmbH und des Beklagten als Geschäftsführers brauchte der Kläger nicht im einzelnen darzulegen. Er konnte sich darauf beschränken, die am Bauwerk aufgetretenen Mängel anzugeben, die die objektive Pflichtverletzung indizieren. Das Berufungsgericht ist offensichtlich der Auffassung, der Kläger habe die Mängel und den dadurch entstandenen Schaden nicht substantiiert vorgetragen. Dem hält die Revision mit Recht entgegen, daß sich der Kläger wegen der Art und des Umfangs der Schäden auf das Gutachten des Sachverständigen S., das die Bauherren B. in Auftrag gegeben hatten,

bezogen und die wesentlichen Mängel dargelegt hat (GA Bl. 135). Das Gutachten hat der Kläger allerdings nicht vorgelegt. Dies ist aber unschädlich, weil er das Urteil des Landgerichts Kleve vom 20. Oktober 1971 zu den Akten gegeben und damit dessen Inhalt zum Gegenstand seines Vortrags gemacht hat. In diesem Urteil sind zwar ebenfalls nicht sämtliche Mängel im einzelnen aufgeführt. Ihm ist aber zu entnehmen, daß es im wesentlichen auf einem im Beweissicherungsverfahren eingeholten Gutachten des Sachverständigen W. [REDACTED] beruht. Das Berufungsgericht hätte, um seiner Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts zu genügen, dem Antrag des Klägers auf Beiziehung der Akten des Rechtsstreits der Bauherren B. [REDACTED] gegen den Kläger nachkommen (GA Bl. 134) und daraus den vermißten Sachvortrag des Klägers entnehmen müssen. Mit Rücksicht darauf, daß schon in einem anderen Rechtsstreit vor demselben Gericht, in dem dem Beklagten der Streit verkündet war, über genau dieselben Mängel, die den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden, Beweis eingezogen worden ist, wäre es eine Überspannung der Substantiierungspflicht des Klägers, wollte man ihm nicht gestatten, zur Ergänzung seines Vortrags, der oben- drein in Grundzügen diese Mängel darlegt, auf die im Vorprozeß eingeholten Gutachten Bezug zu nehmen. Insofern ist die Sachlage anders als in den Fällen, in denen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eine bloße Verweisung auf andere Akten nicht genügt.

V. Der Befreiungsanspruch des Klägers aus abgetretenem Recht der GmbH könnte sich auch aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt ergeben.

Architekt und Bauunternehmer haften, wenn Baumängel auf einer Verletzung des Architekten- und Bauvertrags beruhen, dem Bauherrn als Gesamtschuldner. Der Architekt, den der Bauherr gemäß § 635 BGB wegen Aufsichtspflichtverletzung in Anspruch nimmt, kann gegen den Bauunternehmer einen Ausgleichsanspruch gemäß § 426 BGB geltend machen (BGHZ 43, 227). Dieser Anspruch entsteht von vornherein als selbständige Verpflichtung mit Entstehung der Gesamtschuld (BGHZ 35, 317, 325). Er kann gegen den anderen Gesamtschuldner schon vor Befriedigung des Gläubigers (als Befreiungsanspruch) geltend gemacht werden. Wird unterstellt, die GmbH sei als Bauunternehmerin im Innenverhältnis allein für die Baumängel verantwortlich, dann stand dem Kläger ein Anspruch gegen die GmbH auf Befreiung von der Verbindlichkeit gegen die Eheleute B. zu. Die GmbH wiederum konnte von dem Beklagten als ihrem Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 GmbHG Freistellung von dieser Verbindlichkeit fordern, wenn die Baumängel auf Obliegenheitsverletzungen des Beklagten beruhten.

Mit Recht führt das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang aus, daß der Beklagte im Rahmen dieses Anspruchs nur für solche Mängel haftet, für die die GmbH als Bauunternehmerin einzustehen hat und die auf eine Pflichtverletzung des Beklagten zurückzuführen sind. Unzutreffend ist dagegen die Ansicht, der Kläger habe solche Mängel nicht dargelegt. Insoweit kann auf die vorstehenden Ausführungen unter IV 2 a und b Bezug genommen werden. Das Berufungsgericht wird unter anderem prüfen müssen, inwieweit die vom Kläger insgesamt der GmbH angelasteten Mängel auf fehlerhafter Bauausführung der GmbH beruhen.

Dabei wird es insbesondere darauf ankommen, ob die GmbH, wie der Beklagte behauptet, nur als Rohbauunternehmerin beauftragt war, oder ob sie - so die Behauptung des Klägers - die Ausführung des Bauvorhabens insgesamt übernommen hat.

VI. Das Berufungsgericht führt in einer Hilfsbegründung aus, der Kläger habe anerkannt, daß der Beklagte die ihm obliegenden Arbeiten bei dem Bauvorhaben Baar ordnungsgemäß durchgeführt habe. Daran sei er gebunden, auch wenn er zuvor die Angelegenheit nicht überprüft habe. Dies entnimmt das Berufungsgericht dem Schreiben der erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Klägers vom 7. Oktober 1969. Darin wird dem Beklagten mitgeteilt, die Eheleute B. hätten dem Kläger angekündigt, ihn wegen erheblicher Mängel bei der Planung und Durchführung ihres Bauvorhabens in Anspruch nehmen zu wollen. Es heißt dann weiter: "Da Sie seinerzeit das Bauvorhaben abgewickelt haben und auch die Aufsicht geführt haben, wenden wir uns dieserhalb an Sie mit der Bitte, uns umgehend einen entsprechenden Bericht hereinzugeben. Wie uns Herr S. sagte, sind ihre Arbeiten ordnungsgemäß durchgeführt worden und seines Erachtens nicht zu beanstanden. Da wir aber eine unmittelbare Schilderung haben möchten, wenden wir uns dieserhalb an Sie ..." Das Berufungsgericht sieht darin einen Anspruchsverzicht des Klägers. Dem kann, worauf die Revision mit Recht hinweist, nicht gefolgt werden. Diese Auslegung ist mit dem Wortlaut des Schreibens vom 7. Oktober 1969 schlechterdings nicht zu vereinbaren und das Berufungsgericht gibt auch keine Gründe an, derenwegen sich in vertretbarer Anwendung von § 133 BGB

etwas anderes ergeben sollte. Aus dem Schreiben ergibt sich, daß der Kläger gegenüber seinen Prozeßbevollmächtigten lediglich die damalige Ansicht geäußert hat, der Beklagte habe seine Arbeit ordentlich ausgeführt. Der Deutung, die Prozeßbevollmächtigten hätten namens und im Auftrage des Klägers mit dieser Mitteilung gegenüber dem Beklagten einen rechtsgeschäftlichen Verzicht ausgesprochen, steht schon die Anforderung eines Berichtes über die Vorgänge am Bau entgegen. Daraus wird deutlich, daß sich die Vertreter des Klägers zum Zwecke der Prozeßführung gegen die Eheleute B. selbst darüber Gewißheit verschaffen wollten, ob die Ansicht ihres Mandanten zutrifft. Für die Abgabe einer Verzichtserklärung war nach der Interessenlage zu diesem Zeitpunkt kein Raum.

VII. Aus diesen Gründen kann die Abweisung des Befreiungsanspruchs durch das Berufungsgericht nicht aufrechterhalten werden. Das Berufungsurteil ist insoweit aufzuheben und der Rechtsstreit, da es weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

B. Zahlungsanspruch

Diesen Anspruch stützt der Kläger nicht auf eigenes, sondern auf von der GmbH abgeleitetes Recht gegen den Beklagten nach § 43 Abs. 2 GmbHG. Hinsichtlich der Wirksamkeit der Abtretung und wegen des Erfordernisses nach § 46 Nr. 8 GmbHG gelten die gleichen Erwägungen, die unter A. III dieses Urteils dargelegt wurden.

I. Schadensersatzanspruch in Höhe von 10.000 DM wegen Baumängeln am Bauvorhaben U

Das Berufungsgericht hat diesen Anspruch abgewiesen, weil der Vortrag des Klägers unsubstantiiert sei und die Beweisangebote der Ermittlung von Tatsachen dienen und deshalb unzulässig seien. Dies rügt die Revision mit Recht.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß der GmbH durch Bauleistungsauftrag vom 7. Oktober 1968 die Erd-, Maurer- und Betonarbeiten an dem Wohn- und Geschäftshaus U übertragen wurden. Der Kläger hatte unter Berufung auf das Zeugnis des bauleitenden Architekten ausgeführt, bei der Schlußabrechnung habe dem Bauherrn wegen Fehlleistungen des Beklagten ein Nachlaß von 10.000 DM gewährt werden müssen (GA Bl. 138). Nach Fertigstellung des Rohbaus seien Nacharbeiten, z. B. das Schließen von Schlitzfenstern, Aufmauern von Lichtschächten und Auflegen von Lichtschachtrosten unerledigt geblieben. Decken und Wände seien schief gewesen. An einer Treppe habe Beton abgestemmt werden müssen, wodurch der GmbH ein Schaden von 1.100 DM entstanden sei. Der Beklagte habe Bauschutt liegen lassen. Der von der GmbH für den Verputz hergestellte Untergrund sei uneben gewesen und habe umfangreiche Stemmarbeiten erfordert. Da der Beklagte die von der GmbH, allerdings zu niedrigsten Preisen, übernommenen Putzarbeiten nicht zu Ende geführt habe, habe der bauleitende Architekt einen anderen Unternehmer damit beauftragt, der den unter der Aufsicht des Beklagten aufgetragenen Verputz teilweise habe abschlagen müssen (GA Bl. 202, 203).

Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß dieser Vortrag teilweise nicht schlüssig ist. Es ist nicht ohne weiteres ersichtlich, warum der GmbH Schaden entstanden sein soll, wenn sie die Nacharbeiten nicht ausgeführt und Bauschutt nicht abgefahren hat. Wenn dies zu ihren Aufgaben gehörte, war sie dazu verpflichtet und mußte die Leistungen auch erbringen. Ein Schaden könnte nur dann entstanden sein, wenn der Bauherr diese Leistungen berechtigterweise auf Kosten der GmbH durch einen anderen Unternehmer hätte ausführen lassen und dadurch die Unkosten der GmbH größer geworden wären. Dazu hat der Kläger nichts vorgetragen. Dennoch war die Abweisung dieses Anspruchs nicht berechtigt. Das übrige Vorbringen war hinreichend substantiiert. Der dazu angetretene Beweis durch Vernehmung des bauleitenden Architekten hätte deshalb erhoben werden müssen. Darüber, ob die Mängel einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 10.000 DM rechtfertigen, hätte nach Beweisaufnahme, notfalls durch ein Gutachten, entschieden werden müssen.

II. Schadensersatzansprüche wegen nicht ordnungsmäßiger Buchführung

Der Kläger stützt diese Ansprüche auf Verletzung der Buchführungspflicht durch den Beklagten, weil er es pflichtwidrig unterlassen habe dafür zu sorgen, daß ein Kassabuch geführt und Bareingänge sowie Barauszahlungen ordnungsmäßig verbucht und quittiert wurden. Der Beklagte war als einziger Geschäftsführer nach § 41 Abs. 1 GmbHG und aufgrund des Anstellungsvertrages verpflichtet, für eine ordnungsmäßige Buchführung der GmbH zu sorgen. Ergibt

sich bei unzulänglicher Buchführung aus den vorhandenen Buchungen und Buchungsunterlagen ein Fehlbetrag, so ist davon auszugehen, daß dieser tatsächlich besteht. Die Unaufklärbarkeit geht zu Lasten des Geschäftsführers, wenn und soweit er für die unzulängliche Buchführung verantwortlich ist, und er hat den Fehlbetrag gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG zu ersetzen. Denn bei ordnungsmäßiger Buchführung könnte die Gesellschaft die einzelnen Geschäftsvorgänge nachprüfen und feststellen, ob und gegen wen ihr noch Ansprüche zustehen (vgl. das nicht veröffentl. SenUrt. v. 16. November 1964 - II ZR 132/62). Dies hat das Berufungsgericht nicht beachtet.

1. Das Berufungsgericht hat unterstellt, daß der Beklagte das Kassabuch nicht ordnungsgemäß geführt und der Zeuge R. den nicht aufklärbaren Fehlbestand auf 1.033,04 DM errechnet hat. Dennoch sei, so meint das Berufungsgericht, der Vortrag des Klägers nicht schlüssig. Der Kläger hätte unter Darlegung der vorhandenen Unterlagen im einzelnen vortragen müssen, welche Einnahmen und Ausgaben getätigt worden seien. Da diese Angaben fehlten, diene der Antrag des Klägers auf Vernehmung des Zeugen R. der Ausforschung. Aus der nicht ordnungsgemäßen Kassabuchführung könne nicht geschlossen werden, daß der Beklagte den angeblichen Fehlbetrag nicht im Rahmen ordnungsmäßiger Geschäftsführung für die GmbH verwendet habe. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht überspannt auch hier die Anforderungen an die Substantiierungspflicht des

Klägers. Dieser hatte vorgetragen, der Steuerbevollmächtigte und Prokurist der GmbH R. habe das Kassabuch rekonstruiert. Die Nachprüfung der belegten Einnahmen und Ausgaben habe in Verbindung mit dem Kassenbestand den angegebenen Fehlbetrag ergeben. Zum Beweise dieser Behauptung hatte er sich auf das Zeugnis von R. berufen. Dieser Beweisantritt ist kein Ausforschungsbeweis, er dient nicht zur Beschaffung beweiserheblicher Tatsachen als Grundlage für neue Behauptungen, sondern dem unmittelbaren Beweis des Fehlbestands, den der Zeuge angeblich aus eigener Kenntnis der Buchhaltungsunterlagen bekunden kann. Das Berufungsgericht hätte deshalb den angebotenen Beweis erheben müssen. Sollte die Vernehmung des Zeugen den behaupteten Kassenfehlbestand ergeben, dann geht die Unaufklärbarkeit, wie erwähnt, zu Lasten des für die Buchführung verantwortlichen Beklagten.

2. Zu dem Schadensersatzanspruch wegen einer Entnahme von 800 DM hat das Berufungsgericht festgestellt, der Kläger habe hierzu die Durchschriften von zwei nicht unterzeichneten Quittungen über 300 und 500 DM mit dem Vermerk "Spesenvorschuß für Herrn S." vorgelegt. Es hat ausgeführt, wenn der Kläger bestreite, diesen Betrag erhalten zu haben, müsse er dies beweisen. Der Beweisantritt des Klägers mit dem Zeugnis seiner Ehefrau sei ungeeignet, weil der Kläger nicht behauptet habe, die Zeugin sei an den Tagen der Auszahlung stets mit ihm zusammen gewesen. Dem kann nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht hat verkannt, daß die Auszahlung von Barbeträgen ohne Quittung gegen die Regeln einer ordnungsmäßigen Buch- und Geschäftsführung ver-

stößt. Deshalb hat der dafür verantwortliche Geschäftsführer den Nachweis zu erbringen, daß der Betrag tatsächlich dem angeblichen Empfänger ausbezahlt worden ist. Das Berufungsgericht wird dem Beklagten noch Gelegenheit geben müssen, entsprechenden Beweis anzutreten. Rechtlich unhaltbar ist auch die Ablehnung des (Gegen-)Beweisantrags des Klägers auf Vernehmung seiner Ehefrau. Die Darlegungen des Berufungsgerichts stellen eine vorweggenommene Beweiswürdigung dar, die unzulässig ist.

3. Zu dem Schadensersatzanspruch hinsichtlich des Bauvorhabens W [REDACTED] in Höhe von 6.500 DM hat das Berufungsgericht festgestellt, daß der Bauherr W [REDACTED] auf den der GmbH geschuldeten Werklohn insgesamt 8.000 DM an den Beklagten in bar bezahlt hat, davon aber nur ein Betrag von 1.500 DM in den Büchern als Einnahme verbucht worden ist. Dennoch, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, sei der Schadensersatzanspruch nicht begründet. Der Kläger hätte darlegen müssen, daß der Beklagte diesen Betrag nicht für geschäftliche Zwecke verwendet habe. Die Behauptung des Beklagten, er habe 1.000 DM an den Kläger und 4.000 DM an die Allgemeine Ortskrankenkasse bezahlt und den Rest zur Auszahlung von Löhnen verwendet, sei nicht widerlegt. Obwohl über die Barzahlungen an den Kläger und die Allgemeine Ortskrankenkasse keine Quittungen vorlägen, könne nicht festgestellt werden, daß der Beklagte diese Beträge nicht im Rahmen ordnungsmäßiger Geschäftsführung für die GmbH ausgegeben habe. Diese Ausführungen greift die Revision ebenfalls mit Recht an. Das Berufungsgericht hat auch hier verkannt, daß nicht der Kläger, sondern der Beklagte, den Nachweis

erbringen muß, daß er diesen Betrag zu den behaupteten Zwecken für die Gesellschaft verwendet hat. Damit wird von dem Beklagten nichts Ummögliches verlangt. Denn er ist berechtigt, zum Zwecke seiner Beweisführung Einsicht in die Buchhaltung der GmbH zu nehmen. Überdies hatte er für seine Behauptung Beweis angetreten, den das Berufungsgericht hätte erheben müssen.

III. Aus diesen Gründen muß das Berufungsurteil, auch soweit der Zahlungsanspruch des Klägers abgewiesen worden ist, aufgehoben und der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Der Senat hat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Stempel

Dr. Schulze

Dr. Bauer

Dr. Kellermann

Bundschuh