

V ZR 160/60

2501 032

Verkündet
am 16. Mai 1962
Symalla, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Stahlbauschlossers Gerhard P [REDACTED] in
W [REDACTED], Wa [REDACTED] Straße [REDACTED],

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

gegen

die Firma U [REDACTED] R [REDACTED] B [REDACTED] Kraftstoff
Aktiengesellschaft in W [REDACTED], vertreten durch ihren
Vorstand, Dr. Werner S [REDACTED] und Dr. Ing. Kurt Wi [REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklagte und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 16. Mai 1962 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Augustin, Schuster, Dr. Rothe,
Dr. Mattern und Offterdinger
für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Köln vom 21. Juni 1960 wird zurückgewiesen.
Auf die Revision des Beklagten wird unter
entsprechender Aufhebung dieses Urteils die
Klage in Höhe weiterer 800 DM nebst Zinsen
abgewiesen und wegen eines weiteren Betrags
von 7920 DM nebst Zinsen die Sache an das
Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision des Beklagten
zurückgewiesen.

Die Kostenentscheidung des Berufungsurteils
wird aufgehoben. Dem Berufungsgericht wird
die Entscheidung über die gesamten Kosten
einschließlich der Kosten des Revisions-
rechtszuges übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Eigentümer eines mit einem Siedlungshaus bebauten Grundstücks in der Siedlung "am Kr[REDACTED]" bei W[REDACTED]. Alle Häuser dieser Siedlung sind von ihren Eigentümern unter Zuhilfenahme von öffentlichen Mitteln und 7 c-Darlehen der Klägerin in Eigenarbeit errichtet worden. Der Entschluß hierzu wurde von den Siedlern, die alle Werksangehörige der Klägerin sind oder wie der Beklagte damals waren, im Jahre 1952 gefaßt. Damals schlossen sich 31 der jetzt vorhandenen 70 Siedler, darunter der Beklagte, zusammen und gründeten die "Gemeinnützige Kleinsiedler-Selbsthilfe-Gemeinschaft e.V. W[REDACTED]" (häufig als Werksiedlungsgemeinschaft bezeichnet). Der Beklagte wurde ihr erster Vorsitzender. Die Klägerin befreite ihn deshalb von der Arbeit im Werk, wobei sein Lohn fortgezahlt werden sollte.

Die ersten 31 Siedler, darunter der Beklagte, erwarben ihre Grundstücke auf Grund des am 14. Juni 1954 vor dem Notar N[REDACTED] abgeschlossenen Kaufvertrags von der Klägerin. In dem Kaufvertrag haben alle Siedler unter VI b der Klägerin ein Ankaufsrecht für den Fall eingeräumt, "daß der einzelne Siedler bis zur Fertigstellung der Siedlung "am Kr[REDACTED]" seinen Verpflichtungen gegenüber der Werksiedlungsgemeinschaft nicht nachkommt". Als Kaufpreis ist für diesen Fall das Werksdarlehen der Klägerin zuzüglich der diesem in Abteilung III des Grundbuchs vorgehenden Belastungen bestimmt.

Der Beklagte leitete in der Folgezeit die Bobauung der Siedlung und errichtete auf seinem eigenen

- 3 -

Grundstück ein Haus. Im Jahre 1956, noch bevor das Bauvorhaben vollständig durchgeführt worden war, trat eine größere Finanzierungslücke auf. Als der Beklagte nicht in der Lage war, Rechnung zu legen, beschloß die Generalversammlung vom 12. Januar 1957, den Verein aufzulösen. Gleichzeitig wurde der vereidigte bautechnische Sachverständige D. in K. mit der Abrechnung des gesamten Bauvorhabens und der Berechnung der anteiligen Kosten jeder einzelnen Siedlerstelle betraut. Jeder Siedler, darunter auch der Beklagte, verpflichtete sich schriftlich, den für sein Haus errechneten Differenzbetrag an die Werksiedlungsgemeinschaft zu zahlen. Der Anteil des Beklagten wurde von D. zuerst mit 8 010,60 DM, später mit 7 376,94 DM festgesetzt. Als einziger Siedler erkannte der Beklagte die Abrechnung für sein Haus nicht an.

Mit Schreiben vom 22. Februar 1957 hat die Klägerin, gestützt auf einen Bericht des Sachverständigen D., unter Berufung auf ihr in dem notariellen Kaufvertrag geregeltes Ankaufsrecht die Auflassung des Grundstücks von dem Beklagten begehrt, was der Beklagte abgelehnt hat. Daraufhin hat die Klägerin Klage erhoben.

In erster Linie macht sie das vereinbarte Ankaufsrecht geltend. Sie hat vorgetragen, der Beklagte habe seine Pflichten gegenüber der Werksiedlungsgemeinschaft dadurch verletzt, daß er

1. die Kostensteigerung des Bauvorhabens verursacht habe. Zur ihr sei es gekommen, weil der Beklagte Aufträge vergeben habe, für die kein Geld dagegen sei, ferner weil er keine Bücher geführt und folglich keine Übersicht über die Einnahmen und Ausgaben gehabt habe.



2. Das Siedlungsvorhaben erweitert habe ohne die Klägerin davon in Kenntnis zu setzen.
3. Von Lieferanten und Handwerkern Provisionen und Sachleistungen im Gesamtbetrag von 10 780 DM angenommen habe, unter anderem:
 - a) von der Baustoffhandlung Salchow eine Zahlung in Form eines Schecks in Höhe von 157 DM,
 - b) von dem Schreinermeister H. [REDACTED] in Br. [REDACTED] Zahlungen in bar und in Scheck in Höhe von 450 DM,
 - c) von dem Bau- und Stuckgeschäft Ringhausen in Alfter Zahlungen in bar und in Scheck in Höhe von 3 250 DM und von der Fußbodenbelagsfirma Z. [REDACTED] eine Zahlung durch Scheck in Höhe von 600 DM.
4. Siedlungseigentum veräußert und den Erlös für sich behalten habe.
5. Im Namen und auf Rechnung der Siedlungsgemeinschaft Gegenstände für seinen eigenen Gebrauch gekauft habe.

Hilfsweise hat die Klägerin die Zahlung von 17 356,94 DM gefordert:

a) Auf Grund der Hausrestabrechnung habe der Beklagte zu zahlen	7 376,94 DM
b) für erhaltene Provisionen und Sachleistungen	10 780,00 DM s.o.
Summe:	18 156,94 DM

Dieser Zahlungsanspruch sei der Klägerin von der Werksiedlungsgemeinschaft abgetreten worden.

Von diesem Betrag hat die Klägerin wegen einer von dem Beklagten vor dem Arbeitsgericht Köln (Beiakten) geltend gemachten Arbeitslohnforderung einen Abzug gemacht in Höhe von

800,00 DM
17 356,94 DM

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie sein - grundbuchmäßig näher bezeichnetes - Grundstück aufzulassen, der Eintragung der Klägerin als Eigentümerin zuzustimmen und ihr das Grundstück zu übergeben, alles dies Zug um Zug gegen Übernahme der mit dem Rang vor der Auflassungsvormerkung der Klägerin in Abteilung III eingetragenen Leistungen (gemeint offenbar: Belastungen); hilfsweise an die Klägerin 17 356,94 DM nebst 4 % Zinsen seit Klagezustellung zu zahlen.

Der Beklagte, der jede Pflichtverletzung bestreitet, hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat vorgetragen, die Ankaufrklausel sei seinerzeit nur auf seine Anregung eingefügt worden, um eine Handhabe gegen arbeitsunwillige Siedler zu schaffen. Die Berechnung des Differenzbetrags durch den Sachverständigen erkennt der Beklagte nicht an. Er hat bemängelt, daß er bei der Besichtigung und Ausmessung seines Hauses durch den Sachverständigen nicht dabei gewesen sei, ferner daß D[REKTORE] für gleichgroße Häuser geringere Beträge errechnet habe.

Soweit der Beklagte die Annahme von Geldern seitens der an der Errichtung der Siedlung beteiligten Geschäftsleute nicht überhaupt bestritten hat, hat er behauptet, die Beträge seien ein Unkostenersatz gewesen, den die Lieferanten ihm für Fahrten gewährt hätten, die er in ihrem Interesse insbesondere zu deren Gläubigern unternommen habe.

Hilfsweise hat der Beklagte mit einem Betrag in Höhe von 12 720 DM aufgerechnet. Diesen Betrag hat er wie folgt angegeben:

- 14
1. Durch seine Tätigkeit als Vorstandsmitglied habe er einen Lohnausfall erlitten von ca. 4 800,00 DM
 2. für ca. 280 Tage habe er einen Personenkraftwagen gestellt, für den er je Tag 10 DM berechne also 2 800,00 DM
 3. für die 38 000 zurückgelegten Kilometer verlange er Kilometergeld pro Kilometer 0,10 DM 3 800,00 DM
 4. außerdem verlange er den fehlenden Spesenbetrag zwischen den vergüteten Spesen von durchschnittlich 1,50 DM pro Tag und den tatsächlich verbrauchten von 7,00 DM pro Tag, also $5,50 \text{ DM} \times 280 =$ 1 320,00 DM
-
- 12 720,00 DM

Die Klägerin hat die Aufrechnungsforderung des Beklagten als unbegründet bezeichnet mit Ausnahme des von ihr bereits berücksichtigten Betrags von 800 DM Arbeitslohn.

Das Landgericht hat dem Hauptantrag (auf Auflassung etc.) stattgegeben, da der Beklagte durch Annahme von Vorteilen von einigen Firmen seine Pflicht als Vorstand verletzt habe. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung des Beklagten den Hauptantrag der Klage abgewiesen und unter Abweisung des weitergehenden Zahlungsanspruchs den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 10 676,94 DM nebst 4 % Zinsen seit 5. Januar 1958 zu bezahlen.

Der Beklagte hatte insbesondere noch geltend gemacht, daß die Kostensteigerung des Bauvorhabens auf einem Anziehen der Baupreise beruhe, ferner, daß der Gegenstände für den eigenen Gebrauch auf Rechnung der Siedlungsgemeinschaft nicht gekauft habe.

Beide Parteien haben Revision eingelegt. Die Klägerin beantragt, unter entsprechender Aufhebung des angefochtenen Urteils die Berufung des Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil zurückzuweisen, hilfsweise den Beklagten zur Zahlung weiterer 357 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Der Beklagte beantragt, unter entsprechender Aufhebung des Berufungsurteils die Klage in vollem Umfang abzuweisen. Beide Parteien beantragen Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Zum Hauptanspruch der Klage.

1. Das Berufungsgericht führt aus:

a) Das Ankaufsrecht werde durch Pflichtverletzungen bei der Geschäftsführung für den Verein nicht begründet. Der Wortlaut der in Frage kommenden Bestimmung VI b sowie der übrige Inhalt des notariellen Vertrags ergäben allerdings keine Einschränkungen im Bezug auf bestimmte Arten von Pflichtverletzungen. Gerade wegen dieses scheinbaren Fehlens von Grenzen sei aber die Behauptung des Beklagten beachtlich, daß die Ankaufsklausel nach ihrer Entstehungsgeschichte nur auf arbeitsunwillige Siedler angewendet werden könne. Die Beweisaufnahme habe die Auslegung des Beklagten bestätigt. Der Zeuge F. [REDACTED] habe ausgesagt, daß, wie er annehme, die Klausel zur Aufrechterhaltung der Ordnung auf der Baustelle aufgenommen worden sei. Auch das vershentlich als Zeuge vernommene Vorstandsmitglied der Klägerin Dr. S. [REDACTED], dessen Angaben als

Parteiaussage gelten möchten, habe im Sinne des Beklagten davon gesprochen, daß mit der Klausel die vollständige Fertigstellung der Siedlung habe erreicht werden sollen. Das Berufungsgericht sei insbesondere auf Grund der Aussage des Zeugen F. [REDACTED] überzeugt, daß sich das Ankaufsrecht nicht auf die Geschäftsführungstätigkeit eines Siedlers erstreckt, obwohl die Aussage nicht sehr bestimmt und gewissermaßen nur eine Meinungsäußerung sei; denn diese Aussage müsse auf konkreten Äußerungen bei den Vertragsverhandlungen beruhen, an denen der Zeuge als Vorstandsmitglied des Siedlervereins besonders beteiligt gewesen sei.

b) Folge man der Auslegung des Beklagten, so komme es weiter darauf an, ob der Beklagte etwa die Ordnung auf der Baustelle gestört oder die Fertigstellung der Siedlung gefährdet habe. Solche Umstände können jedoch dem Vortrag der Parteien und der Beweisaufnahme nicht entnommen werden.

2. Die Revision der Klägerin bezeichnet die Auslegung des Berufungsgerichts als weder mit dem Wortlaut noch mit dem Sinn und Zweck des Vertrages vereinbar; sie sei unmöglich und verstoße gegen die Denkgesetze.

Hierzu ist zu sagen:

Das Berufungsgericht crachtet auf Grund der Beweisaufnahme die Behauptung des Beklagten über die Entstehung der Vertragsklausel als erwiesen und trifft damit gerade die Feststellung, daß die Bedeutung der Klausel bei den Vertragsverhandlungen in dem vom Beklagten behaupteten Sinn festgelegt worden sei. Es handelt sich daher überhaupt nicht um eine Auslegung des Berufungsgerichts im eigentlichen Sinn, sondern um die Feststellung des tat-

sächlich zum Ausdruck gekommenen Willens der Parteien (Palandt, BGB 21. Aufl. § 133 Anm. 1; RG DR 1942, 38 mit Anm. von Schönke). In diese Beweiswürdigung könnte das Revisionsgericht nur eingreifen, wenn sie auf Verfahrensverstoß beruhte. Das Berufungsgericht hat aber nicht vorkannt, daß die Zeugenaussage konkrete Angaben über die Vertragsverhandlungen nicht enthielt. Da der Tatrichter aber sogar der bloßen Parteibehauptung Glauben schenken kann (Baumbach/Lauterbach, ZPO 26. Aufl. § 286 Anm. 2; RG HRR 1928, 1651), was das Berufungsgericht rechtlich nicht gehindert, seine Feststellung auf Grund der von ihm hervorgehobenen Umstände zu treffen. Danach hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum festgestellt, daß Pflichtverletzungen bei den Vorstandsgeschäften nicht unter die Ankaufsklausel fallen, da gerade für den Vorstand eine Handhabe zum Vorgehen gegen säumige und die Ordnung störende Mitglieder durch die Bestimmung getroffen werden sollte, an Pflichtverletzungen des Vorstandes als solchen bei der Bestimmung also nicht gedacht war. Es kommt daher, soweit es um die Frage geht, ob sich die Ankaufsklausel auf Pflichtverletzungen auch des Vorstandes oder nur des einzelnen Siedlers bezieht, gar nicht mehr darauf an, daß im Gegensatz zur Auffassung der Revision, der Wortlaut der Klausel jedenfalls nicht eindeutig in dem weiteren von der Klägerin verfochtenen Umfang ist. "Der einzelne Siedler" kann durchaus bedeuten, daß der einzelne, wenn er Siedler ist, die für den Siedler bestehenden Pflichten nicht verletzen darf. Daran ändert auch der von der Revision hervorgehobene Umstand nichts, daß nach der in der Satzung des Vereins vorgesehenen Geschäftsordnung der Vorstand des Vereins aus aktiven Mitgliedern bestand, wie sich schon daraus ergibt, daß diese Bestimmung keine notwendige ist, weil in einem Verein nach dem Gesetz auch Nichtmitglieder zum Vorstand bestimmt werden können (Palandt, BGB 21. Aufl. § 26 Anm. 1).

Bei einer wirklichen Auslegung würde auch zu berücksichtigen sein, daß bei den Siedlern im Rahmen der Gesamtplanung jede Arbeitskraft von Bedeutung war und es insbesondere bedenklich war, wenn ein Sichdrücken von der Arbeit oder Unregelmäßigkeiten Schule machten, während ein pflichtvergessener Vorstand nach der Geschäftsordnung durch eine außerordentliche Mitgliederversammlung abberufen und durch einen anderen ersetzt werden konnte.

Scheiden die Vorstandsverpflichtungen als solche aus, so ist damit freilich noch nichts darüber gesagt, ob nach dem Parteiwillen jede Verletzung von Siedlerverpflichtungen oder nur bestimmte das Ankaufsrecht auslösen sollten. Das Berufungsgericht ist der Meinung, daß es darauf ankomme, ob der Beklagte nur in seiner Eigenschaft als bauarbeitsleistender oder zur Bauarbeit noch verpflichteter Siedler die Ordnung auf der Baustelle gestört und hierdurch oder durch Nichterfüllung der Arbeitspflicht die Fertigstellung der Siedlung gefährdet habe, während andere Pflichtverletzungen des Siedlers nicht in Betracht kommen sollen. Die Revision erhebt auch hierzu Einwände. Sie sind ersichtlich von vornherein unbegründet, als es sich um die behauptete Annahme von Schmiergeldern und die behauptete Unterschlagung und Untreue durch Überweisung von Geldern auf Grund unrichtig ausgestellter Rechnungen (Heizungsanlage anstatt Kraftwagen) handelt, weil insoweit die Verletzung von Vorstandspflichten behauptet wird. Es bestehen keine durchgreifenden Bedenken aus Rechtsgründen gegen die Feststellung des Parteiwillens im obigen Sinne durch das Berufungsgericht auf Grund der Angaben des Vorstandsmitglieds der Siedlergemeinschaft F [REDACTED] und der am Zustandekommen des Kaufvertrags auf beiden Seiten besonders interessierten Personen, nämlich des Vorstandsmitglieds der Klägerin

Dr. S. [REDACTED] und des Beklagten als des Vertreters der Siedler, umsoweniger als gerade die Bauarbeit, die nach dieser Auslegung allein in Frage kommt, bei einer lediglich durch die Arbeit der anderweit berufstätigen Siedler selbst zu erstellenden Siedlung der Punkt war, wo am leichtesten die Fertigstellung gefährdende Schwierigkeiten auftreten konnten. Es widerstreitet insbesondere nicht den Denkgesetzen, wenn schwerere Verstöße (auf anderen Gebieten) als die nach der Meinung des Berufungsgerichts allein in Betracht kommenden das Ankaufsrecht nicht begründen; denn es steht mit der Logik nicht in Widerspruch, wenn die Vertragsschließenden nur für bestimmte, besonders gefährliche Verstöße oder solche, bei denen die Ausübung eines Druckes zu ihrer Verhinderung besonders dringlich erschien, Vorsorge treffen wollen, während es sonst bei den vom Gesetz zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfen verbleibt.

Für die Rückübereignungspflicht nicht in Betracht kommt angesichts dieser Auslegung der im überreichten Bericht des Sachverständigen D. [REDACTED] erwähnte, von der Revision als durch den Tatrichter übergangen bezeichnete Kauf von Gegenständen, die in der Baufinanzierung nicht vorgesehen waren, im Betrag von 1 791,93 DM. Um die Vorstandsgeschäftsführung und nicht um die Erfüllung der Arbeitspflicht des einzelnen Siedlers und was damit zusammenhing, handelte es sich auch, wenn der Beklagte nach der Behauptung der Klägerin den Erlös für von ihm verkauftes Siedlergut nicht an die Siedlerkasse abgeführt hat. Daran ändert nichts, daß die Arbeitsordnung des Vereins den einzelnen Siedler zur pfleglichen Behandlung der ihm übergebenen Werkzeuge und Materialien verpflichtete und für Diebstahl und grobe Verstöße Ausschluß aus der Siedlergemeinschaft in Aussicht stellte, was die Revision besonders hervorhebt.

Der Hauptantrag der Klage ist demnach vom Berufungsgericht mit Recht abgewiesen worden.

II. Zum Hilfsanspruch (Zahlungsanspruch der Klage)

A) Anspruch auf Herausgabe von Provisionen und dergleichen.

1. Das Berufungsgericht führt aus, als Vorstandsmitglied habe der Beklagte an den Verein, nunmehr an die Klägerin als Abtretungsempfängerin, alles herauszugeben, was er aus Geschäftsbesorgung für den Verein erlangt habe (§ 27 Abs. 3, § 667 BGB). Dazu gehörten Provisionen und Schmiergelder, soweit ihre Zuwendung eine Willensbeeinflussung zum Nachteil der Werksiedlungsgemeinschaft (des Vereins) besorgen ließen. Diese Rechtsgrundsätze stehen mit der höchststrichterlichen Rechtsprechung im Einklang (RGZ 99, 31, 33; 146, 194, 205; 164, 98; 103) und werden auch von den Revisionen nicht in Zweifel gezogen.

Das Berufungsgericht hält die Herausgabepflicht für den Beklagten nur in zwei Fällen für gegeben. Einmal habe der Beklagte ein Schmiergeld in Höhe von 3 000 DM von der Firma R. erhalten, und zwar nach der glaubhaften Aussage des Zeugen Bo. deswegen, damit die Bezahlung der Rechnungen "besser über die Bühne gehe". Einen Betrag von 3 250 DM habe der Zeuge nicht mit Sicherheit als gezahlt angeben können. An der Herausgabepflicht ändere es nichts, daß der Beklagte für die Firma R. erhebliche Aufwendungen an Fahrten zur Goldbeschaffung gehabt habe, da nicht dies, sondern die Erreichung

beschleunigter Zahlungen von Seiten der Siedlungsgemeinschaft nach der Aussage des Zeugen der Grund für die Herausgabe der 3 000 DM gewesen sei.

Desgleichen habe der Beklagte Schmiergelder in Höhe von mindestens 300 DM von dem Schreinermeister H. [REDACTED] erhalten. Der Zeuge habe bekundet, daß er diese Summe dem Beklagten nach vorangegangenem Versprechen zugewendet habe, um sich die alsbaldige Zahlung seiner Rechnung durch die Siedlungsgemeinschaft zu sichern. Ein Interesse des Vereins, meint das Berufungsgericht, daß jüngere Rechnungen vor älteren beglichen würden, habe nicht bestanden, da dies die Finanzschwierigkeiten des Vereins nur noch zu vergrößern geeignet gewesen sei.

2. Die Revision der Klägerin bemängelt, daß das Berufungsgericht nicht, wie beantragt, wegen des fehlenden Beweises für die Summe von 3 250 DM anstatt 3 000 DM im Fall R. [REDACTED] die Steuerfahndungsakten beigezogen habe. Diese Rüge schweitert schon daran, daß die Klägerin - auch in der Revisionsbegründung nicht angegeben hat (Schriftsatz vom 6. Januar 1959 S. 13 Bl. 206 GA), um die Steuerfahndungsakten welcher Behörde es sich dabei handeln sollte. Unbegründet ist auch die Rüge, das Berufungsgericht hätte zum Beweis, daß der Beklagte von der Firma Z. [REDACTED] Provision zu gefordert und erhalten habe, Frau Z. [REDACTED], wie beantragt, als Zeugin vernehmen müssen (Schriftsatz vom 6. Januar 1959 S. 6), anstatt des persönlich haftenden Gesellschafters. Im Schriftsatz vom 17. Mai 1960 S. 4 hatte die Klägerin nämlich ausgeführt, falls der persönlich haftende Gesellschafter, dessen Vernehmung angeordnet war (Beweisbeschluß vom 9. Juni 1959 S. 4), über die Vorgänge nicht orientiert sein sollte, müßte noch Frau Z. [REDACTED] vernommen werden. Der Zeuge Gerd Z. [REDACTED]

war aber, wie seine im Tatbestand des Berufungsurteils wiedergegebene Aussage zeigt, über die Vorgänge unterrichtet.

Kein Rechtsverstoß war es, wenn das Berufungsgericht im Falle der Firma Sa [REDACTED] auf Grund der Aussage des Zeugen Sa [REDACTED], es habe sich bei den Geldzuwendungen in Höhe von 157 DM um Auslagenerstattungen für Fahrten des Beklagten zu Gläubigern der Firma gehandelt, dem Zeugen Glauben geschenkt hat, ohne sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der Zeuge sich durch Geben eines Schmiergeldes an den Beklagten nach § 12 Abs. 1 UWG strafbar gemacht hätte. Eines Eingehens auf diesen Umstand im Berufungsurteil bedurfte es nicht. Zu den leitenden Gründen der richterlichen Überzeugung, die anzugeben waren, kann die Frage der Strafbarkeit nicht gerechnet werden (§ 286 ZPO). Jedenfalls hätten Zweifel an der Richtigkeit der Bekundung des Zeugen den erforderlichen positiven Beweis der unerlaubten Beeinflussung des Beklagten nicht erbracht.

Unbegründet ist ebenfalls die Rüge der Revision der Klägerin, das Berufungsgericht hätte im Falle des Schreinermeisters H [REDACTED] von einem Schmiergeld von 450 DM anstatt 300 DM ausgehen müssen. Zwar hat der Beklagte nach dem Tatbestand des Berufungsurteils den Empfang von 450 DM zugegeben (S. 10 BU). Der Zeuge H [REDACTED] hat jedoch bekundet, daß der Beklagte für ihn öfters Fahrten mit dem Kraftwagen zur Sparkasse in Br [REDACTED] im Interesse des Zeugen gemacht habe, wofür er nichts verlangt habe. Wenn das Berufungsgericht hierwegen nicht den vollen Betrag des erhaltenen Geldes als Schmiergeld angesehen hat, sondern einen Teilbetrag als mindestens möglicherweise zum Ersatz

der Auslagen gegeben, so hielt es sich in den Grenzen der ihm zustehenden Beweiswürdigung. Daß das Berufungsgericht das von ihm selbst festgestellte Geständnis des Empfangs von 450 DM übersehen hätte, erscheint ausgeschlossen.

3. Das im Falle H [REDACTED] oben Ausgeführte gilt auch hinsichtlich der Rüge der Revision des Beklagten. Der Zeuge hatte bekundet, er habe dem Beklagten Geld gegeben, wenn eine Zahlung erfolgt war, und ihm das vorher versprochen. Das war an sich unzweideutig. Einen höheren Betrag als 150 DM als Ersatz für die Fahrten nach dem in der Nähe von We [REDACTED] gelegenen Br [REDACTED] zur Sparkasse hat der Berufungsrichter nicht für dargetan erachtet. Die nach dieser Richtung erhobene Rüge der Revision des Beklagten ist unbegründet.

Nicht zu beanstanden ist es auch, daß das Berufungsgericht einen Betrag von 3 000 DM, den der Beklagte von der bereits erwähnten Firma R [REDACTED] erhalten hat, als herausgabepflichtige Zuwendung angesehen hat. Wie das Berufungsgericht der Aussage des Zeugen Bo [REDACTED] entnimmt, hatte dieser für die Firma den Betrag dem Beklagten zukommen lassen, damit die Bezahlung der Rechnungen besser über die Bühne ging. Der Zeuge hatte ausdrücklich bestätigt, wie übrigens auch der vom Berufungsgericht nicht erwähnte Zeuge A [REDACTED], daß das Geld unentgeltlich gegeben worden sei. Dem Beklagten verblieb also, auch wenn er das Geld als Ersatz für Fahrten, die er im Interesse der Firma R [REDACTED] gemacht hatte, angenommen haben sollte, wie er behauptet, der Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen gegen die Firma. Damit ist die Zuwendung im Gegensatz

zu der Auffassung der Revision des Beklagten als herausgabepflichtig dargetan, und es bedarf hier keiner Untersuchung mehr, ob das von der Revision des Beklagten als übergegangen gerügte Beweisangebot in dem vorbehaltenen Schriftsatz vom 28. Mai 1960, der Beklagte habe erhebliche Mengen Materials für die Firma R. [REDACTED] herangeführt, nach § 272 a ZPO überhaupt hätte berücksichtigt werden können.

4. Die Revision des Beklagten rügt weiter, der ohne seinen Prozeßbevollmächtigten erschienene Beklagte sei vor dem ersuchten Richter in Bonn bei der Vernehmung der Zeugen Dr. S. [REDACTED], N. [REDACTED] und G. [REDACTED] deswegen nicht dabei gewesen, weil ihn unter Verletzung des § 397 ZPO (Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme) der Protokollführer des Saales verwiesen habe. Bei Anwesenheit hätte der Beklagte, führt seine Revision aus, an die Zeugen (durch das Gericht) die entsprechenden Fragen richten lassen. Das Berufungsgericht sagt hierzu, der Beklagte sei durchaus prozeßgewandt, er habe auch von seinem Prozeßbevollmächtigten den Auftrag gehabt, der Zeugenvernehmung beizuwohnen und es sei unverständlich, daß er die Hinausweisung hingenommen und sich nicht an den Richter gewendet habe. Die Abwesenheit beruhe somit auf seinem Verschulden.

Ob diese Begründung, die ein vorsätzliches Fernbleiben und den Verzicht auf Anwesenheit nicht feststellt, rechtlicher Nachprüfung standhielte, kann offen bleiben. Der etwaige Prozeßverstoß ist aus anderen Gründen unerheblich. Der Zeuge Dr. S. [REDACTED] war kein Zeuge, weil er als gesetzlicher Vertreter in jener Eigenschaft nicht gehört werden konnte, seine Aussage ist auch als

Beweismittel zu Lasten des Beklagten nicht verwendet worden. Zu der bloßen Parteierklärung des Dr. Si [REDACTED] sich zu äußern, hatte der Beklagte auch nachträglich Gelegenheit. Der Zeuge N [REDACTED] war lediglich über die Ankaufsklausel gehört worden. Der Zeuge G [REDACTED] wurde über denselben Punkt und über die Frage gehört, inwieweit die Verwendung der Baumittel auch durch die Hauptverwaltung der Klägerin kontrolliert worden war. Der nach den obigen Ausführungen zum Hauptanspruch allein noch in Frage stehende Zahlungsanspruch wurde durch die Aussage der Zeugen nicht berührt, das Berufungsgericht hat die Aussagen der Zeugen auch nicht zu Lasten des Beklagten verwendet.

B) Restanspruch aus der Hausabrechnung.

1. Das Berufungsgericht führt aus: Der Beklagte habe sich zur Bezahlung des von dem Sachverständigen D [REDACTED] berechneten Nachforderungsanspruchs für das Haus des Beklagten in Höhe von 7 376,94 DM verpflichtet. Die von allen Siedlern abgegebene Erklärung, den von dem Sachverständigen berechneten Differenzbetrag zu bezahlen, stelle eine im voraus erfolgte Anerkennung des zu errechnenden Betrages und damit ein Schiedsgutachtervertrag (mit dem Vorgein) dar. Zwar könne bei einem solchen in entsprechender Anwendung des § 319 Abs. 1 Satz 1 die berechnete Leistung trotz vorheriger Anerkennung unverbindlich sein (RGZ 96, 61; 152, 204; BGH LM § 317 BGB Nr. 7), nämlich bei offenkundiger Unbilligkeit, d.h. wenn das Schiedsgutachten sachwidrig sei und offenbar gegen die Interessen eines Teiles verstoße (RG LZ 1913, 400). Dafür sei jedoch nichts Ausreichendes dargetan.

Die Revision des Beklagten macht geltend, dieser habe im (erstinstanziellen) Schriftsatz vom 17. September 1957

16

S. 6 für die Unrichtigkeit des Gutachtens durch Vorlage der Abrechnungen und Unterlagen in Händen der Klägerin und durch das sachverständige Zeugnis des Architekten T. Beweis angeboten habe. Das erstinstanzielle Beweisangebot scheidet schon deswegen aus, weil damals ein Zahlungsanspruch überhaupt noch nicht erhoben war. Im zweiten Rechtszug ist gegen die Berechnungen des Restanspruchs aus der Hausabrechnung vom Beklagten lediglich geltend gemacht worden, der Gutachter habe das Haus nie in seinem (des Beklagten) Beisein betreten und von den Eigentümern von Häusern gleicher Größen seien weit geringere Beträge verlangt worden (Schriftsatz vom 12. Oktober 1958 S. 2). Auch wenn man in dem Vorbringen des Beklagten im zweiten Rechtszug die allein rechtserhebliche Behauptung sehen sollte, die Bestimmung des zu zahlenden Betrages sei offenbar unrichtig, d.h. die Unrichtigkeit dränge sich jedermann oder doch einem sachkundigen und unbefangenen Beobachter auf (Palandt, BGB 21. Aufl. § 319 Anm. 2) - bloße Behauptung der einfachen Unrichtigkeit allein genügt nicht -, so war die nach dem Baubericht des Sachverständigen Dohmen vom 11. März 1958 äußerlich betrachtet zutreffende Behauptung, daß für andere Häuser gleicher Größe geringere Beträge verlangt worden seien, doch keine genügende Konkretisierung, weil schon die Bauabrechnung ersehen läßt, daß der Beklagte Sonderwünsche verwirklicht hat (Rechnung Ba., die nach dem Vortrag des Beklagten die Heizung betraf). Die Revision des Beklagten rügt allerdings auch, das Berufungsgericht habe ihn nicht nach § 139 ZPO zu einer substantiierten Beanstandung der Berechnung des Sachverständigen D. aufgefordert. Allein auch diese Rüge kann keinen Erfolg haben; denn der Beklagte gibt in der Revisionsbegründung lediglich an, er hätte nur einen Betrag von 3 376,94 DM anerkannt, ohne darzulegen, um welche Posten es sich hier handeln soll. Die Behauptung

endlich, das Gutachten sei deswegen nicht objektiv, weil in ihm die Annahme von Schmiergeldern durch den Beklagten als erwiesen betrachtet ist, greift nicht durch. Eine offenbare Unrichtigkeit der hiervon unabhängigen Hausabrechnung folgt hieraus nicht. Die Ablehnung eines Schiedsgutachters wird von der höchstichterlichen Rechtsprechung als unzulässig angesehen (RGZ 152, 207; a.A. Stein/Jonas/Schönke/Pohlo § 1032 V; Baumbach/Lauterbach, ZFO vor § 1025 Anm. 3 E).

Die Feststellung des Berufungsgerichts über die Höhe des Nachforderungsbetrags ist demnach ohne Rechtsirrtum erfolgt.

C) Aufrechnung durch den Beklagten.

1. Das Berufungsgericht führt aus:

a) Lohnausfall: Der Beklagte habe lediglich vorge-
tragen, er habe bis zu seiner Entbindung wegen der Tätig-
keit als Vorstandsmitglied infolge Akkordzulagen mehr ver-
dient als während seiner Tätigkeit als Vorstandsmitglied,
wo er die Zulagen nicht erhalten habe. Damit sei jedoch
nicht dargetan, meint das Berufungsgericht, wieso ein
Anspruch auf Akkordlohn gegeben sein solle, der nur für
die jeweils geleistete Arbeit bezahlt werde.

b) Spesen: Ähnlich verhalte es sich mit den Spesen,
die der Beklagte ersetzt verlange. Der Beklagte habe
trotz Aufforderung des Senats im Aufklärungsbeschuß
vom 9. Juni 1959 nicht vorgetragen, daß die verlangten
Spesen bei Beginn der Vorstandstätigkeit vereinbart worden
seien, auch nicht im einzelnen spezifiziert, daß sie ihm

entstanden seien. Die vorgelegten Belege für Getränke und Spesen seien, abgesehen davon, daß sie nicht vollständig seien, deshalb nicht verwertbar, weil aus ihnen nicht ersichtlich sei, was der Beklagte an notwendigen Auslagen für Essen und Getränke erspart habe.

2. a) Die Revision des Beklagten rügt, das Berufungsgericht hätte bei der Auslegung der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung über den Arbeitslohn, daß der Beklagte unter Fortzahlung seines Lohnes für die Tätigkeit der Siedlergemeinschaft freigestellt werde, in Anlehnung an § 37 Abs. 2 des Betriebsverfassungsgesetzes nach den §§ 133, 157 BGB auch den Akkordlohn als ersatzfähig erachten müssen. Die Revision des Beklagten weist dabei auf die Akten des Arbeitsgerichts Köln hin, auf die das Berufungsgericht am Ende des Tatbestands wegen des Sach- und Streitstandes Bezug genommen hatte (BU S. 14). Ob die Angabe, der Beklagte hätte in seiner Altersgruppe 30 % mehr verdient und sein Ausfall betrage ca. 4 800 DM (Schriftsatz des Beklagten vom 19. März 1958 S. 6) eine hinreichende Substantiierung bedeutete, mag offen bleiben. Jedenfalls hat die Klägerin unwidersprochen vorgetragen (Schriftsatz der Klägerin vom 17. Januar 1958, Schriftsatz des Beklagten vom 19. März 1958 S. 6 III a.E.), die Parteien hätten in jenem Prozeß einen Vergleich auf Zahlung einer Lohnabfindung von 800 DM geschlossen. Das trifft nach diesen Akten auch zu (Vergleich vom 12. Dezember 1957 vor dem Landesarbeitsgericht Köln Bl. 57 R der Akten des Arbeitsgerichts Köln 2 Sa 386/57). In jenem Verfahren war der Akkordlohnanspruch vom 18. Mai 1953 bis 11. Februar 1957 (Ausscheiden des Beklagten aus dem Betrieb der Klägerin) in vollem Umfang geltend gemacht worden. Zur Abgeltung dieses Anspruchs wurde die oben erwähnte Zahlung vereinbart.

Weitergehende Ansprüche wegen des versäumten Akkordlohns kann der Beklagte gegen die Klägerin daher nicht erheben. Der von der Klägerin auch im gegenwärtigen Prozeß anerkannte Betrag von 800 DM muß allerdings zugunsten des Beklagten berücksichtigt werden, wie auch die Revision der Klägerin nicht verkennt. Das Berufungsgericht hat dies, offenbar vorsehentlich, unterlassen.

b) Hinsichtlich der weiteren Aufrechnung rügt die Revision des Beklagten, daß das Berufungsgericht die in Rechnung gestellten Personenkraftwagenkosten überhaupt nicht behandelt und damit die §§ 286, 551 Nr. 7 ZPO verletzt habe. Das trifft nicht zu. In der allerdings sehr kurz gehaltenen Begründung, mit der das Berufungsgericht die Aufrechnung des Beklagten mit einem Anspruch auf Ersatz ablehnt, ist der Ausdruck Spesen offenbar umfassender gemeint, als im Tatbestand (BU S. 16 oben). Es vermißt nach dem Sinn seiner Ausführungen auch hinsichtlich der Kosten des Personenkraftwagens eine Spezifizierung durch den Beklagten. Eine solche liegt auch nicht vor. Sie würde erfordern, daß für jeden Tag die auswärts erledigten Geschäfte angegeben würden, Entfernung, Verbrauch an Benzin und dergl., dabei die für Verpflegung aufgewendeten Beträge unter Angabe dessen, was der Beklagte zu Hause verbraucht hätte, so daß der Mehrverbrauch festzustellen wäre. Derartige Angaben zu machen ist der Beklagte, wie er selbst vorträgt, nicht in der Lage. Er hat Belege für Aufwendungen an Kraftstoff, Öl und dergl. sowie für Verzehr teils datiert, teils undatiert im Gesamtbetrag von etwa 1 500 DM dem Berufsrichtiger vorgelegt. Die Revision des Beklagten rügt mit Recht Verletzung des § 287 Abs. 2 ZFO insofern, als ersichtlich das Berufungsgericht die Anwendung dieser Vorschrift nicht in Erwägung gezogen hat. Mit der Feststellung, der Beklagte habe nicht im

einzelnen die Spesen spezifiziert, lehnt das Berufungsgericht eine Berücksichtigung der Spesen nicht deswegen ab, weil es überhaupt an einem Rechtsgrund für die zur Aufrechnung gestellte Forderung fehle, sondern weil mangels entsprechender Einzeldarlegungen die Höhe eines etwaigen Ersatzanspruchs nicht festzustellen sei. Hier greift jedoch § 287 Abs. 2 ZPO ein. Es handelt sich um einen vermögensrechtlichen Anspruch. Allerdings sind die in Frage stehenden Forderungen nicht unbedeutend. In Frage steht jedoch die Aufklärung vieler Einzeltatbestände (Fahrten), so daß insofern die vollständige Aufklärung aller maßgebenden Umstände in keinem Verhältnis zur Bedeutung der Forderung stünde. Die Notwendigkeit zur Substantiierung ist in einem solchen Fall eingeschränkt (Stein/Jonas/Schönke/Pohle, ZPO 18. Aufl. § 287 III 1), so daß die allgemeinen Darlegungen des Beklagten über seine auswärtige Tätigkeit im Interesse des Vereins genügen können. Es wird, sofern der vom Berufungsgericht noch nicht näher behandelte Grund des Aufwendungsanspruchs bejaht werden kann, wobei auch die Behauptung der Klägerin, sie habe dem Beklagten einen Wagen gestellt, berücksichtigt werden müßte, eine vorsichtige Schätzung erfolgen müssen.

III.

Nach alledem war die Revision der Klägerin zurückzuweisen. Auf die Revision des Beklagten war unter entsprechender Aufhebung des Berufungsurteils die Klage wegen eines weiteren Betrages von 800 DM nebst Zinsen (II C 2 a oben) abzuweisen, womit noch ein Klageanspruch von 10 676,94 DM - 800 DM = 9 876,94 DM verbleibt. Mit Rücksicht auf die in II C 2 b oben behandelte Aufrechnung war wegen eines Betrags von 2 800 DM (Fkw), 3 800 DM

(Kilometorgelder) und 1 320 DM (Spesen) insgesamt also wegen 7 920 DM nebst Zinsen die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Im übrigen war die Revision des Beklagten zurückzuweisen.

Es erschien angemessen, die neu zu treffende Entscheidung über die gesamten Kosten dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Augustin

Schuster

Rothe

Dr. Mattorn

Offterdinger