

Für das Nachschlagewerk !

Nicht für die Amtliche Sammlung

2365-035

Gesetz: BGB § 839; KO § 105

Rechtssatz:

Der Konkursrichter hat vor der Eröffnung eines Konkursverfahrens wegen der wirtschaftlichen Tragweite seiner Entscheidung sorgfältige Ermittlungen darüber anzustellen, ob eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners vorliegt. Bestreitet der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit, dann kann sich der Richter die erforderliche Überzeugung in der Regel nur dadurch verschaffen, daß er sich eine vollständige und geordnete Vermögensübersicht vorlegen läßt.

Aktenzeichen: III ZR 139/55

LG Lüneburg

Urt. des BGH v. 5. November 1956

OLG Celle

Verkündet am 5. November 1956
Fieser, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Maurermeisters Wilhelm S. [REDACTED] aus N. [REDACTED]
Kreis Lüneburg,

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

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

gegen

das Land Niedersachsen, vertreten durch den Generalstaats-
anwalt in Celle,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] ..

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 5. November 1956 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Prof. Dr. Geiger sowie der Bundesrichter
Dr. Pagendarm, Dr. Weber, Dr. Arndt und Dr. Wolany

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Celle vom 18. Mai 1955 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der Revi-
sion, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt Schadensersatz vom Justizfiskus des beklagten Landes, weil ein Richter pflichtwidrig das Konkursverfahren über sein Vermögen eröffnet habe.

Der Kläger ist Bauunternehmer in N. Am 20. September 1951 beantragte die Ortskrankenkasse bei dem Amtsgericht Bleckede die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Klägers wegen dessen Zahlungsunfähigkeit auf Grund rückständiger Sozialversicherungsbeiträge von 3.624,22 DM. Der Kläger erschien im dem auf den 28. September 1951 anberaumten Erörterungstermin nicht und wurde auf Grund eines Vorführungsbefehls herangeholt. Er gab an, die Ladung nicht erhalten zu haben, und bestritt seine Zahlungsunfähigkeit. Der Richter, Amtsgerichtsrat von Na. erörterte mit den Vertretern der Krankenkasse, dem Gerichtsvollzieher und dem Kläger dessen Vermögensverhältnisse und eröffnete im Anschluß daran das Konkursverfahren. Auf die Beschwerde des Klägers stellte das Landgericht weitere Ermittlungen an. Der Konkursverwalter legte eine Übersicht über das Vermögen des Klägers nach dem Stande vom 4. Oktober 1951 vor. Er schätzte darin nach Abzug der gesamten Verbindlichkeiten von rund 13.000 DM das verbleibende Aktivvermögen des Klägers auf rund 36.000 DM. Durch Beschluß vom 23. Oktober 1951 hob das Landgericht die Konkursöffnung wieder auf, weil es "den Anschein habe, als ob es sich bei dem Kläger doch nur um eine vorübergehende Zahlungsstockung handele, deren er bei Anspannung seiner Kräfte Herr werden könne". Der Konkursverwalter hatte inzwischen verschiedene Vermögensstücke des Klägers veräußert.

Der Kläger hat vorgetragen: Bei ihm habe keine Zahlungsunfähigkeit vorgelegen. Die Krankenkasse habe



den Konkursantrag wie in anderen Fällen nur gestellt, um ihn unter Druck zu setzen. Der Konkursrichter hätte bei sachgemäßen Ermittlungen feststellen müssen, daß bei ihm nur eine vorübergehende Zahlungsstockung vorgelegen habe. Er hätte mindestens eine ordnungsmäßige Vermögensübersicht aufstellen lassen und die Außenstände ermitteln müssen. Allein seine Außenstände seien höher als seine Verbindlichkeiten gewesen, denn der Schulverband N. habe ihm über 9.000 DM und die Bundesbahn über 4.500 DM geschuldet. Er habe ferner einen Lastzug im Werte von über 10.000 DM besessen; daran habe zwar ein Eigentumsvorbehalt bestanden, doch habe die Restschuld nur noch 1.000 DM betragen. Sein Grundstück habe einen Wert von mindestens 18.000 DM gehabt und sei nur mit 4.400 DM belastet gewesen, weil nur in dieser Höhe die Grundpfandrechte im Nennbetrage von 8.100 DM valuiert gewesen seien. Der Richter habe erkannt, daß er völlig unvorbereitet zum Termin geholt worden sei; sein Sohn habe früher die Bücher geführt, aber zwei Monate vorher Selbstmord begangen. Der Konkurs habe ihn aus einem gutgehenden Baugeschäft herausgerissen und ihm einen erheblichen Schaden verursacht. Er errechnet den Schaden auf über 8.000 DM (Verfahrenskosten rund 1.400 DM, Schaden durch unvorteilhafte Veräußerung von Vermögensstücken durch den Konkursverwalter über 3.000 DM, entgangener Gewinn aus einem entzogenen Auftrag 1.000 DM und die Folgen der Kreditschädigung 3.000). Er macht davon nach näherer Aufgliederung einen Teilbetrag von 1.500 DM geltend. Ansprüche gegen Dritte habe er nicht, denn der Konkursverwalter sei vermögenslos. Die Krankenkasse hafte höchstens bei Vorsatz, der hier nicht vorliege, und von seinen Schuldnern könne er diesen Schaden mangels Verschuldens nicht erstattet verlangen.

Das beklagte Land meint, es hafte nicht, weil es sich bei der Entscheidung des Richters um ein "Urteil" gehandelt habe und keine vorsätzliche Rechtsbeugung vorliege. Im übrigen habe der Konkursrichter ausreichende Ermittlungen angestellt. Der Kläger sei damals zahlungsunfähig gewesen, da er es unterlassen habe, seine Sachwerte zur Befriedigung seiner Gläubiger zu verwerten. Die Außenstände seien zweifelhaft, bestritten und anderweit gepfändet gewesen. Keinesfalls habe der Richter schuldhaft gehandelt, da er bei pflichtmäßiger Abwägung des Ermittlungsergebnisses und bei dem widersetzlichen Verhalten des Klägers eine Zahlungsunfähigkeit habe annehmen dürfen. Die etwa unzureichende Aufklärung habe allein der Kläger verschuldet. Dieser müsse sich im übrigen an den zahlungsfähigen Konkursverwalter halten, soweit dieser pflichtwidrig Werte verschleudert habe.

Der Kläger, der in beiden Rechtszügen unterlegen ist, verfolgt mit der Revision seinen Klageanspruch weiter. Das Land bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat folgendes ausgeführt: Die erneute Beweisaufnahme habe ergeben, daß "die damalige Lage des Klägers zwischen dauernder Zahlungsunfähigkeit und vorübergehender Zahlungsstockung noch weniger eindeutig geworden" sei. Ein Schuldner in der Lage des Klägers sei schon als konkursreif anzusehen. Jedoch könne die Frage, ob der Kläger zahlungsunfähig war, offen bleiben. Denn der Fall habe so sehr auf der Grenze

der Zahlungsunfähigkeit gelegen, daß dem Konkursrichter aus seiner Auffassung, der Kläger sei zahlungsunfähig, kein Vorwurf gemacht werden könne. Denn für den Richter habe sich die Lage wie folgt dargestellt: Der Kläger habe erhebliche und lange rückständige Schulden gehabt, Vollstreckungsmaßnahmen der Gläubiger seien im wesentlichen erfolglos geblieben, der Kläger sei aus einem aussichtsreichen Bauvorhaben Altgarge ausgeschieden, er habe keine ordnungsmäßige Buchführung gehabt, seinen Grundbesitz bereits weitgehend belastet, keinen Zeitpunkt für die beabsichtigte Zahlung nennen können und weitere Aufklärung im Termin verhindert. Der Umfang der Ermittlungen habe im pflichtgemäßen Ermessen des Konkursrichters gestanden. Zwar habe der Kläger seinen Betrieb bis heute fortgeführt, doch sei das nur darauf zurückzuführen, daß der Konkursverwalter das getan habe, woran es der Kläger gerade habe fehlen lassen: Aufstellung einer Vermögensübersicht und Veräußerung erheblicher Werte zur Befriedigung der drängendsten Gläubiger.

Im übrigen sei die Konkursöffnung nicht zu vermeiden gewesen, weil der Kläger dem Versuch einer weiteren Aufklärung mit der gleichen-Widersetzlichkeit entgegen getreten wäre, wie dem Konkursverwalter. Hilfsweise müsse sich der Kläger den Einwand mitwirkenden Verschuldens entgegenhalten lassen.

II.

Die dagegen von der Revision erhobenen Bedenken greifen teilweise durch.

1. Anspruchsgrundlage ist § 839 Abs 1 BGB i.V. mit Art 34 GrundG. Die Ausnahmegvorschrift des § 839 Abs 2 BGB ist hier nicht anwendbar. Das Oberlandesgericht

geht zutreffend davon aus, daß es sich bei der Eröffnung eines Konkursverfahrens durch Beschluß nicht um ein Urteil in einer Rechtssache handelt. Das wird auch von der Revision nicht angegriffen.

2. Die Revision meint, eine Pflichtverletzung liege schon darin, daß der Konkursrichter den Antrag mangels Glaubhaftmachung nicht sofort als unzulässig abgewiesen habe; er hätte wegen der fehlenden Glaubhaftmachung Ermittlungen überhaupt nicht anstellen dürfen.

Diese Rüge geht fehl. Nach § 105 KO muß der Antragsteller seine Forderung und die Zahlungsunfähigkeit glaubhaft machen. Nach § 72 KO finden die Vorschriften der Zivilprozeßordnung auf das Konkursverfahren Anwendung. Zwar enthielt der Antrag der Krankenkasse zunächst keine Beweismittel. Er war aber von einer öffentlichen Behörde gestellt. Zur Glaubhaftmachung genügen nach § 294 ZPO alle Beweismittel, so daß der Richter auf Grund der amtlichen Erklärung der Krankenkasse als einer Behörde die Forderung selbst als glaubhaft gemacht ansehen durfte. Hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit mußte er nach § 139 ZPO der Antragstellerin die Vorlage von Beweismitteln aufgeben, wenn ihm die beigebrachten Unterlagen nicht genügten. Der Amtsrichter hat deshalb auch die Beteiligten zunächst nur zu einem "Erörterungstermin" geladen. In diesem Termin hat die Krankenkasse durch die Zeugnisaussagen des Vollstreckungsbeamten und des Gerichtsvollziehers die erforderliche Glaubhaftmachung nachgebracht. Erst daraufhin hat der Konkursrichter den Antrag "zuge-lassen" und sodann weitere Ermittlungen nach § 105 Abs 2 KO angestellt.

Dieses Verfahren entspricht dem Gesetz und ist nicht zu beanstanden.

3. Die Revision weist darauf hin, daß die Zustellung des Konkursantrages an den Kläger zu Händen seiner "nicht erwachsenen Tochter Gerda" erfolgt und daher nach § 181 ZPO unwirksam sei.

Die Zustellungsurkunde des Postbeamten lautete dahin, daß er das Schriftstück der "erwachsenen Tochter Gerda" übergeben habe. Der Richter durfte daher ohne Verschulden von der Ordnungsmäßigkeit der Zustellung ausgehen.

4. Die Revision rügt, daß das Urteil die Aussage der Zeugin Marianne L. nicht wiedergebe, die ausweislich des Protokolls vor dem Berufungsgericht vernommen worden war. Sie war im Termin am 28. September 1951 als Protokollführerin tätig und ist nach dem Akteninhalt darüber gehört worden, was in dem Termin erörtert worden war.

Fehl geht der Hinweis der Revision auf § 551 Abs 1 Nr 7 ZPO. Denn den fehlenden Urteilsgründen kann man zwar noch die Fülle gleichstellen, daß die Gründe gänzlich inhaltslos oder unverständlich sind oder ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel völlig übergehen, nicht aber den hier vorliegenden Fall, in dem die Aussage eines Zeugen neben zahlreichen anderen erörterten Aussagen nicht erwähnt wird. § 286 ZPO ist nicht verletzt, weil das Urteil nur die leitenden Gründe für die richterliche Überzeugung angeben und erkennen lassen muß, daß es das gesamte Beweisergebnis verwertet hat. Dagegen braucht der Richter die Aussage von Zeugen, die nichts wesentliches bekundet haben, nicht im einzelnen zu werten (BGHZ 3.162 [I75]). Die Revision meint nur, es müsse für die Revision unterstellt werden, daß die Zeugin L. die Aussagen des Zeugen von Na. nicht bestätigt habe. In dieser Form ist die Rüge unzu-

lässig. Denn die Zeugin war vom Beklagten benannt. Der Kläger hätte im einzelnen vortragen müssen, daß diese von der Gegenpartei benannte Zeugin Umstände bekundet hatte, die für den Kläger günstig waren. Das ist nicht geschehen, so daß die Rüge mangels Angabe der Tatsachen, die einen Verfahrensmangel ergeben, unzulässig ist.

5. Die Revision trägt weiter vor, bei dem Kläger habe keine Zahlungsunfähigkeit vorgelegen und das Berufungsgericht gehe von einem unrichtigen Begriff der Zahlungsunfähigkeit aus. Es sei insbesondere nicht Aufgabe des Konkursverfahrens, einen zahlungsfähigen Schuldner zur Verwertung seines Vermögens zu zwingen.

Richtig ist, daß bei Einzelpersonen Konkursgrund nur die Zahlungsunfähigkeit ist. Zahlungsunfähigkeit ist das auf dem Mangel an Zahlungsmitteln beruhende dauernde Unvermögen des Schuldners, seine sofort zu erfüllenden Geldschulden noch im wesentlichen zu decken (RGZ 50, 39). Zahlungsunfähigkeit liegt nicht vor, wenn ein Schuldner nur zahlungsunwillig ist oder sich scheut, seine Vermögenswerte zur Befriedigung seiner Gläubiger zu versilbern (Mentzel-Kuhn § 30,6; Jäger § 102,2). Es kann hier dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht diesen Begriff verkannt hat, denn es hat die Frage offen gelassen, ob der Kläger objektiv zahlungsunfähig war. Es hat damit nicht etwa den Kläger als beweisfällig angesehen, denn dann hätte es die Klage aus diesem Grunde abweisen müssen. Es geht vielmehr zu Gunsten des Klägers davon aus, daß er noch zahlungsfähig und die Konkursöffnung sachlich ungerechtfertigt war. Es verneint nur ein Verschulden des Konkursrichters.

6. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe den Begriff des Verschuldens verkannt.

Nach § 105 Abs 2 KO hat der Konkursrichter die erforderlichen Ermittlungen anzustellen, ob Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Der Umfang der Ermittlungen richtet sich nach dem pflichtmäßigen Ermessen des Konkursrichters. Er darf das Konkursverfahren nur eröffnen, wenn er von der Zahlungsunfähigkeit voll überzeugt ist (Mentzel-Kuhn § 105,2). Das haben weder das Konkursgericht noch die Vorderrichter verkannt. Fraglich kann nur sein, ob der Umfang der Ermittlungen erschöpfend war. Dabei ist davon auszugehen, daß bei einem so weitgehenden Eingriff wie der Eröffnung eines Konkursverfahrens mit der Möglichkeit sofortiger Vermögensverwertung der Richter von Amts wegen allen Anhaltspunkten nachzugehen hat, die ihm die Beteiligten bieten oder sich aus der Sachlage ergeben. Dafür sind die Rügen der Revision von Bedeutung, der Konkursrichter hätte auf jeden Fall eine Vermögensübersicht anfertigen lassen müssen. Er habe den Schuldenstand und die Höhe der Außenstände nicht sorgfältig genug ermittelt, die Valutierung der Hypotheken nicht erörtert, hätte die Verwertungsmöglichkeit des Latszuges besprechen und die verbleibende Undurchsichtigkeit durch weitere Ermittlungen klären müssen.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat sich die Lage des Klägers dem Richter wie folgt dargestellt: Seit August 1948 hätten acht Vollstreckungsaufträge gegen den Kläger über rund 3.400 DM vorgelegen, darunter drei Forderungen wegen rückständigen Lohnes mit 479,50 DM; der Kläger habe der Krankenkasse rund 3.400 DM Beiträge und dem Finanzamt etwa 4.000 DM Steuern geschuldet. Der Kläger habe nach Beginn der Vollstreckungen nur wenige hundert Mark gezahlt. Die Kran-

kenkasse und das Finanzamt hätten die Forderungen gegen den Schulverband und die Bundesbahn gepfändet, ohne aber Zahlungen oder Anerkennnisse erhalten zu haben. Der Konkursrichter habe somit einen Schuldenstand von über 10.000 DM ermittelt. Außer den im Termin erörterten Außenständen sei sonst pfändbares oder bewegliches Vermögen nicht feststellbar gewesen. Der Grundbesitz habe keine Verwertungsmöglichkeit geboten, weil weitere Belastungen des landwirtschaftlichen Grundbesitzes nicht mehr genehmigt worden wären. Der Konkursrichter habe ferner angenommen, daß schon die ausstehenden Löhne die Forderungen gegen die Bundesbahn erreichten. Entscheidend sei für ihn der Eindruck gewesen, daß die Verhältnisse des Klägers undurchsichtig waren, weil er eine Abtretung seiner Forderung gegen den Schulverband bestritten und eine vollständige Auskunft verweigert habe. Er hatte im Laufe des Termins erklärt, wie er dazu käme, sich hier ausfragen zu lassen. Das Berufungsgericht nimmt deshalb an, daß der Kläger jedenfalls im Termin für den Konkursrichter den Eindruck erweckte, daß er in absehbarer Zeit nicht würde zahlen können.

Das Oberlandesgericht hat bei dieser Wertung tatsächliche Gesichtspunkte nicht oder nicht genügend berücksichtigt: Auffallend war zunächst das Ergebnis, daß der Amtsrichter ein Konkursverfahren eröffnet hatte, obwohl sich nach wenigen Tagen ein Aktivvermögen von etwa 36.000 DM herausstellte, darunter erhebliche sofort verwertbare Vermögensstücke. Die Auffassung des Konkursrichters wich also ganz erheblich von der wahren Sachlage ab und enthielt objektiv eine grobe Fehlschätzung. Die Undurchsichtigkeit der Vermögenslage eines Schuldners sowie seine mangelnde Bereitschaft, zur Aufklärung beizutragen und seine vorhandenen Vermögenswerte für

die Gläubiger zu versilbern, hatten wesentlich die Überzeugung des Konkursrichters von der Zahlungsunfähigkeit des Klägers beeinflusst. Gerade diese Umstände sind aber, wie oben ausgeführt, kein Konkursgrund. Der Richter hätte die wahre Sachlage durch Einforderung einer ordnungsmäßigen Vermögensübersicht feststellen können und müssen. Bei der wirtschaftlichen Bedeutung eines Konkursverfahrens muß verlangt werden, daß sich der Konkursrichter die erforderliche Überzeugung von einer bestrittenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners in der Regel dadurch verschafft, daß er sich eine geordnete und vollständige Vermögensübersicht vorlegen läßt. Die Beiziehung eines Sachverständigen wird dazu im allgemeinen nötig sein. Zur Anfertigung dieser Übersicht, die auch bei dem Umfang des klägerischen Betriebes immerhin einige Tage erfordert hätte, hatte der Richter dem Kläger keine ausreichende Zeit gelassen. Er hatte ihn zum Termin vorführen lassen und ihn nicht ganz eine halbe Stunde über seine Vermögensverhältnisse vernommen. Er erkannte, daß der Schuldner sich darauf nicht vorbereitet hatte. Dafür war es unerheblich, daß die Krankenkasse dem Kläger die Stellung eines Konkursantrages angedroht hatte, denn das brauchte den Kläger nicht zur Anfertigung einer Vermögensübersicht zu veranlassen, da er nach seiner unwiderlegten Angabe eine Ladung vom Gericht nicht erhalten hatte. Er stand ferner unter dem Eindruck des erst zwei Monate zurückliegenden Selbstmordes seines Sohnes. Der Kläger war in wirtschaftlichen Dingen umständlich und schwerfällig und hatte zu Hause über die Geschäftsvorfälle der letzten Monate nur provisorische Aufzeichnungen, weil bis dahin sein Sohn die Bücher geführt hatte. Er war sich der Bedeutung seiner Erklärungen im Termin auch kaum bewußt, sonst hätte er sich nicht geweigert, die verlangten Auskünfte zu geben, die er nach Einlegung der Beschwerde

sofort beigebracht hat. Dafür ist es wieder ohne Bedeutung, daß er dem Konkursverwalter Schwierigkeiten gemacht hat, so daß Haftbefehl gegen ihn ergehen mußte, weil er sich durch die Eröffnung des Konkursverfahrens ungerecht behandelt fühlen konnte. Der Richter hatte auch nicht festgestellt, daß die Grundpfandrechte nicht mehr vollständig valuiert waren; die dadurch entstandenen Eigentümer-Grundschnlden konnten verwertet werden. Der Richter hat den Kläger auch unrichtig belehrt, indem er erklärte, solange der Lastzug nicht voll bezahlt sei, nütze er ihm nichts. Der Lastzug war bis auf 1000 DM abbezahlt und erbrachte beim Verkauf durch den Konkursverwalter einen Erlös von über 10.000 DM. Jeder Gläubiger konnte trotz des Eigentumsvorbehalts das Anwartschaftsrecht des Klägers pfänden und nach Zahlung des Restkaufgeldes einen ähnlichen Erlös durch Vollstreckung erzielen. Schon damit hätte der Kläger alle Gläubiger befriedigen können. Der Amtsrichter hätte den Kläger von der Notwendigkeit der Verwertung dieses Lastzuges überzeugen oder dem Gläubiger die Zugriffsmöglichkeit erläutern müssen.

Die Außenstände bewertet das Berufungsgericht deshalb als minderwertig, weil der Kläger nur eine unvollkommene Übersicht über sie besessen habe und die Hauptschuldner (Bundesbahn und Schulverband) sie weder anerkannt noch bezahlt hätten. Das Berufungsgericht hätte aber dem Beweisantrag des Klägers nachgehen müssen, daß der Schulverband über 9.000 DM schuldete, und hätte einen Beweisantritt dahin anregen müssen, daß ihm die Bundesbahn damals 4.500 DM schuldete und laufend weitere Forderungen entstanden. Das hätte auch der Konkursrichter schon aufklären müssen. Dabei mußte er wissen, daß die Feststellung von Bauforderungen aus umfangreichen Bauvorhaben und ebenso ein Anerkenntnis der

Drittschuldner bei derartigen Schulden eine ins Einzelne gehende Bauabrechnung erfordert. Die Undurchsichtigkeit von Außenständen berechtigt einen Konkursrichter nicht, diese Werte bei seiner Prüfung außer Betracht zu lassen. Auch das Drängen eines Hauptgläubigers ist kein Konkursgrund, sondern im Gegenteil fehlt für den Konkursantrag ein Rechtsschutzinteresse, wenn der Antrag nur gestellt wird, um eigene Vollstreckungsmaßnahmen zu ersparen und einen zahlungsfähigen, wenn auch vielleicht böswilligen Schuldner unter Druck zu setzen (Böhle-Stammschräder § 105,4).

Nach Auffassung des Senats hätte das alles der Konkursrichter aufklären müssen und insbesondere durch einen Sachverständigen in Ruhe eine genaue Vermögensübersicht des Klägers anfertigen lassen müssen, ehe er eine Zahlungsunfähigkeit des Klägers feststellte. Eine Gefährdung der Gläubiger hätte er durch Maßnahmen nach § 106 KO verhindern können, zumal es sich dabei nur um einen Aufschub von wenigen Tagen oder Wochen handelte. Diese Verkennung des Umfangs seiner Pflichten ist ein Rechtsfehler bei Ausübung des Ermessens, der, wenn nicht im weiteren Verfahren neue Umstände hinzutreten, die Entscheidung des Konkursrichters so fehlsam erscheinen läßt, daß sie mit den an eine ordnungsmäßige Richtertätigkeit zu stellenden Anforderungen schlechterdings - d.h. jedem sachlich Beurteilenden ohne weiteres einleuchtend - unvereinbar ist (BGHZ 4,302; BGH III ZR 163/53 vom 11. Februar 1954; III ZR 181/51 vom 11. Juni 1952 = LM Nr 3 zu § 839 FG BGB; LM Nr 5 zu § 14 Preuss PVG).

7. Das Berufungsgericht meint, wenn der Konkursrichter einen Sachverständigen mit der Aufstellung einer Vermögensübersicht beauftragt und ein Veräußerungsver-

bot nach § 106 KO erlassen hätte, wäre der Konkurs doch eröffnet worden, weil als sicher anzunehmen sei, daß der Kläger diesem Sachverständigen den gleichen Widerstand wie später dem Konkursverwalter geleistet hätte. Das Amtsgericht hätte dann das Konkursverfahren eröffnen dürfen und können. Das allgemeine Veräußerungsverbot hätte auch die gleichen Wirkungen wie ein Konkurs gehabt.

Mit Recht weist die Revision darauf hin, daß das Berufungsgericht dabei nicht erörtert hat, daß der Kläger alsbald im Beschwerdeverfahren selbst eine Vermögensübersicht vorgelegt hat. Die Berücksichtigung derartiger hypothetischer Ereignisse ist im übrigen nur zulässig, wenn mit Gewißheit feststeht, daß ein späteres Ereignis denselben Schaden herbeigeführt hätte (BGHZ 2, 336 [338]; 8, 288 [296]). Eine solche Feststellung hat das Berufungsgericht aber nicht getroffen. Denn es stellt nur fest, daß "der Entschluß zur Konkurseröffnung nicht länger hätte aufgeschoben werden dürfen und können", nicht aber daß die Eröffnung auf jeden Fall erfolgt wäre. Im übrigen ist die Auffassung irrig, durch ein allgemeines Veräußerungsverbot wäre derselbe Schaden eingetreten. Denn die Verfahrenskosten wären niedriger gewesen und der Konkursverwalter hätte den Lastzug nicht veräußern können.

8. Das Berufungsgericht meint hilfsweise, das mitwirkende Verschulden des Klägers schließe jeden Schadensersatzanspruch aus. Der Kläger hätte nach der vorherigen Androhung eines Konkursantrages rechtzeitig für Ordnung in seinen Büchern und für eine Übersicht seiner Vermögenslage sorgen müssen.

Darin liegt eine Überspannung der Sorgfaltspflichten und eine Verkennung der besonderen Lage des Klägers. Der Kläger brauchte nicht damit zu rechnen, daß er ohne Ladung dem Amtsgericht vorgeführt werden würde und dort ohne weitere Vorbereitungszeit eine vollständige Übersicht über sein Vermögen in kürzester Zeit vorlegen sollte, die umfangreiche Abrechnungen über mehrere große Bauten erforderte.

Das Berufungsgericht fährt fort, daß ein wesentliches Moment für die Annahme der Konkursreife weggefallen wäre, wenn der Kläger im Termin einigermaßen klare Auskünfte gegeben und mit vernünftigen Gründen den Antrag gestellt hätte, seine Bücher herbeizuschaffen. Das Berufungsgericht hat dabei nicht genügend berücksichtigt, daß der Kläger ein kleiner Bauunternehmer aus ländlichen Verhältnissen war, der in wirtschaftlichen Dingen unständig und schwerfällig sowie 61 Jahre alt war, in der vorausgegangenen Zeit schweres Leid in seiner Familie durchgemacht hatte, ohne Terminladung durch einen Vertreter des Gläubigers und durch einen Gerichtsvollzieher dem Amtsgericht vorgeführt und durch das Verfahren überrascht wurde und die Bedeutung des Termins nicht übersah. Bei einem derartigen Schuldner war es in erster Linie Pflicht des Richters, nach § 139 ZPO den Schuldner zur Stellung der nötigen Anträge zu veranlassen und ihm nahezu legen, eine Vermögensübersicht durch einen Sachverständigen anfertigen zu lassen. Zwar ist

die Abwägung des beiderseitigen Verschuldens bei § 254 BGB regelmäßig Sache des Tatrichters, sie unterliegt aber der Nachprüfung durch das Revisionsgericht dann, wenn der Tatrichter nicht alle Umstände vollständig und richtig berücksichtigt hat, weil dann der Abwägung rechtsirrigte Erwägungen zugrundeliegen (BGHZ 20, 290 [293]). Das ist hier der Fall, denn bei Berücksichtigung dieser Besonderheiten kann schwerlich das mitwirkende Verschulden des Klägers so schwer bewertet werden, daß er jeden Anspruch auf Schadensersatz ausschloß.

9. Das Urteil muß daher aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Das Oberlandesgericht wird erneut zu prüfen haben, ob der Kläger den Nachweis erbracht hat, daß er noch zahlungsfähig war. Falls es das bejaht, wird unter Beachtung der obigen Ausführungen zu prüfen sein, ob der Konkursrichter schuldhaft gehandelt hat. Allerdings liegt, soweit sich das zur Zeit beurteilen läßt, auch ein mitwirkendes Verschulden des Klägers vor, das nach § 254 BGB zu berücksichtigen ist. Das Berufungsgericht wird weiter die Voraussetzungen des § 839 Abs 1 Satz 2 BGB zu prüfen haben, soweit es eine Pflichtwidrigkeit des Konkursverwalters feststellt. Für die Höhe des Schadens wird das Oberlandesgericht bei Bejahung eines Verschuldens des Richters davon ausgehen können, daß Ermittlungen durch Sachverständige und ein allgemeines Veräußerungsverbot nach § 106 KO mit einer öffentlichen Bekanntmachung sowie die alsbaldige Verwertung des Lastzuges durch den

Kläger auf jeden Fall erforderlich gewesen wären.
Gemäß § 287 ZPO wird es zu entscheiden haben, wie-
weit durch diese Maßnahmen dieselben Folgen ein-
getreten wären, insbesondere eine Kreditschädi-
gung und der Ausfall einzelner Aufträge.

Dr. Geiger

Dr. Pagendarm

Dr. Weber

Dr. Arndt

Wolany