

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

KO §§ 58 Nr. 2, 59 Abs. 1 Nr. 1, 85

Zur Abgrenzung von Massekosten und Masseschulden, wenn der Konkursverwalter Hilfskräfte gegen Entgelt einsetzt.

KO §§ 6 Abs. 2, 59 Abs. 1 Nr. 1

Ein Vertrag, durch den der Konkursverwalter die Masse gegenüber einer juristischen Person verpflichtet, an der er selbst rechtlich oder wirtschaftlich maßgeblich beteiligt ist, ist nicht allein deswegen unwirksam.

KO §§ 6 Abs. 2, 82, 83

Der Konkursverwalter hat von sich aus dem Konkursgericht rechtzeitig einen Sachverhalt unmißverständlich anzuzeigen, der die Besorgnis ernsthaft rechtfertigt, daß er an der Amtsführung verhindert ist; das gilt insbesondere für Fälle einer nicht unbedeutenden Interessenkollision. Eine Verletzung dieser Pflicht kann Schadensersatzansprüche nach § 82 KO begründen.

Urt. v. 24. Januar 1991 - IX ZR 250/89 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 250/89

URTEIL

Verkündet am:
24. Januar 1991
Schnurr
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Prof. Dr. Hellmut F. [REDACTED]
G. [REDACTED]straße [REDACTED], St. [REDACTED]

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

2. Rechtsanwalt Dr. Peter U. [REDACTED],
Sch. [REDACTED]straße [REDACTED], St. [REDACTED]

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte Rechtsanwälte [REDACTED], Dr. [REDACTED]
II. Instanz: und Dr. [REDACTED],
[REDACTED]

g e g e n

Rechtsanwalt Klaus Albert M. [REDACTED]
als Verwalter im Konkurs über das Vermögen der
Firma B. [REDACTED] Werke KG, Feinbau,
W. [REDACTED]

Kläger, Revisionskläger
und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und [REDACTED]

WII

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 1991 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Dr. Schmitz, Kirchhof, Dr. Fischer und Dr. Melullis

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten zu 1) wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 22. September 1989 aufgehoben, soweit zum Nachteil dieses Beklagten entschieden ist.

Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2) im Revisionsverfahren trägt der Kläger.

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die übrigen Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand

Der Beklagte zu 1) (nachfolgend: Beklagter) war seit 10. September 1975 Verwalter im Konkurs über das Vermögen der Firma B. ██████████ Werke KG. Er führte mit Genehmigung der Gläubigerversammlung den Geschäftsbetrieb des Unternehmens unter Einsatz von Mitarbeitern fort, die vor allem die Firma UT● U. ██████████ t. ██████████ -GmbH (fortan: Firma UT●) gegen Entgelt zur Verfügung stellte. Deren alleiniger Gesellschafter war bis 1976 der Beklagte. Dann übernahm ihr Geschäftsführer sämtliche Anteile als Treuhänder für den Beklagten; 1982 übernahm der Treuhänder 25 % der erhöhten Stammanteile der Firma UT● als wirtschaftlich eigene. Über den Einsatz von Hilfskräften hatte der Beklagte am 17. September 1975 die zuständige Rechtspflegerin des Konkursgerichts telefonisch unterrichtet. Diese fertigte folgenden Vermerk über die Absprache an:

"(Der Konkursverwalter) bittet telefonisch um die Genehmigung, daß ihm - als Massekosten - täglich DM 500,-- erstattet werden, zur Bezahlung einer Fachkraft beziehungsweise mehrerer Fachkräfte. Er wies darauf hin, daß das Amtsgericht Villingen (Herr D...) in Konkursverfahren K... ebenfalls so entschieden habe. Nach Rücksprache mit Herrn D... hat sich dies bestätigt. Herr D. erklärte, daß sich diese Hilfskräfte sehr bewährt haben und die Abwicklung des Konkurses schnellstmöglich erfolgte. Ein Beschluß über die Gewährung der DM 500,-- täglich sei nicht erfolgt, da dies Massekosten sind. In der ersten Gläubigerversammlung wurde darüber dann ein Beschluß durch den Gläubigerausschuß gefaßt."

Auf einen Antrag des Beklagten, den Tagessatz für die ihm bewilligten Auslagenvorschüsse für Hilfskräfte zu

erhöhen, widerrief das Konkursgericht durch Beschluß vom 6. März 1981 (abgedr. in ZIP 1981, 480) die dem Beklagten 1975 erteilte Genehmigung zur Entnahme solcher Vorschüsse. Die dagegen eingelegte sofortige Beschwerde wurde durch Beschluß des Landgerichts Freiburg vom 4. Januar 1984 (abgedr. in ZIP 1984, 198 ff) rechtskräftig zurückgewiesen. In der Zwischenzeit hatte der Beklagte weitere Beträge für zwei Hilfskräfte aus der Konkursmasse entnommen. Er wurde später als Konkursverwalter entlassen und der Kläger zum neuen Konkursverwalter bestellt. Dieser verlangt vom Beklagten unter anderem Ersatz von 583.072,14 DM Entnahmen für Hilfskräfte während des Zeitraums vom 6. März 1981 bis 4. Januar 1984. Seine Klage hatte insoweit in beiden Tatsacheninstanzen Erfolg. Dagegen richtet sich die Revision des Beklagten.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

A.

Das Berufungsgericht hält den Beklagten gemäß § 82 KO für schadensersatzpflichtig.

I.

Es hat ausgeführt: Der Beklagte habe gegen § 7 VergütVO verstoßen, indem er ohne Genehmigung des Konkursgerichts Vorschüsse auf Auslagen aus der Masse entnommen habe. Der von ihm mit der Firma UT● abgeschlossene Vertrag über die Einstellung von Hilfskräften habe Massekosten, nicht -schulden begründet. Für diese Auslegung komme es entscheidend auf den Aktenvermerk der Rechtspflegerin vom 17. September 1975 und auf ein Schreiben des Konkursgerichts vom 8. Dezember 1976 an den Beklagten an, in dem die Unkosten für Fachkräfte als Auslagen bezeichnet waren. Auch der Antrag des Beklagten auf Erhöhung der ihm bewilligten Auslagenvorschüsse im Jahre 1981 spreche hierfür. Dem Beklagten habe es zudem nicht freigestanden, für die Beschäftigung von Hilfskräften der Firma UT● Masseschulden zu begründen, weil diese Firma wirtschaftlich mit ihm selbst identisch gewesen sei. Endlich sei es für den Vertragspartner günstiger, mit dem Konkursverwalter persönlich als mit der von ihm verwalteten Masse Verträge abzuschließen.

1. Demgegenüber rügt die Revision: Das Berufungsgericht habe zu Unrecht nicht berücksichtigt, daß die Firma UTG ihre Rechnungen für die Abstellung von Hilfskräften nie an den Beklagten persönlich, sondern entweder an ihn als "Konkursverwalter der Firma B[REDACTED] KG" oder an die "Firma B[REDACTED]-Werke KG i.K." gerichtet habe. Das Hinzuziehen der Hilfskräfte sei auch objektiv massebezogen, nämlich für die

Betriebsfortführung nötig gewesen. Das Berufungsgericht habe zudem nicht seinen Vortrag berücksichtigt, er habe sich die Befugnis zur Entnahme nur vorsorglich bestätigen lassen, obwohl er vom Vorliegen genehmigungsfreier Masseschulden ausgegangen sei.

2. Diesen Angriffen hält das Berufungsurteil nicht stand.

a) Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß der Konkursverwalter zwei rechtliche Möglichkeiten hat, Hilfskräfte zur Abwicklung eines Konkursverfahrens heranzuziehen: Entweder kann er mit diesen persönlich einen Vertrag schließen und sie für die Konkursmasse einsetzen; dann bezahlt er den Lohn der Hilfskräfte mit eigenen Vorschüssen, die er als Auslagen (Massekosten) gemäß § 85 Abs. 1 Satz 2 KO erstattet erhalten kann. Oder die Hilfskräfte schließen einen Vertrag unmittelbar mit Wirkung für und gegen die Konkursmasse, diese vertreten durch den Verwalter; dann entstehen ihre Vergütungsansprüche als Masseschulden im Sinne von § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO (vgl. BGH, Urt. v. 26. Mai 1971 - VIII ZR 41/70, WM 1971, 1022 unter 2 a). Darüber, wie die beiden Gestaltungsmöglichkeiten im Einzelfalle voneinander abzugrenzen sind, werden unterschiedliche Meinungen vertreten.

aa) Eine Ansicht stellt darauf ab, ob die Hilfskräfte objektiv mit Aufgaben betraut werden, die dem Konkursverwalter höchstpersönlich obliegen; in diesem Falle soll es sich

stets und unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung um seine persönlichen Auslagen im Sinne von Massekosten handeln (LG München I KTS 1965, 243, 247 f).

Dem folgt der Senat nicht. Welche Aufgaben der Konkursverwalter nicht delegieren darf, steht - bis auf einen verhältnismäßig kleinen Kernbereich von Geschäften (vgl. dazu Eickmann KTS 1986, 197, 201 ff) - nicht für alle Fälle fest. Es richtet sich jeweils nach den Umständen, insbesondere danach, welchen Umfang das einzelne Konkursverfahren hat sowie in wievielen Verfahren der Verwalter - mit Wissen des Konkursgerichts - gleichzeitig beschäftigt ist. Das angeführte Abgrenzungsmerkmal versagt zudem für solche eigenen Tätigkeiten des Verwalters, für die besondere - rechtliche, buchprüferische oder technische - Spezialkenntnisse nötig sind, über die er persönlich nicht verfügt. Ferner kann das jeweilige Einsatzgebiet der Hilfskraft nach kurzen Zeiträumen wechseln, ohne daß dies in zumutbarer Weise regelmäßig zuverlässig festgehalten werden könnte. Der Mitarbeiter selbst wäre kaum in der Lage, den Schuldner seiner Lohnforderung zu ermitteln. Dienstverträge werden regelmäßig schon im Hinblick auf § 613 Satz 2 BGB nicht als "Geschäft für den, den es angeht" abgeschlossen. Die mittelbare Begründung von Massekosten durch den Abschluß eines solchen, die Masse verpflichtenden Vertrages ist der Rechtsordnung fremd.

bb) Eine zweite Auffassung erweitert den Grundsatz, daß für eigene Kräfte des Konkursverwalters nie Masseschulden, sondern nur Massekosten begründet werden können, indem sie

Angestellte selbständiger juristischer Personen, die vom Konkursverwalter wirtschaftlich beherrscht werden, eigenen Kräften des Konkursverwalters gleichstellt (LG Freiburg ZIP 1984, 198, 201).

Das hält der Senat ebenfalls nicht für richtig. Eine solche Abgrenzung würde sich vom allgemeinen System rechtlicher Befugnisse und Verantwortungsbereiche lösen. Dafür fehlt die erforderliche gesetzliche Grundlage. Lediglich die Gehälter eigener Angestellter des Konkursverwalters können der Masse entweder überhaupt nicht (§ 5 Abs. 1 Satz 3 VergütVO) oder allenfalls als Massekosten (§ 5 Abs. 2 VergütVO) in Rechnung gestellt werden. Die Ausdehnung dieses Grundsatzes auf Angestellte anderer Rechtspersönlichkeiten würde die zusätzliche Zweifelsfrage aufwerfen, unter welchen Voraussetzungen sie vom Konkursverwalter "wirtschaftlich beherrscht" werden. Ferner verkennt diese Ansicht, daß der Einsatz einer Hilfskraft, die vom Konkursverwalter rechtlich selbständig und nur wirtschaftlich abhängig ist, auf Kosten der Masse nicht schlechthin rechtsmißbräuchlich zu sein braucht. Der Konkursverwalter ist nicht aus Rechtsgründen gehalten, sein eigenes Büro in solchem Umfange auszubauen, daß er damit alle Aufgaben, die sich aus Anlaß beliebiger Verwaltungen stellen, sogar insoweit selbst lösen kann, als ihm eine Substitution oder Vertretung gesetzlich gestattet ist. Er muß nicht Mitarbeiter bereithalten für den Fall, daß er ein besonders aufwendiges Verfahren oder zahlreiche Verfahren gleichzeitig abzuwickeln hat. Es sind Umstände denkbar, unter denen der Konkursverwalter eine

wirtschaftlich besonders leistungsfähige Organisation beherrscht, die der Masse zielgerichtet Hilfskräfte zu den objektiv günstigsten Bedingungen zur Verfügung stellen kann. Deren Beschäftigung kann dann dem Konkurszweck entsprechen, wenn das Konkursgericht und gegebenenfalls die Gläubigerversammlung (§ 132 KO) oder der Gläubigerausschuß (§§ 133 f KO) die beherrschende Stellung des Konkursverwalters auf seiten des Anbieters kennen (dazu unten B) und die nachprüfbare Gelegenheit besteht, eine ausreichende Zahl von Vergleichsangeboten einzuholen.

cc) Die dritte Meinung hält für entscheidend, wen der Konkursverwalter nach seiner Wahl vertraglich verpflichtet hat: Ob sich selbst - dann Massekosten - oder die Konkursmasse - dann Masseschuld - (Uhlenbruck KTS 1976, 35, 40, aber einschränkend für "eigene Kräfte des Konkursverwalters" in Kuhn/Uhlenbruck, KO 10. Aufl. § 85 Rdn. 10 b u. 10 c; Eickmann ZIP 1984, 204 ff, KTS 1986, 197, 205 ff u. Vergütung der Insolvenzverwalter 2. Aufl. S. 38 ff; vgl. Jaeger/Weber, KO 8. Aufl. § 85, Rdn. 2 b; Heß/Kropshofer, KO 3. Aufl. § 5 VergütVO Rdn. 4 ff; Kilger, KO 15. Aufl. § 85 Anm. 3 a; H. Schmidt KTS 1982, 591, 597).

b) Der Bundesgerichtshof hat die Rechtsfrage bisher nicht entschieden. Er hat lediglich ausgesprochen, daß Honoraransprüche des Konkursverwalters gemäß der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte, welche darauf beruhen, daß er als Rechtsanwalt die Konkursmasse im Prozeß vertreten hat und die er neben der allgemeinen Konkursverwaltervergütung

nach § 85 KO erfüllt erhalten kann, nicht Masseschulden, sondern Massekosten darstellen (BGHZ 55, 101, 102 ff). Zur Begründung insoweit hat er allein darauf abgestellt, daß es sich nicht um Ansprüche Dritter, sondern um solche des Konkursverwalters selbst handelt.

c) Bei der Abgrenzung ist von dem Grundsatz auszugehen, daß Massekosten gemäß § 58 Nr. 2 KO durch eigene Ansprüche des Konkursverwalters begründet werden, während Masseschulden im Sinne von § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO als Ansprüche Dritter entstehen (BGHZ 55, 101, 103; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 59 Rdn. 2 b; Hess/Kropshofer aaO § 58 Rdn. 12 u. § 59 Rdn. 19). Wem die Ansprüche zustehen, hängt zunächst davon ab, mit wem die Aushilfskraft den Vertrag abgeschlossen hat: mit dem Konkursverwalter als Privatmann oder als Partei kraft Amtes, handelnd für die Masse. Insoweit kommt es nicht allein auf den subjektiven Willen des Konkursverwalters an, sondern die Frage ist entsprechend den für § 164 BGB geltenden Auslegungsregeln zu lösen. Gemäß §§ 133, 157 BGB entscheidet darüber vorrangig der objektive Erklärungswert. Denn auch der Vertragspartner des Konkursverwalters muß Klarheit haben, an wen er sich wegen seiner Lohn- und anderen Forderungen halten kann. Dabei mag unter anderem berücksichtigt werden, ob das Geschäft nicht rein massebezogen ist, sondern auch den Konkursverwalter persönlich betrifft. Im Zweifel kann letztlich in entsprechender Anwendung des § 164 Abs. 2 BGB von einer persönlichen Verpflichtung des handelnden Verwalters auszugehen sein (ebenso Uhlenbruck KTS 1976, 35, 39; Eickmann KTS 1986, 197, 206).

d) Für den vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht seine Auffassung, der Beklagte habe im eigenen Namen Arbeitskräfte der Firma UT● beschäftigt, entscheidend auf Äußerungen gestützt, die zwischen ihm und dem Konkursgericht gefallen sind. Es hat dabei außer acht gelassen, daß die auszulegenden Willenserklärungen allein zwischen dem Beklagten und der Firma UT● als Vertragspartner gewechselt wurden. Für deren Inhalt ergaben die Absprachen des Beklagten mit dem Konkursgericht wenig. Die Abgrenzung von Massekosten und -schulden mit Bezug auf Hilfskräfte des Konkursverwalters war im Jahre 1975 noch kaum geklärt. Einen eindeutigen Verzicht auf die Begründung von Masseschulden für Hilfskräfte hat der Beklagte jedenfalls nicht erklärt.

Einen unmittelbaren Hinweis auf den Inhalt seiner Vereinbarung mit der Firma UT● hat das Berufungsgericht hingegen, wie die Revision zutreffend rügt, nicht berücksichtigt (§ 286 ZPO). Er ergab sich aus den Rechnungen, welche die Firma UTG jeweils monatlich über den Arbeitseinsatz ihrer Mitarbeiter erteilte. Sämtliche Rechnungen der Jahre 1975 bis 1982 waren gerichtet an "Herrn Prof. Dr. Fi●●●, Konkursverwalter der Firma BI●●●- Werke KG ... St●●●." Im Jahre 1983 waren sie an die "Firma BI●●● KG i.K., Feinbau, W●●●" adressiert. Erst ab 1984 - also nach dem hier fraglichen Zeitraum und der rechtskräftigen Untersagung von Entnahmen - sollen die Rechnungen an den Beklagten persönlich gerichtet worden sein. Sie haben entscheidende Aussagekraft für den Inhalt des abgeschlossenen Vertrages. Eine schriftliche Rahmenvereinbarung des Beklagten mit der Firma

UT● über deren Überlassung von Hilfskräften liegt, soweit dargetan, nicht vor. Zwar handelte es sich von Anfang an um einen Dauervertrag für sich bietende Bedarfsfälle; jedoch konnte er ersichtlich von beiden Seiten jederzeit gekündigt werden, wenn ein Änderungswunsch bezüglich des Vertragsinhalts bestand. Unter diesen Umständen gibt eine achtjährige ständige Abrechnungspraxis den beiderseitigen Vertragswillen zuverlässig wieder.

Da das Berufungsgericht diesen unmittelbaren Ausdruck des vertraglichen Willens der Beteiligten nicht berücksichtigt hat, ist seine Auslegung rechtsfehlerhaft. Das hat zur Folge, daß eine das Revisionsgericht bindende tatrichterliche Vertragsauslegung nicht vorliegt. Da der Sachverhalt hinreichend geklärt ist und weitere insoweit erhebliche Feststellungen nicht mehr in Betracht kommen, kann der erkennende Senat die Auslegung selbst vornehmen (vgl. BGHZ 65, 107, 112; BGH, Urt. v. 17. September 1980 - IVb ZR 550/80, FamRZ 1980, 1104 f m.w.N.; Urt. v. 23. September 1983 - V ZR 147/82, WM 1983, 1360, 1361 unter II 1 a; Urt. v. 20. Dezember 1983 - VI ZR 19/82, WM 1984, 271, 272 unter II 2 c). Diese führt zum Ergebnis, daß der Vertrag - in Übereinstimmung mit den erteilten Rechnungen - zwischen der Firma UT● und dem Beklagten in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter zustande gekommen ist. Der vom Berufungsgericht zusätzlich herangezogene Gesichtspunkt, daß es im allgemeinen für den Vertragspartner günstiger sei, einen Vertrag mit dem Konkursverwalter persönlich statt mit der Masse abzuschließen, hat jedenfalls im Verhältnis zu der dem

Beklagten damals selbst gehörenden Firma UT● kein Gewicht. Im übrigen setzt sich das Interesse des Vertragspartners nicht ohne weiteres gegenüber demjenigen des Konkursverwalters durch, für den das Begründen von Masseschulden günstiger sein mag.

II.

Die Verpflichtung der Konkursmasse durch den vom Beklagten mit der Firma UT● abgeschlossenen Vertrag war - entgegen der Meinung des Landgerichts - nicht aus Rechtsgründen unwirksam.

1. Ein unzulässiges Insichgeschäft des Konkursverwalters nach § 181 BGB (vgl. dazu OLG Frankfurt BB 1976, 570 f; Jaeger/Weber aaO § 126 Rdn. 3; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 6 Rdn. 20, § 126 Rdn. 3 a.E.; BGB-RGRK/Steffen, 12. Aufl. § 181 Rdn. 8; für Testamentsvollstrecker auch BGHZ 30, 67, 69; 51, 209, 215) liegt nicht vor. Der Beklagte war jedenfalls schon seit 1975 nicht Geschäftsführer der Firma UTG. § 181 BGB regelt nicht den materiellen Interessenkonflikt, sondern lediglich die unzulässige formale Beteiligung derselben Person auf beiden Seiten bei einem Vertragsschluß (BGHZ 21, 229, 231; 50, 8, 11; 91, 334, 337). Daran fehlt es hier.

2. Das Konkursrecht verbietet nicht materiell die wirtschaftliche Beteiligung des Konkursverwalters auch auf der

Seite eines Vertragspartners. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung über die Ausschließung oder Befangenheit des Konkursverwalters fehlt. Zwar besteht Einigkeit, daß er rechtlich an einer Vertretung verhindert sein kann, wenn seine persönlichen Belange betroffen sind oder widerstreitende Interessen zweier Konkursverwaltungen vorliegen, mit der Folge, daß für solche Angelegenheiten ein Sonderkonkursverwalter bestellt werden muß (Kilger aaO § 78 Anm. 2; Jaeger/Weber aaO § 126 Rdn. 3 a.E.; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 6 Rdn. 20, § 78 Rdn. 9 u. 9 a, § 127 Rdn. 12; Heß/Kropshofer aaO § 78 Rdn. 5 u. 6). Schließt aber der Konkursverwalter unter solchen Umständen einen Vertrag, so ist dieser nicht ohne weiteres nichtig. Derartiges wird im Hinblick auf die in § 551 Nr. 2 ZPO, § 7 FGG und §§ 3, 4 BeurkG (im Vergleich mit §§ 6 f BeurkG) niedergelegten begrenzten Rechtsfolgen allgemein mit Recht nicht einmal für Rechtshandlungen eines Richters oder Notars angenommen, der kraft Gesetzes von der Wahrnehmung seines Amtes ausgeschlossen ist (vgl. dazu auch BGH, Beschl. v. 16. Oktober 1980 - 1 BJ - 3 StB 29, 30 und 31/80, NJW 1981, 133). Erst recht kann eine so einschneidende Rechtsfolge nicht schon deswegen eintreten, weil in der Person des Handelnden lediglich ein Befangenheitsgrund vorliegt, der nicht zuvor zu seinem Ausschluß von der Amtshandlung geführt hat. Der Vertragsschluß unter solchen Umständen ist nicht automatisch aus dem Verwaltungsrecht des Konkursverwalters (§ 6 Abs. 2 KO) ausgenommen. Andernfalls könnte die Konkursmasse zeitweilig handlungsunfähig werden. Sie würde auch mit erheblichen Ungewißheiten über die Wirksamkeit abgeschlossener Verträge belastet. Die Vertragspartner wären hiervon ebenfalls betroffen, soweit sie sich nicht

die Kenntnis des Konkursverwalters zurechnen lassen müßten. Die Befangenheitsgründe sind - anders als die Ausschließungsgründe, die gemäß §§ 6 und 7 BeurkG zur Nichtigkeit führen - regelmäßig dem Rechtsgeschäft selbst nicht zu entnehmen. Zudem gebietet das Erfordernis eines wirksamen Schutzes der Konkursmasse vor sie benachteiligenden Verträgen eines eigennützig handelnden Verwalters nicht in jedem derartigen Falle den Eintritt der Nichtigkeitsfolge. Die Einschaltung einer rechtlich selbständigen, aber vom Konkursverwalter wirtschaftlich abhängigen Organisation kann - wie ausgeführt (oben I 2 a bb) - unter Umständen der Masse sogar Vorteile bringen. Dementsprechend sieht § 458 Abs. 1 BGB für eine vergleichbare Interessenkollision die Möglichkeit der Heilung des Mangels vor. Im Konkursverfahren ist das Gericht befugt, dem Verwalter im Falle seiner Befangenheit nach § 83 KO einen Vertragsschluß zu untersagen (vgl. Jaeger/Weber aaO § 83 Rdn. 1; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 83 Rdn. 1 u. 6; Heß/Kropshofer aaO § 83 Rdn. 7; Kilger aaO § 83 Anm. 1, jeweils unter Zustimmung zu Skrotzki KTS 1955, 111, 112). Es ist dazu tatsächlich in der Lage, sofern ihm die Interessenkollision rechtzeitig bekannt wird (dazu unten B). Schließt der Konkursverwalter einen die Masse eindeutig benachteiligten Vertrag, so kann er sich deswegen gemäß § 82 KO schadensersatzpflichtig machen.

Im vorliegenden Zusammenhang hat das Berufungsgericht nicht geprüft, ob die Beschäftigung der beiden Hilfskräfte in den Jahren 1981 bis 1983 dem Konkurszweck objektiv widersprach und ob die von der Firma UT● gestellten Hilfskräfte

teurer waren als solche, die von anderen Firmen oder als eigene Angestellte der Konkursmasse zu erhalten gewesen wären; das Gegenteil ist deshalb zugunsten des Beklagten zu unterstellen. Das Berufungsgericht geht ferner nicht von einem übertriebenen Umfang des Einsatzes von Hilfskräften der Firma UT● aus. Dann fehlt zugleich ein hinreichender Anhaltspunkt für die Annahme, daß der Beklagte von seiner Verwaltungsbefugnis bewußt zum Nachteil der Masse Gebrauch gemacht hat und die Firma UT● dies hätte erkennen müssen (zu dieser Möglichkeit vgl. BGH, Urt. v. 28. Februar 1966
- VII ZR 125/65, NJW 1966, 1911; Urt. v. 10. Dezember 1980
- VIII ZR 186/79, WM 1981, 66, 67 unter 5 a; Urt. v. 8. März 1989 - IVa ZR 353/87, WM 1989, 1068, 1069 f).

3. Der Beklagte hat durch den Vertragsschluß mit der Firma UT● kein gesetzliches Verbot umgangen (§ 134 BGB).

Eine dem § 654 BGB, § 14 Abs. 4 BNotO, § 356 StGB oder § 57 Abs. 4 Nr. 1 in Verbindung mit Abs. 2 StBerG vergleichbare Vorschrift, die es verbietet, daß der Konkursverwalter auf beiden Seiten eines Geschäfts wirtschaftlich beteiligt ist, gibt es nicht.

a) § 85 Abs. 1 KO ist kein derartiges Verbotsgesetz. Die Vorschrift gebietet es dem Konkursverwalter nicht, möglichst nur eigene Kräfte zu beschäftigen, sondern regelt allein die Erstattung der Vergütung und etwa anfallenden Auslagen des Verwalters. Sie läßt den Weg zur Verpflichtung der Masse gemäß § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO offen und untersagt es

daher dem Verwalter nicht, eine rechtlich selbständige Gesellschaft zu unterhalten sowie mit dieser Verträge zur Erleichterung seiner Konkursverwaltung abzuschließen. § 85 Abs. 1 KO könnte allerdings in der Weise umgangen werden, daß der Konkursverwalter Arbeitskräfte, die er bereits "im Rahmen ihrer laufenden Arbeiten auch bei der Konkursverwaltung beschäftigt" (§ 5 Abs. 1 Satz 2 VergütVO), entließe mit dem Ziel, sie zu Lasten der Konkursmasse wieder einzustellen (vgl. dazu Kuhn/Uhlenbruck aaO § 85 Rdn. 9 c). Dazu ist hier nichts vorgetragen. Der Kläger hat nicht einmal dargetan, daß die beiden Angestellten, für welche die Zahlungen geleistet wurden, jemals beim Beklagten persönlich oder bei seiner eigenen Unternehmensberatungsfirma angestellt waren.

§ 5 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 1 VergütVO verbietet dem Konkursverwalter die Beschäftigung von Hilfskräften auf Kosten der Masse ebenfalls nicht. Danach ist es zwar nicht ausgeschlossen, daß der Verwalter besondere Unkosten, die ihm im Einzelfall durch die Einstellung von Hilfskräften erwachsen, als Auslagen vom Konkursgericht festsetzen läßt. Die Möglichkeit setzt aber, wie § 6 Abs. 4 Satz 2 und 3 VergütVO erkennen läßt, voraus, daß es sich dabei nicht um eine Masseschuld handelt. Die Vorschrift regelt nach der begrenzten gesetzlichen Verordnungsermächtigung (§ 85 Abs. 2 KO) nur die Abrechnung des Konkursverwalters über eigene Auslagen (ebenso Uhlenbruck KTS 1976, 35, 38), verbietet dagegen nicht die Begründung und Erfüllung von Masseschulden.

b) Der Beschluß des Konkursgerichts vom 6. März 1981, durch den die zuvor erteilte Genehmigung zur Entnahme von Vorschüssen widerrufen wurde, untersagte es dem Beklagten ebenfalls nicht, Hilfskräfte auf Kosten der Masse zu beschäftigen. Die widerrufenene frühere Maßnahme hatte es dem Beklagten erlaubt, Auslagen für Hilfskräfte als Massekosten zu entnehmen. Der Widerruf stellte lediglich den Zustand wie vor der telefonischen Bewilligung im September 1975 her. Eine Beschränkung des Konkursverwalters, Masseschulden zu begründen, liegt darin nicht. Diese verantwortet der Konkursverwalter persönlich im Rahmen seiner Schlußrechnung. Es kann deshalb hier offenbleiben, ob das Aufsichtsrecht des Konkursgerichts nach § 83 KO überhaupt so weit geht, daß es dem Konkursverwalter das Eingehen bestimmter Masseschulden verbieten könnte, ohne daß ein Fall des Mißbrauchs vorliegt.

c) Das Verbot des § 457 BGB läßt sich nicht auf andere Rechtshandlungen des Konkursverwalters als Veräußerungsgeschäfte übertragen. Der Zweck der Vorschrift besteht darin, den zum Erwerb unter dem Marktpreis anreizenden Vorgang der Verwertung kraft gesetzlicher Befugnis vom Verdacht parteiischer Handhabung zu entlasten (vgl. Motive zum BGB Bd. II S. 331 f; MünchKomm/H.P. Westermann, BGB 2. Aufl. § 456 Rdn. 1; BGB-RGRK/Mezger, 12. Aufl. § 456 Anm.). Sie knüpft an eine diesen Verdacht in typischer Weise besonders herausfordernde Art des Rechtsgeschäfts an, nämlich das Verkaufsangebot an eine möglichst breite interessierte Öffentlichkeit (vgl. dazu auch § 34 b Abs. 6 GewO). Davon

verschiedene Rechtsgestaltungen, insbesondere die Begründung von Masseschulden in sonstiger Weise, können nicht so schematisch behandelt werden. Danach braucht nicht mehr entschieden zu werden, ob § 457 BGB überhaupt den Konkursverwalter selbst als Vertragspartner der Masse bei deren Verwertung ausschließt (verneinend Jaeger/Weber aaO § 126 Rdn. 3; Kilger aaO § 126 Anm. 4; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 126 Rdn. 3 u. 12; BGB-RGRK/Mezger aaO § 457 Anm. a.E.; Skrotzki KTS 1955, 111; zweifelnd MünchKomm/H.P. Westermann aaO § 457 Rdn. 3).

d) Der Beklagte hat ferner nicht die Rechtsform der GmbH mißbraucht, indem er namens der Konkursmasse den Vertrag mit der von ihm beherrschten Firma UTG abgeschlossen hat. Grundsätzlich ist das sich aus der Einschaltung einer juristischen Person, einschließlich der Einmanngesellschaft, ergebende rechtliche Trennungsprinzip zu beachten. Ein zur Unwirksamkeit führender Mißbrauch setzt besondere Umstände voraus, etwa das Vorschieben der juristischen Person, um rechtswidrige Vorteile zu erlangen (vgl. BGHZ 54, 222, 224; 68, 312, 314; BGH, Urt. v. 14. Mai 1974 - VI ZR 8/73, NJW 1974, 1371, 1372 f). Jedoch ergibt sich in diesen Fällen das - die Rechtswidrigkeit begründende - Verbot nicht aus dem Gesellschaftsrecht, sondern aus dem allgemeinen Recht, beispielsweise § 654 BGB. An einem solchen Verbot fehlt es hier, wie ausgeführt (oben zu a). Die bloß theoretische Möglichkeit des Mißbrauchs der Rechtsform der GmbH durch einen Alleingesellschafter oder eine sie wirtschaftlich beherrschende natürliche Person reicht für den Durchgriff gegen sie nicht aus (vgl. BGHZ 78, 318, 333).

III.

Das angefochtene Urteil beruht daher auf einem Rechtsfehler. Aufgrund des jetzigen Sachstandes ist es auch nicht aus anderen Gründen richtig (§ 563 ZPO).

Das Berufungsgericht hat nicht die Voraussetzungen festgestellt, unter denen der vom Beklagten mit der Firma UTG abgeschlossene Vertrag über die Gestellung von Hilfskräften als unwirksam nach § 9 Nr. 1 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 AÜG bewertet werden könnte. Insbesondere steht nicht fest, ob die Firma UTG der Konkursmasse Arbeitnehmer "überlassen" oder mit ihr nur einen Dienstvertrag abgeschlossen hat, durch den sie sich selbst zur Erbringung bestimmter Dienstleistungen im Rahmen der Konkursabwicklung verpflichtete. Bei der Arbeitnehmerüberlassung stellt der Unternehmer - als Arbeitgeber - seinem Vertragspartner (dem Dritten), das heißt hier eventuell der Konkursmasse, geeignete Arbeitskräfte zur Verfügung, die der Dritte nach eigenen betrieblichen Erfordernissen in seinem Betriebe einsetzt. Bei der Erfüllung eines Dienstvertrages hingegen organisiert der Unternehmer die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen selbst, wobei er sich seiner eigenen Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen bedient; er bleibt dem Dritten für die Erfüllung der im Verträge vorgesehenen Dienste verantwortlich (BAG EzAÜG Nr. 50; BSG EzAÜG Bd. 2 Nr. 86). Dazu haben die Parteien nicht im einzelnen vorge-
tragen.

Das angefochtene Urteil ist daher gemäß § 564 Abs. 1 ZPO aufzuheben.

B.

Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

I.

Die Klage kann nach § 82 KO unter einem Gesichtspunkt begründet sein, den die Tatsachengerichte bisher nicht geprüft haben.

1. Der Konkursverwalter ist gemäß §§ 6 Abs. 2, 83 KO verpflichtet, von sich aus dem Konkursgericht rechtzeitig einen Sachverhalt anzuzeigen, der bei unvoreingenommener, lebensnaher Betrachtungsweise die ernstliche Besorgnis rechtfertigen kann, daß der Verwalter an seiner Amtsführung verhindert ist. Das entspricht einer allgemeinen Pflicht von Amtsträgern (vgl. § 48 ZPO, § 30 StPO, § 6 Abs. 2 FGG, § 16 Abs. 2 BNotO und § 3 Abs. 2 Satz 1 BeurkG). Ihre Gültigkeit ist auch für Konkursverwalter nie in Frage gestellt worden.

I 7 der Richtlinien für Berliner Konkursverwalter (KuT 1929, 69, 70) sah vor, daß der Verwalter alles zu

vermeiden hatte, was den Anschein einer parteilichen oder eigennützigen Geschäftsführung erwecken könnte. Jede Verknüpfung persönlicher Interessen mit den Angelegenheiten des Schuldners war danach unstatthaft. Gemäß II 2 hatte der Verwalter im Behinderungsfalle die Bestellung eines Vertreters durch das Gericht nachzusuchen. Skrotzki (KTS 1955, 111 ff) ging als selbstverständlich davon aus, daß der Konkursverwalter rechtlich verpflichtet ist, eine Interessenkollision dem Gericht und/oder dem Gläubigerausschuß anzuzeigen. Nach einhelliger Meinung ist das Konkursgericht nach § 83 KO befugt, vom Konkursverwalter Auskünfte zu verlangen (Jaeger/Weber aaO § 83 Rdn. 1; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 83 Rdn. 1; Hess/Kropshofer aaO § 83 Rdn. 2; Kilger aaO § 83 Anm. 1; Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht 12. Aufl. Bd. II Rdn. 10.14). Ein Auskunftsverlangen ist aber erst möglich, wenn überhaupt ein gewisser Anhaltspunkt gegeben ist, daß Aufklärung in einer bestimmten Richtung nötig ist. Dies gilt insbesondere mit Bezug auf mögliche Verhinderungsgründe in der Person des Verwalters. Eine Anzeigepflicht ist hierfür das mildeste und zugleich ein wirksames Mittel, um Mißbräuche bei der Konkursabwicklung schon vorbeugend zu verhindern. Ohne sie würde sonst oft auch das nachträgliche Verlangen nach Schadensersatz von dem Zufall abhängen, ob die Interessenkollision auf seiten des Konkursverwalters bekannt wird oder nicht.

Die Pflicht zur Selbstanzeige möglicher Verhinderungsgründe trifft den Konkursverwalter nicht etwa nur wegen seiner Amtsstellung. Ohne sie, das heißt bei Zugrundelegung

eines rein privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses, wäre er gemäß §§ 611, 675, 666 BGB auch dazu verpflichtet. Danach ist der Beauftragte gehalten, seinen Auftraggeber über alle Umstände erforderlichenfalls schon vor der Ausführung des Auftrags zu informieren, die für die sinnvolle Ausübung des Weisungsrechts (§ 665 BGB) wesentlich sind. Dazu kann insbesondere bei möglichen Interessenkollisionen die Person des in Aussicht genommenen Vertragspartners gehören. § 666 BGB gilt unter anderem für den Testamentsvollstrecker als Partei kraft Amtes (§ 2218 BGB) und den geschäftsführenden Gesellschafter (§ 713 BGB). Materiell übt auch der Konkursverwalter mit Bezug auf die Konkursmasse eine Geschäftsbesorgung aus (§ 675 BGB); das Reichsgericht hat deshalb auf ihn im begrenzten Umfang schon § 666 BGB sinngemäß angewendet (RGZ 98, 302, 306). Sogar wenn wegen der Vielschichtigkeit seiner möglichen "Auftraggeber" (Gemeinschuldner, Konkursgläubiger oder Konkursgericht) § 666 BGB auf den Konkursverwalter nicht unmittelbar anwendbar sein mag, sondern seine Auskunftspflicht sich nach konkursspezifischen Regeln richtet (Gerhardt ZIP 1980, 941 f; ähnlich Jaeger/Weber aaO § 78 Rdn. 5 b), umfassen diese die Pflicht zur Selbstanzeige von Verhinderungsgründen gegenüber dem Konkursgericht.

2. Aufgrund der Beteiligung des Beklagten an der Firma UTG lag eine anzeigepflichtige Interessenkollision vor.

Richtlinien dafür, wann der Konkursverwalter zur Anzeige eines möglichen Verhinderungsgrundes verpflichtet ist,

sind die gesetzlichen Grundsätze, nach denen auch ein Richter entweder von Amts wegen ausgeschlossen wäre oder gegen ihn ein Befangenheitsgesuch wegen Interessenkollision erfolgreich gestellt werden könnte. Ist der Amtsträger in einer von ihm zu fördernden oder entscheidenden Sache selbst unmittelbar Partei, so ist er kraft Gesetzes ausgeschlossen (§ 41 Nr. 1 ZPO, § 6 Abs. 1 Nr. 1 FGG, § 3 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 6 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG). Ist er wenigstens mittelbar an einer Partei oder auf einer Seite des Rechtsgeschäfts beteiligt, so kann ein Ablehnungsrecht bestehen. Das gilt insbesondere für Amtsträger, die zugleich Gesellschafter einer am Verfahren beteiligten juristischen Person sind (Zöllner/Vollkommer, ZPO 16. Aufl. § 41 Rdn. 7 u. § 42 Rdn. 11; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO 48. Aufl. § 41 Anm. 2 A; Thomas/Putzo, ZPO 15. Aufl. § 41 Anm. 2 a; Stein/Jonas/Leipold, ZPO 20. Aufl. § 41 Rdn. 8 und § 42 Rdn. 5; vgl. auch § 3 Abs. 1 Nr. 4 u. Abs. 3 Nr. 1 BeurkG), sofern nach Art und Umfang der Beteiligung ein eigenes Interesse an deren Obsiegen nicht ganz fernliegt (vgl. KG NJW 1963, 451, 452). Das trifft auch dann zu, wenn die Gesellschaftsanteile über einen Treuhänder gehalten werden, weil schon wirtschaftliche Belange des Amtsträgers die Ablehnung rechtfertigen könnten (Baumbach/Lauterbach/Hartmann aaO § 42 Anm. 2 B, Stichwort: "Wirtschaftliches Interesse").

Der Beklagte war bis 1982 entweder rechtlich oder - über einen Treuhänder - wirtschaftlich Alleininhaber der Firma UT, danach zu 75 %. Der Erfolg oder Mißerfolg des Unternehmens wirkte sich unmittelbar in erheblichem Maße für

ihn aus. Eine so weitgehende Beteiligung begründet die Besorgnis, daß der Amtsträger sich hierdurch in seiner amtlichen Entscheidung beeinflussen lassen kann. Insbesondere lag aus der Sicht jedes unvoreingenommenen, sachlich abwägenden Konkursbeteiligten die Befürchtung nicht fern, daß der Konkursverwalter sein Amt nicht ausschließlich dem Konkurszweck entsprechend führen werde, sondern sich auch vom Gesichtspunkt leiten lassen könnte, der Firma UTG auf möglichst lange Dauer zu lohnenden Einnahmen zu verhelfen. Dann hätte das Konkursgericht über Art und Umfang dieser Beteiligung vor einem Vertragsschluß informiert werden müssen.

3. Der Beklagte leugnet letztlich selbst nicht seine Unterrichtungspflicht, sondern meint, sie hinreichend erfüllt zu haben. Das trifft jedoch nach seinem eigenen bisherigen Vortrag nicht zu. Sein Hinweis auf einen Zeitungsartikel vom 10. Dezember 1975, in dem seine Beteiligung an der Firma UT● erwähnt war, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Presseberichte machen grundsätzlich die eigene, rechtlich gebotene Anzeige des Konkursverwalters ebensowenig überflüssig wie andere selbständige Ermittlungshandlungen des Konkursgerichts, etwa das Einholen von Auszügen aus dem Handelsregister. Soweit der Beklagte auf seine Erwähnung "eigener und fremder Hilfskräfte" vor dem Gläubigerausschuß hinweist, lag darin keine Offenlegung seiner eigenen Beteiligung an der Firma UT●. Unstreitig hat der Beklagte anfangs auch Hilfskräfte seiner eigenen Unternehmensberatungsfirma eingesetzt. Weitergehende Bedeutung brauchten die Beteiligten diesem Hinweis nicht zu entnehmen.

Unerheblich ist ferner die Behauptung des Beklagten, in einem Gespräch mit seinem Angestellten Hagenmeyer habe der damals zuständige Rechtspfleger des Konkursgerichts im Frühjahr 1978 eingeräumt, "daß selbstverständlich ... der Geschäftsführer der UT● ... diese Anteile auch treuhänderisch halten könnte." Zum einen bleibt offen, ob nur eine theoretische Fallgestaltung erörtert wurde, ob der Name des Beklagten als Treugeber erwähnt wurde oder ob der Rechtspfleger möglicherweise über privates Wissen - unabhängig von einer Anzeige des Konkursverwalters - verfügte. Vor allem erfüllt eine solche Unterhaltung zwischen einem Angestellten des Konkursverwalters und dem zuständigen Rechtspfleger in einer Gaststätte nicht die Anforderungen, die an die vom Konkursverwalter geschuldete Anzeige der Interessenkollision zu stellen sind. Diese hat der Verwalter in unmißverständlich Form - schriftlich oder zur Niederschrift des Gerichts - offiziell an das Konkursgericht selbst zu richten. Mündliche Andeutungen, die möglicherweise mißverständlich sind oder als private Voranfragen nach der persönlichen Meinung des Konkursrichters oder -rechtspflegers aufgefaßt werden können, genügen nicht.

4. Seine konkursrechtlichen Pflichten hatte der beklagte Verwalter zu kennen (§ 276 Abs. 1 BGB). Auf das Erfordernis, das Konkursgericht "über die Verbindung der UTG" zum Beklagten "offiziell und uneingeschränkt" zu informieren, hatte schon Rechtsanwalt Dr. Lehmann in seinem - vom Beklagten selbst vorgelegten - Gutachten vom 4. April 1978 hingewiesen (Anlage B 19 zum Schriftsatz des Beklagten vom

15. Oktober 1987, S. 32). Dem Beklagten mußte sich auch aufdrängen, daß er die geschuldete Selbstanzeige nicht in der zu 3. dargestellten Weise erfüllen konnte.

5. Da der Beklagte eine konkursspezifische Rechtspflicht verletzt hat, könnte er sich gemäß § 82 KO schadensersatzpflichtig gemacht haben. Die Pflicht zur Offenbarung von Interessenkollisionen dient dem Schutz aller Konkursbeteiligten davor, daß der Verwalter sein Amt möglicherweise nicht unvoreingenommen und allein dem Konkurszweck entsprechend ausübt. Der Gemeinschaftsschaden läge in der Verkürzung der Konkursmasse durch die Entnahmen für Hilfskräfte, wenn die dem Beklagten zu 1) obliegende Anzeige dazu geführt hätte, daß die hier fraglichen Masseschulden nicht begründet worden wären.

Der Senat kann jedoch nicht abschließend hierüber entscheiden, weil der Beklagte die Ursächlichkeit dieser Pflichtverletzung für den hier geltend gemachten Schaden bestreitet. Nach der Behauptung des Klägers ist zwar davon auszugehen, daß das Konkursgericht dem Beklagten den Abschluß von Verträgen mit der Firma UT● untersagt oder die rechtzeitige Kündigung aufgegeben hätte, wenn es die wirtschaftliche Beteiligung des Beklagten gekannt hätte. Das Konkursgericht ist nach § 83 KO befugt, in derartigen Verhinderungsfällen einzuschreiten (vgl. Jaeger/Weber aaO § 83 Rdn. 1; Kuhn/ Uhlenbruck aaO § 83 Rdn. 1; Hess/ Kropshofer aaO § 83 Rdn. 7; Kilger aaO § 83 Anm. 1; Eickmann, ZIP 1984, 204, 207 unter 8). Der Kläger trägt auch

vor, daß der Vertrag mit der Firma UT● beiderseits jederzeit zu beenden gewesen sei. Jedoch könnte die Kausalität möglicherweise zu verneinen sein, wenn der in den Jahren 1981 bis 1983 zuständige Konkursrichter die Beteiligung des Beklagten an der Firma UT● aus anderen Quellen - beispielsweise Zeitungsberichten oder mündlichen Mitteilungen - tatsächlich gekannt hätte. Darüber hinaus kommt nach den Behauptungen des Beklagten in Betracht, daß das Angebot der Firma UT● zur Überlassung von Hilfskräften objektiv die für die Konkursmasse günstigste Möglichkeit war, den Betrieb fortzuführen und - ab 1. Oktober 1982 - abzuwickeln.

6. Unter diesem rechtlichen Ansatz wäre die Klageforderung nicht verjährt. Die Haftung des Konkursverwalters aus § 82 KO verjährt nach dem entsprechend anwendbaren § 852 BGB (vgl. Senat in BGHZ 93, 278, 280 ff) in drei Jahren beginnend mit dem Zeitpunkt, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt. Kenntnis von einer möglicherweise schädigenden Handlung des Beklagten erlangten das Konkursgericht und der Kläger hier frühestens in dem Zeitpunkt, in dem ihnen die Interessenkollision, das heißt die wirtschaftliche Beteiligung des Beklagten an der Firma UTG, bekannt wurde. Die in § 852 BGB vorausgesetzte Kenntnis muß so weit gehen, daß der Geschädigte aufgrund der ihm bekannten Tatsachen gegen eine bestimmte Person mit einigermaßen sicherem Erfolg eine Schadensersatzklage erheben kann (BGB-RGRK/Kreft, 12. Aufl. § 852 Rdn. 22 m.w.N.; Palandt/Thomas BGB 49. Aufl. § 852 Anm. 2). Dazu gehört mindestens die Kenntnis der objektiven Pflichtverletzung; bloße Vermutungen stehen der Kenntnis

nicht gleich (BGB-RGRK/Kreft aaO Rdn. 25 m.w.N.). Nach der Behauptung des Klägers haben er und das Gericht sichere Kenntnis von der Treuhandabrede des Beklagten mit dem Geschäftsführer der Firma UTG erst im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens erhalten, das im Frühjahr 1985 gegen den Beklagten geführt wurde. Zu dieser Zeit war die vorliegende Klage schon erhoben.

II.

Die Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht gibt den Parteien Gelegenheit, zu einem weiteren rechtlichen Gesichtspunkt Stellung zu nehmen, der die Klage tragen könnte.

Gemäß § 132 Abs. 1 KO hatte die Gläubigerversammlung über die Fortführung des Geschäfts zu beschließen. Sie folgte insoweit noch am 12. November 1980 mehrheitlich dem Vorschlag des Beklagten.

Die Anzeigepflicht des Konkursverwalters gegenüber dem Konkursgericht gilt auch gegenüber der Gläubigerversammlung oder dem -ausschuß in solchen Angelegenheiten, in denen ihre Mitwirkung gesetzlich erforderlich oder erwünscht ist. Die genannten Gremien sind nur dann zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage, wenn sie über alle dafür wesentlichen Umstände informiert sind. § 135 KO erlegt deshalb dem

Verwalter in gewissem Umfang eine Mitteilungspflicht für die gesetzlich geregelten Fälle der Mitwirkung des Gläubigerausschusses auf. Diese Vorschrift schließt eine weitergehende Anzeigepflicht für den Fall der Interessenkollision nicht aus. Deren Fehlen kann ebenfalls wesentliche Voraussetzung für die Entscheidung der Gläubiger sein. Diese sind dann darüber zu unterrichten. Unterbleibt das und beruht die Entschliebung der Gläubiger darauf, so rechtfertigt sie die Maßnahme des Konkursverwalters nicht.

Da der Beklagte wirtschaftlich Inhaber der Firma UTG war, hatten hier die Gläubiger die Möglichkeit zu bedenken, daß die Betriebsfortführung dem Vorteil der Firma UTG mindestens ebenso sehr wie dem der Masse dienen konnte. Eine solche Besorgnis wäre objektiv geeignet gewesen, ihre Entscheidung zu beeinflussen. Hätten sie mehrheitlich gegen die Betriebsfortführung gestimmt, wenn ihnen die wirtschaftliche Beteiligung des Beklagten an der Firma UTG bekannt gewesen wäre, so können die der Fortführung dienenden Masseschulden für Hilfskräfte auch deswegen rechtswidrig eingegangen sein.

III.

Hilfsweise wird das Berufungsgericht das Vorbringen des Klägers berücksichtigen müssen, daß die fraglichen Entnahmen für Hilfskräfte objektiv dem Konkurszweck deswegen nicht

gedient hätten, weil die Betriebsfortführung selbst seit Anfang 1977 nicht mehr konkurskonform gewesen sei (vgl. Senat BGHZ 99, 151, 153 ff; Urt. v. 12. Oktober 1989 - IX ZR 245/88, ZIP 1989, 1584, 1589 unter 3 b).

Merz

Schmitz

Kirchhof

Fischer

Melullis