

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 131/75

URTEIL

An Verkündungs Statt
den Parteien zugestellt
am 23. Oktober 1975
Scheibl,
Amtsinspektor

in dem Rechtsstreit

der Firma Karl C [REDACTED], Inhaber: Ingenieur und
Kaufmann Carl C [REDACTED] in M [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Revisionsklägerin
und Revisionsbeklagte,

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

g e g e n

den Dipl.Kaufmann Wolfgang S [REDACTED] in D [REDACTED]-K [REDACTED],
D [REDACTED]str. [REDACTED] als Konkursverwalter über das Vermögen
der Firma Wolfgang R [REDACTED], Inhaber: Wolfgang R [REDACTED],
in W [REDACTED], H [REDACTED]str. [REDACTED],

Beklagten, Revisionsbeklagten
und Revisionskläger,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat mit Einverständnis der Parteien im schriftlichen Verfahren durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Hoffmann, Wolf und Merz

für Recht erkannt:

Das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 20. April 1971 wird dahin geändert, daß der von der Klägerin aufgrund des vorbezeichneten Urteils im Konkurs über das Vermögen des Kaufmanns Wolfgang R. in W., H. str. angemeldete Anspruch in Höhe von 138 567 DM nebst 8 % Zinsen ab 15. September 1966 bis 5. November 1972 als Konkursforderung festgestellt wird.

Auf die Revision der Klägerin wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das vorbezeichnete Urteil dahin geändert, daß die Widerklage abgewiesen wird, soweit die Klägerin zur Zahlung von mehr als 9,5 % Zinsen verurteilt wird.

Auf die Revision des Beklagten wird das vorbezeichnete Urteil insoweit aufgehoben, als es die Widerklage in Höhe von 6 496,67 DM nebst Zinsen abgewiesen und insoweit der Beklagten die Kosten auferlegt hat. In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

11d

- 3 -

Von den Kosten erster und zweiter Instanz hat die Klägerin 7/20 und der Beklagte 12/20, von denjenigen der Revisionsinstanz die Klägerin 4/8 und der Beklagte 3/8 zu tragen. Im übrigen wird die Kostenentscheidung dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die frühere Beklagte und jetzige Gemeinschuldnerin kaufte im Sommer 1966 von der Klägerin insgesamt 2 420 t Betonrippenstahl III a zum Preise von 476,20 DM je t. Betonrippenstahl der Güteklasse III a darf in der Bundesrepublik nur dann verwendet werden, wenn dem Hersteller von der obersten Verwaltungsbehörde eines Bundeslandes ein Zulassungsbescheid erteilt wurde. Der Hersteller des Stahls ist überdies verpflichtet, für seinen Stahl ein ihm vom Deutschen Normenausschuß zugeteiltes Walzzeichen zu verwenden. Die Klägerin übermittelte der Gemeinschuldnerin einen Zulassungsbescheid für Betonstahl der Betonstahlgruppe III a, den der Minister für Landesplanung, Wohnungsbau und öffentliche Arbeiten des Landes Nordrhein-Westfalen der französischen Firma S.A. des L [REDACTED] (Kurzbezeichnung: P [REDACTED]) unter dem 20. Januar 1966 mit einer Geltungsdauer bis 28. Februar 1967 für die Bundesrepublik und West-Berlin erteilt hatte. Die Firma P [REDACTED] benutzt das Walzzeichen "3:6". Nach ihrer Behauptung verkaufte die



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gemeinschuldnerin den bei der Klägerin bestellten Stahl alsbald weiter.

Mitte August 1966 traf eine Teillieferung von 460,832 t Betonrippenstahl bei der Gemeinschuldnerin ein, die von deren Abnehmern zurückgewiesen wurde. Der Stahl trug zwar das Walzzeichen "3:6", er war aber nicht von der Providence, sondern im Auftrage der Klägerin von der italienischen Firma Luigi B. [REDACTED] hergestellt worden, die für Betonrippenstahl III a weder eine Zulassung für die Bundesrepublik noch eine Lizenz der Firma P. [REDACTED] erhalten hatte. Die Gemeinschuldnerin gab die Mängelrüge alsbald an die Klägerin weiter und verlangte von dieser Schadensersatz.

Am 24. August 1966 verhandelten die Inhaber der Klägerin und der Gemeinschuldnerin in deren Büro in W. [REDACTED] über die Regelung der Angelegenheit. Die Gemeinschuldnerin übersandte der Klägerin mit Schreiben vom 8. September 1966 den Entwurf einer Verpflichtungserklärung, durch die der Inhaber der Klägerin und sein Bruder Albert anerkennen sollten, bis zum 20. September 1966 den Betrag von 89 224,93 DM als Schadensersatz zu zahlen und weitere Verpflichtungen zu übernehmen. Die Klägerin erwiderte am 16. September 1966 u.a.:

"Bei dieser Gelegenheit erklären wir Ihnen, daß wir die uns am 8. September 1966 übersandte Belastungsaufgabe in Höhe von 89 224,93 DM in dieser Form nicht anerkennen. Sie sind uns hier den Beweis schuldig, wie sich im einzelnen die Ersatzkäufe ergeben haben. Wir bitten, uns hierüber entsprechende Unterlagen vorzulegen."

Da eine Einigung nicht zustande kam, verkaufte die Gemeinschuldnerin am 5. Oktober 1966 einen Teil des in S [REDACTED] liegenden Stahls an die dem Inhaber der Gemeinschuldnerin gehörende niederländische Firma F [REDACTED] zum Preise von 99 628,72 DM. Den nicht verkauften Rest von etwa 164 t stellte die Gemeinschuldnerin der Klägerin zur Verfügung.

Mit der Klage beansprucht die Klägerin als Kaufpreis für den von der Gemeinschuldnerin an die F [REDACTED] verkauften Stahl einen Betrag von 138 567 DM nebst Zinsen.

Die zunächst beklagte Gemeinschuldnerin hat den Wert des von ihr weiterverkauften Stahls auf weniger als 100 000 DM beziffert und gegenüber der Forderung der Klägerin mit Schadensersatzansprüchen in Höhe von 105 894,90 DM aufgerechnet. Für den Fall ihrer Verurteilung hat sie eine Hilfswiderklage erhoben mit dem Antrage, die Klägerin zur Zahlung eines dem Klageantrage in Hauptsache und Zinsen entsprechenden Betrages zu verurteilen.

Das Landgericht hat die Gemeinschuldnerin zur Zahlung des eingeklagten Betrages, jedoch nur mit 5 % Zinsen, und die Klägerin auf die Hilfswiderklage zur Zahlung von 99 398,23 DM, ebenfalls nur mit 5 % Zinsen, verurteilt. Die weitergehende Klage und Widerklage hat das Landgericht abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat die Berufungen wegen der Hauptsummen zurückgewiesen, jedoch die den Parteien zuerkannten Zinsen erhöht.

Mit der Revision verfolgte die Klägerin ihren Antrag auf Abweisung der Widerklage in vollem Umfange weiter, während die beklagte Gemeinschuldnerin mit ihrer Revision in erster Linie Abweisung der Klage erstrebte und in zweiter Linie ihrer Widerklage nebst den im zweiten Rechtszuge erhöhten Zinsen in voller Höhe stattgegeben haben wollte. Nach Einlegung der Revisionen wurde über das Vermögen der früheren Beklagten der Konkurs eröffnet. Den dadurch unterbrochenen Rechtsstreit nahmen die Klägerin und der Konkursverwalter auf. Die Klägerin beantragte Feststellung, daß ihr Anspruch in Höhe von 138 567 DM nebst 8 % Zinsen als Konkursforderung anerkannt wird. Der Konkursverwalter anerkannte die Feststellung des von der Klägerin angemeldeten Anspruchs als Konkursforderung, worauf die Klägerin um Anerkenntnisurteil bat. Beide Parteien beantragten, hinsichtlich des anerkannten Anspruchs der anderen Partei die Kosten aufzuerlegen. Im übrigen erstrebt die Klägerin die Abweisung der Widerklage. Der Beklagte macht nicht mehr Aufrechnung geltend, sondern beantragt, der Widerklage in Höhe von 105 894,90 DM nebst Zinsen stattzugeben. Beide Parteien beantragen insoweit Zurückweisung der von der anderen Partei eingelegten Revision. Sie haben sich mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt.

Entscheidungsgründe

I. Da der Konkursverwalter den Anspruch der Klägerin in Höhe von 138 567 DM nebst 8 % Zinsen seit 15. September 1966 nunmehr als Konkursforderung anerkannte, war insoweit auf Antrag der Klägerin Anerkenntnisurteil zu erlassen. Zinsen konnten allerdings nur bis 5. November 1972 zugesprochen werden, weil gemäß § 63 Nr. 1 KO der Zinsanspruch ab Konkurseröffnung nicht Konkursforderung ist.

II. Im Übrigen ist die Revision der Klägerin nur hinsichtlich eines Teils der vom Berufungsgericht zugesprochenen Zinsen begründet.

1. In Übereinstimmung mit dem Landgericht hat das Berufungsgericht angenommen, daß der Inhaber der Klägerin bei der Besprechung vom 24. August 1966 in W. sich bereit erklärt hatte, der Gemeinschuldnerin den Schaden zu ersetzen, den diese infolge der Nichtzulassung des Stahls in der Bundesrepublik Deutschland dadurch erlitten hatte, daß sie von ihren Abnehmern in Anspruch genommen wurde und einen Verdienstausschlag erlitt. Das Landgericht hat in diesem Verhalten des Inhabers der Klägerin ein selbständiges Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 BGB erblickt. Das Berufungsgericht hat sich ersichtlich dieser rechtlichen Würdigung des Verhaltens des Inhabers der Klägerin angeschlossen.

a) Wie die Revision mit Recht geltend macht, unterliegt diese Auffassung Bedenken. Es spricht nichts dafür, daß der Inhaber der Klägerin sich losgelöst vom Schuldgrund verpflichten wollte. Zu einem solchen Schluß zwingt auch nicht der Umstand, daß nach Nr. II 4 letzter Absatz der Allgemeinen Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Klägerin Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin ausgeschlossen waren. Dem Inhaber der Klägerin stand es indessen frei, von den Rechten aus dieser Klausel keinen Gebrauch zu machen und sich zur Leistung von Schadensersatz entgegen der Regelung in seinen Allgemeinen Lieferungs- und Zahlungsbedingungen zu verpflichten. Aus dem Gang der Verhandlungen in W. und den vom Inhaber der Klägerin abgegebenen Erklärungen, wie sie das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht festgestellt hat, läßt sich daher zwar kein schuldbegründendes Anerkenntnis im Sinne des § 781 BGB entnehmen, wohl aber der rechtliche Schluß ziehen, daß die Klägerin und die Gemeinschaftschuldnerin sich dahin geeinigt hatten, der Inhaber der Klägerin solle in Abweichung von seinen Lieferungsbedingungen zur Leistung von Schadensersatz in dem vom Berufungsgericht festgestellten Umfange verpflichtet sein. Allerdings war eine Einigung über die Höhe des von der Klägerin zu leistenden Ersatzes nicht zustande gekommen, vielmehr hatte der Inhaber der Klägerin sich lediglich dem Grunde nach zur Schadensersatzleistung verpflichtet.

b) Was die Klägerin gegen die Übernahme dieser Verpflichtung vorbringt, kann ihr nicht zum Erfolge verhelfen.

Richtig ist, daß die Regelung der sich hieraus ergebenden Schuld der Klägerin nicht im einzelnen festgelegt wurde. Das war aber auch nicht erforderlich. Es genügte, daß die Verpflichtung von der Klägerin dem Grunde nach übernommen wurde. Es blieb der Gemeinschuldnerin überlassen, den Schaden, dessen Entstehungsgrund genau umrissen war, im einzelnen darzutun und nachzuweisen. Es läßt sich daher auch nicht beanstanden, daß das Berufungsgericht aus der Übersendung des Entwurfs der Verpflichtungserklärung mit Schreiben der Gemeinschuldnerin vom 8. September 1966 und der Antwort der Klägerin vom 16. September 1966 die von ihm für richtig gehaltenen Schlüsse gezogen hat.

Daß die Erklärung, die der Klägerin von der Gemeinschuldnerin als Anlage zu dem Schreiben vom 8. September 1966 zugesandt wurde, von dem Inhaber der Klägerin nicht unterzeichnet wurde, hat das Berufungsgericht nicht übersehen. Es trifft auch zu, daß die Gemeinschuldnerin den Versuch gemacht hatte, eine Mithafterklärung von dem Bruder des Inhabers der Klägerin zu erlangen, obgleich sie hierauf keinen Anspruch hatte. Dennoch war das Berufungsgericht nicht gehindert, aus dem Wortlaut der Erklärung und der von der Klägerin erteilten Antwort Schlüsse zugunsten der Gemeinschuldnerin zu ziehen.

Die weiteren verfahrensrechtlichen Rügen des Beklagten hat der Senat geprüft und für unbegründet gehalten. Insoweit erübrigt sich eine Begründung gemäß Art. 1 Nr. 4 EntlG vom 15. August 1969.

2. Ist somit davon auszugehen, daß der Inhaber der Klägerin sich der Gemeinschuldnerin gegenüber dem Grunde nach zur Leistung von Schadensersatz bereit erklärt hatte, so war es ihm grundsätzlich verwehrt, sich von dieser vertraglich übernommenen Verpflichtung zu lösen. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn diese Verpflichtung nichtig oder wegen arglistiger Täuschung oder Irrtums anfechtbar oder die Klägerin wirksam von ihr zurückgetreten wäre. Unter diesen rechtlichen Gesichtspunkten hat das Berufungsgericht das Vorbringen der Klägerin nicht geprüft. Aus ihm läßt sich entnehmen, daß die Klägerin behaupten will, von dem Inhaber der Gemeinschuldnerin durch arglistige Täuschung zur Übernahme der Schadensersatzpflicht bestimmt worden zu sein und sich in einem zur Anfechtung berechtigenden Irrtum befunden zu haben. Anfechtungserklärungen könnten in dem Verhalten des Inhabers der Klägerin vor Beginn des Rechtsstreits und dem Vorbringen im Rechtsstreit selbst erblickt werden.

a) Soweit sich die Klägerin auf Tatsachen beruft, die ihrem Inhaber bereits vor Ablauf der mündlichen Vereinbarung vom 24. August 1966 bekannt waren, scheidet eine Anfechtung aus, denn es würde an einer Täuschung oder an einem Irrtum fehlen. Der Inhaber der Klägerin will jedoch, wie seinem Vorbringen entnommen werden kann, erst später von dem sogenannten Geheimvertrag vom 28. Juli 1966 Kenntnis erhalten haben, über den der Inhaber der Gemeinschuldnerin nach der Behauptung der Klägerin bereits seit Mai oder Juni mit den Beteiligten verhandelt haben und aus dem sich ergeben soll, daß der Inhaber der Gemeinschuldnerin

bereits damals über die italienische Herkunft des von der Klägerin zu liefernden Stahles und dessen Nichtzulassung in der Bundesrepublik Kenntnis gehabt habe.

Das Landgericht hat dieses Vorbringen der Klägerin geprüft, es ist jedoch zu dem Schluß gelangt, daß die von der Klägerin behauptete Kenntnis des Inhabers der Gemeinschuldnerin nicht dargetan worden sei. Bei seiner Beweiswürdigung ist es ausdrücklich auch auf den sogenannten Geheimvertrag eingegangen und hat ausgeführt, es spreche nicht zwingend für eine Kenntnis des Inhabers der Gemeinschuldnerin, daß das Herstellerwerk B. im Zeitpunkt des Auftrags der Klägerin zur Herstellung des an die Gemeinschuldnerin zu liefernden Stahles noch keine Zulassung besessen habe. Vielmehr sei der entsprechende Vortrag der Gemeinschuldnerin einleuchtend, der zudem durch die Zeugenaussage N. bestätigt worden sei, ohne daß die in diesem Punkt unklaren Angaben der als Zeugen vernommenen Kaufleute D. und K. entgegenstünden. Das Berufungsgericht hat zu dem entsprechenden, im Schriftsatz vom 14. April 1970 wiederholten und ergänzten Vorbringen nicht ausdrücklich Stellung genommen. Aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils ergibt sich jedoch, daß es sich auch in diesem Punkte dem Urteil des Landgerichts anschließen wollte. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Würdigung der Beweisaufnahme durch das Landgericht ist rechtlich einwandfrei.

b) Auch insoweit hat der Senat die verfahrensrechtlichen Rügen der Revision geprüft und sie für unbeachtlich befunden. Eine Begründung erübrigt sich gleichfalls gemäß Art. 1 Nr. 4 EntlG.

3. Die Revision der Klägerin beruft sich weiter darauf, die Gemeinschuldnerin habe den eingetretenen Schaden selbst verursacht, weil sie ihre Kunden getäuscht habe. Sie habe nämlich den Stahl, obwohl sie gewußt habe, daß er italienischer Herkunft war, anders weiterverkauft. Auch dieses Vorbringen kann erheblich sein, denn das Verlangen auf Ersatz des Schadens, der dadurch entstanden ist, daß die Gemeinschuldnerin ihre Abkäufer täuschte, wäre arglistig.

a) Diese Rüge setzt indes voraus, daß von dem Berufungsgericht entsprechende tatsächliche Feststellungen getroffen wurden. Sie sind jedoch weder in dem Urteil des Landgerichts noch im Berufungsurteil zu finden. Die Revision hat auch nicht aufgezeigt, daß die Klägerin entsprechende Behauptungen aufgestellt habe, die von dem Berufungsgericht übergangen worden seien.

b) Es steht vielmehr fest, daß nach den Vereinbarungen der Parteien die Klägerin in der Bundesrepublik Deutschland zugelassenes und mit einem entsprechenden Walzzeichen versehenes Material zu liefern hatte. Es mag nun zutreffen, daß der Inhaber der Gemeinschuldnerin noch vor der Lieferung des Materials erfahren hatte, daß ihm Betonrippenstahl italienischer Herkunft angedient werden würde. Das schließt aber nicht

aus, daß er der Überzeugung gewesen ist, zugelassenen Stahl zu erhalten, der in Ausnutzung einer Lizenz in Italien gewalzt wurde. Dies ist aber nicht einmal entscheidend. Die Klägerin hat nicht bestritten, daß die Gemeinschuldnerin die Ware als "Betonrippenstahl III a mit in Deutschland zugelassenem Walzzeichen" weiterverkauft hatte. Sie erfüllte die Verträge daher nur dann ordnungsgemäß, wenn sie zugelassenen Betonrippenstahl lieferte, mochte dieser auch in Italien hergestellt worden sein.

4. Die Revision der Klägerin hält die von der Gemeinschuldnerin aufgemachte Schadensberechnung, der das angefochtene Urteil gefolgt ist, für unrichtig. Auch insoweit kann ihr ein Erfolg nicht beschieden sein.

a) Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß dem Inhaber der Gemeinschuldnerin die Herkunft des Stahls aus Italien am 21. Juli 1966 bekannt war. Die Rüge, daß die Gemeinschuldnerin den Stahl erst zu einer Zeit an die Firma P. [REDACTED] Stahlwerke verkauft habe, als ihr bekannt war, daß der Stahl aus Italien bezogen wurde, scheitert daher an den tatsächlichen Feststellungen. Im übrigen konnte es sich auch bei aus Italien geliefertem Stahl um in der Bundesrepublik Deutschland zugelassenen Stahl handeln.

b) Der Stahl hatte bei der Reederei Sch. [REDACTED] gelagert, bis die Gemeinschuldnerin ihn an die Firma F. [REDACTED] verkaufte und an diese Firma weiterversandte. Bei dem Posten Nr. 4 der Aufstellung der Gemeinschuldnerin handelte es sich mithin ersichtlich um Lagerkosten, die deshalb entstanden waren, weil die Klägerin Stahl geliefert

hatte, den die Abkäufer der Gemeinschuldnerin nicht abnahmen und den diese daher weiter lagern lassen mußte.

c) Daß der Gemeinschuldnerin durch den Verkauf an die F. [REDACTED] kein Schaden entstanden ist, haben Landgericht und Berufungsgericht übereinstimmend angenommen. Die entsprechende Rüge der Revision geht daher ins Leere.

d) Für H. [REDACTED] hatte die Gemeinschuldnerin bei der Klägerin lt. deren Bestätigung vom 24. Juni 1966 insgesamt 2 000 t Betonrippenstahl III a gekauft. Die Schadensberechnung der Firma H. [REDACTED] bezieht sich aber lt. deren Schreiben vom 29. August 1966 auf eine geringere Menge, was die Revision offenbar übersehen hat.

e) Die Rüge hinsichtlich des von der Gemeinschuldnerin der Firma K. [REDACTED] & Z. [REDACTED] KG aufgrund der von ihr aufgemachten Schadensberechnung erstatteten Betrages scheitert schon daran, daß nicht festgestellt ist, der Inhaber der Gemeinschuldnerin habe am 21. Juli 1966 gewußt, daß ihm von der Klägerin nicht zugelassener Betonrippenstahl geliefert werden würde.

f) Obgleich die Gemeinschuldnerin den Schaden, der ihr dadurch entstanden ist, daß sie ihre Abkäufer befriedigen mußte, sowie den Schaden durch Aufwendungen für Lagerkosten, Rechtsberatungskosten und Reiseauslagen konkret berechnet hatte, durfte sie den Schaden, der ihr durch entgangenen Gewinn entstanden ist, abstrakt berechnen (BGHZ 29, 393, 399). Der Revision kann daher nicht darin gefolgt werden, daß eine solche Berechnung nicht zulässig sei.

5. Ob sich die Klägerin angesichts der von ihrem Inhaber am 24. August 1966 eingegangenen Verpflichtung überhaupt auf mitwirkendes Verschulden des Inhabers der Gemeinschuldnerin berufen könnte, bedarf nicht der Erörterung, denn die Revision hat nicht aufgezeigt, aus welchem Verhalten ein solches mitwirkendes Verschulden entnommen werden soll. Auch der von dem Berufungsgericht festgestellte oder als unstreitig zugrunde gelegte Sachverhalt ergibt keinen Anhaltspunkt dafür, daß dem Inhaber der Gemeinschuldnerin ein mitwirkendes Verschulden zur Last fallen könnte.

6. Dagegen hat die Gemeinschuldnerin, wie die Revision der Klägerin mit Recht rügt, vom Berufungsgericht teilweise höhere Zinsen zugesprochen erhalten, als sie beantragt hatte. Die Gemeinschuldnerin hatte nämlich nicht mehr als 9 1/2 % Zinsen beansprucht, während das Berufungsgericht der Gemeinschuldnerin für die Zeit ab 11. September 1969 eine höhere Verzinsung zubilligte. Wegen dieses Verstoßes gegen § 308 Abs. 1 ZPO war das Berufungsurteil zu ändern.

III. Nachdem der Beklagte den Klageanspruch nebst Zinsen als Konkursforderung anerkannt hat, wendet sich die Revision des Beklagten nur noch dagegen, daß das Berufungsgericht die Widerklage in Höhe von 6 496,67 DM (nicht 6 908 DM) abgewiesen hat.

1. Es handelt sich bei diesem Betrage um Rechtsanwaltskosten, die von der Gemeinschuldnerin nach ihrem Vortrag aufgewandt sein sollen, um die Klägerin zur Leistung von Schadensersatz anzuhalten und sich gegenüber

dem Vorgehen der Klägerin im einstweiligen Verfügungsverfahren zu verteidigen. Das Berufungsgericht läßt offen, für welche Leistungen der Rechtsanwälte die Gebühren entstanden sind, die den Kostenrechnungen zugrundeliegen, und meint, soweit es sich um Kosten aus Prozeßsachen handele, könnten und müßten die Kosten in der betreffenden Prozeßsache geltend gemacht werden. Der gesonderten Geltendmachung von Kosten, die etwa durch eine außergerichtliche Vertretung entstanden seien, stehe die Vorschrift des § 118 Abs. 2 RAGebO entgegen.

2. Diese Begründung kann die vom Berufungsgericht getroffene Entscheidung nicht rechtfertigen.

a) Richtig ist allerdings, daß eine selbständige Klage auf Erstattung von Prozeßkosten insoweit unzulässig ist, als ein sich mit ihr deckender, im Kostenfestsetzungsverfahren verfolgbarer prozessualer Erstattungsanspruch besteht (Stein/Jonas/Pohle, ZPO 19. Aufl. vor § 91 Anm. III 4). Eine Erledigung im Kostenfestsetzungsverfahren ist indes nur dann möglich, wenn eine entsprechende Kostenentscheidung im Prozeß ergangen ist, die hier bezüglich dieser Kosten nach dem Vorbringen des Beklagten gerade nicht vorliegen soll. Das Berufungsgericht läßt zudem offen, ob es sich um Prozeßkosten handelt, so daß zugunsten des Beklagten zu unterstellen ist, die von ihm geltend gemachten Auslagen für die Tätigkeit der von der Gemeinschuldnerin beauftragten Rechtsanwälte gehörten nicht zu den Prozeßkosten. Ebensowenig greift der Hinweis des Berufungsgerichts auf § 118 Abs. 2 RAGebO durch. Die Gemeinschuldnerin hat ausdrücklich in Abrede gestellt, daß die von den Rechts-

anwältin in Ansatz gebrachten Gebühren sich auf Tätigkeiten bezogen hätten, an die sich das hier zu entscheidende gerichtliche Verfahren angeschlossen hatte. Hinzu kommt, daß die Tätigkeit des Rechtsanwalts, für welche die anzurechnende Gebühr des § 118 RAGebO entstanden ist, zu dem Kreis derjenigen Tätigkeiten gehören muß, die bei einem Prozeßauftrag durch die Prozeßgebühr abgegolten werden. Demgemäß sind nur gleichartige Gebühren (z.B. die Geschäftsgebühr auf die Prozeßgebühr, die Besprechungsgebühr auf die Verhandlungsgebühr) anzurechnen (Swolana, RAGebO 4. Aufl. § 118 Anm. 4; Gerold/Schmidt RAGebO 4. Aufl. § 118 Nr. 21). Hier hat Rechtsanwalt Dr. E. der Gemeinschuldnerin neben anderen Gebühren eine Besprechungsgebühr in Rechnung gestellt (Anlage 25 zu 11/32), deren Anrechnung schon deshalb ausscheidet, weil diesem Rechtsanwalt eine Verhandlungsgebühr keinesfalls erwachsen ist.

b) Außerdem hatte die Gemeinschuldnerin vorgetragen, daß die Kosten, die hier infrage stehen, im wesentlichen in dem Verfahren über den Erlaß einer einstweiligen Verfügung entstanden seien. Dieses Verfahren, dessen Akten das Berufungsgericht nicht beigezogen hat, habe mit einem Vergleich geendet, in dem die Kosten-erstattungspflicht von dem Nachweis abhängig gemacht worden sei, daß die Klägerin die Gemeinschuldnerin getäuscht habe. Ist dies richtig, so würde es, weil eine prozeßrechtliche Pflicht zur Kostenerstattung nicht zur Entstehung gelangt wäre, in der Tat darauf ankommen, ob die Gemeinschuldnerin einen bürgerlich-rechtlichen Anspruch auf Kostenerstattung hat (Stein/Jonas/Pohle, aaO Anm. III 1). Sollte es sich mithin bei den Rechtsanwaltskosten, über die sich die von der Gemeinschuldnerin

überreichten Kostenrechnungen verhalten, nicht um Prozeßkosten des anhängigen Rechtsstreits handeln und käme auch eine Anrechnung gemäß § 118 Abs. 2 RAGebO nicht infrage, so wäre der Beklagte nicht gehindert, diese Kosten im anhängigen Rechtsstreit zu verfolgen. Dabei könnte möglicherweise eine Rolle spielen, ob dem Inhaber der Klägerin oder dem für ihn handelnden Kaufmann D. Arglist zur Last fällt. In jedem Falle kann der Beklagte Ersatz der in Rechnung gestellten Rechtsanwaltskosten nur insoweit verlangen, als diese Kosten unter den gegebenen Umständen erforderlich waren, um die Rechte der Gemeinschuldnerin ausreichend zu wahren.

IV. Soweit der beklagte Konkursverwalter im Prozeß den Anspruch der Klägerin anerkannte, war Anerkenntnisurteil zu erlassen. Im Übrigen war auf die Revision der Klägerin unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des Berufungsgerichts zu ändern und die Widerklage abzuweisen, soweit der Gemeinschuldnerin mehr als 9 1/2 % Zinsen zugesprochen wurden. Auf die Revision des Beklagten war das Urteil des Berufungsgerichts insoweit aufzuheben, als es die Widerklage in Höhe von 6 496,67 DM abgewiesen und der Gemeinschuldnerin insoweit Kosten auferlegt hat. Da es dazu weiterer Feststellungen bedarf, war die Sache in diesem Umfang zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Soweit über die Revisionen der Parteien entschieden wurde, war es angebracht, gemäß §§ 92, 97 ZPO auch über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden. Dabei war zu beachten, daß der Streitwert der Klage nach dem Konkurs der Gemein-

schuldnerin gemäß § 148 ZPO anzusetzen ist und daß nach dem Vorbringen beider Parteien die Konkursquote jedenfalls nicht mehr als 10 % beträgt. Weiter war zu berücksichtigen, daß die Kosten auch hinsichtlich der von dem Beklagten nunmehr zur Konkurstabelle anerkannten Forderung der Konkursmasse zur Last fallen, weil die Voraussetzungen des § 93 ZPO nicht gegeben sind.

Dr. Haidinger

Claßen

Hoffmann

Wolf

Merz