

VII ZR 27/56

Verkündet am 13. Juni 1957
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Dr. Gustav K [REDACTED] in K [REDACTED], F [REDACTED] str. [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch seinen Vormund, den Rechtsan-
walt Dr. A [REDACTED] in K [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,
-- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] --

gegen

den Kaufmann Hubert S [REDACTED] in K [REDACTED], P [REDACTED] str. [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 13. Juni 1957 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Rietschel, Dr. Winkelmann, Erbel und H. Meyer

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Teilurteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln
vom 28. April 1955 wird zurückgewiesen

Die Kosten der Revision hat der Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger betrieb in Köln mehrere Textilhandelsge-
schäfte. Als er im Frühjahr 1950 wegen hoher Steuerschul-
den in eine bedrängte Lage kam, betraute er den Beklagten,
der damals noch als Rechtsanwalt, früher aber einmal als
Angestellter des Klägers tätig war, mit der Besorgung sei-
ner Rechtsangelegenheiten.

Der Kläger hatte seinem Bruder Fritz S. [REDACTED] im Jah-
re 1948 die Krautfabrik M. V. [REDACTED] in H. [REDACTED] überlassen.
Er war der Meinung, dass ihm sein Bruder aus diesem Geschäft
noch erhebliche Beträge schuldig sei, und beauftragte den
Beklagten, die Forderung gegen Fritz S. [REDACTED] einzuklagen.
Ehe es zur Erhebung der Klage kam, wurde auf Antrag des
Finanzamts K. [REDACTED] am 15. Juni 1950 über das Vermögen
des Klägers der Konkurs eröffnet (79 N 58/50 des Amtsge-
richts Köln). Das Verfahren ist erst nach Einlegung der Re-
vision am 31. Januar 1956 aufgehoben worden.

Aus der Durchsetzung seiner Forderung gegen Fritz
S. [REDACTED] versprach sich der Kläger einen Erlös, mit dem er
seine Steuerschulden bereinigen und den Konkurs - wenn mög-
lich durch einen Zwangsvergleich mit den übrigen Gläubigern -
beenden konnte. Die Parteien drängten daher nach Konkurs-
eröffnung auf baldige Erhebung der Klage gegen Fritz S. [REDACTED].
Der Konkursverwalter jedoch hielt in Übereinstimmung mit
dem Gläubigerausschuss eine solche Klage für aussichtslos.
Er erklärte sich zur Führung des Rechtsstreits nur bereit,
wenn der Konkursmasse dadurch keine Kosten entstünden. Da
der Beklagte eine von ihm verlangte Sicherheit in Form
einer Bankbürgschaft in Höhe der möglicherweise entstehen-
den Prozesskosten nicht leisten konnte, traf der Konkurs-
verwalter auf Anregung des Konkursgerichts am 21. Novem-
ber 1950 mit dem Beklagten folgende Vereinbarung:

- 3 -

"Hiermit trete ich als Konkursverwalter über das Vermögen des Herrn Hubert S. in K. im Zuge der Abwicklung des Konkursverfahrens die Forderung der Konkursmasse gegen Herrn Friedrich S. bezüglich der Krautfabrik V. an Herrn Rechtsanwalt Dr. K., K., ab. Herr Dr. K. verpflichtet sich, als Entschädigung dafür der Konkursmasse 15 % der wirklich erzielten und realisierten Klageforderung zu zahlen

Dieses Abkommen wird vorbehaltlich der Genehmigung des Gläubigerausschusses geschlossen."

Der Gläubigerausschuss genehmigte die Vereinbarung.

In dem bei dem Landgericht Mönchen-Gladbach (7.0. 373/50) geführten Rechtsstreit kam es, nachdem ein am 8. Februar 1951 geschlossener Vergleich von dem Beklagten widerrufen worden war, am 8. März 1951 zu einem endgültigen Vergleich. Fritz S. verpflichtete sich, an den Konkursverwalter 32 000 DM in monatlichen Raten von 500 DM, beginnend am 1. April 1951, zu zahlen. Er übernahm es ferner, zur Sicherung der Vergleichsforderung eine auf seinem Grundbesitz einzutragende Briefgrundschuld an den Konkursverwalter abzutreten. Dieser liess aus der Grundschuld auf Verlangen des Beklagten zwei Teilgrundschulden in Höhe von 85 % und 15 % der Vergleichssumme bilden. Die Teilgrundschuld über einen Anteil von 85 % (25 075 DM) trat der Konkursverwalter mit Zustimmung des Gläubigerausschusses und des Klägers an den Beklagten ab. Der Beklagte übertrug, nachdem Verhandlungen mit dem Finanzamt über die Abgeltung der Steuerschulden des Klägers durch Zahlung eines Teilbetrages



nicht den von dem Beklagten gewünschten Erfolg gehabt hatten, die Teilgrundschuld an die Bank für [REDACTED] N [REDACTED] Aktiengesellschaft in K [REDACTED] als Sicherheit für einen Kredit von 10 000 DM.

Der Kläger ist der Auffassung, die 85 % der Vergleichsforderung gehörten ihm. Der Beklagte habe in seinem Auftrage mit dem Konkursverwalter verhandelt und die Forderung gerichtlich geltend gemacht. Er habe von ihm zu diesem Zwecke einen Kostenvorschuss von 1 500 DM erhalten.

Der Kläger hat in erster Linie die Feststellung begehrt, dass die Abtretung der Ansprüche gegen Fritz S [REDACTED] aus dem Prozessvergleich vom 8. März 1951 an die Bank für [REDACTED] N [REDACTED] unwirksam und der Kläger Gläubiger dieser Ansprüche sei. Hilfsweise hat der Kläger beantragt, den Beklagten zu verurteilen, ihm alle gegenwärtigen und zukünftigen Ansprüche gegen die Bank für [REDACTED] oder jede sonstige Person auf Rückübertragung der Forderung gegen Fritz S [REDACTED], auf Rückübertragung der Grundschuld, auf Herausgabe des Grundschuldbriefs und auf Grundbuchberichtigung abzutreten und über die Verwendung des von der Bank für G [REDACTED] gewährten Kredits Auskunft zu geben

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Er ist der Auffassung, durch die Abtretung vom 21. November 1950 sei er alleinberechtigter Inhaber von 85 % der Forderung gegen Friedrich S [REDACTED] geworden; er brauche weder etwas herauszugeben noch über die Verwendung des Erlangten Auskunft zu erteilen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. In der Be-

rufungsinstanz hat der Kläger beantragt,

1. festzustellen, dass der Beklagte nur auf Grund eines Treuhandvertrages mit dem Kläger Inhaber der Forderung gegen Friedrich S. [REDACTED] geworden sei,
2. den Beklagten zur Auskunfterteilung über das, was er von Friedrich S. [REDACTED] erhalten hat, und über den gegenwärtigen Stand der Schuld des Friedrich S. [REDACTED] zu verurteilen,
3. den Beklagten zu verurteilen, die Forderung gegen Friedrich S. [REDACTED], soweit sie noch nicht durch Zahlung erloschen sei, an den Kläger abzutreten,
4. den Beklagten zu verurteilen, den Anspruch gegen die Bank für [REDACTED] [REDACTED] AG auf Rückübertragung der Teilgrundschuld in Höhe von 25 075 DM an den Kläger abzutreten,
5. den Beklagten zur Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe des Grundschuldbriefs zu verurteilen,
6. den Beklagten zu verurteilen, alles, was er bisher von Friedrich S. [REDACTED] aus der Forderung gegen diesen erhalten habe, an den Kläger herauszugeben,
7. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet sei, allen Schaden zu ersetzen, den der Kläger dadurch erlitten habe und erleide, dass der Beklagte die Forderung gegen Friedrich S. [REDACTED] nicht rechtzeitig abgetreten habe.

Das Berufungsgericht hat dem Auskunftverlangen des Klägers durch Teilurteil entsprochen. Mit der Revision verfolgt der

Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter, während der Kläger um Zurückweisung des Rechtsmittels bittet.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger stützt den Anspruch auf Auskunfterteilung, um den allein es sich in diesem Rechtszuge handelt, auf einen mit dem Beklagten geschlossenen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (§§ 611, 675, 666 BGB).

1.) Dass der Kläger zur Geltendmachung solcher Ansprüche mit Rücksicht auf die Konkurseröffnung nicht befugt sei, wie die Revision meint, trifft nicht zu. Auch wenn die Forderung, deren Durchsetzung der Kläger erstrebt, zur Konkursmasse gehörte, war der Kläger, dessen Verfügungsbefugnis durch die Konkurseröffnung nur hinsichtlich seines damaligen Vermögens aufgehoben war (§§ 1, 6 KO), zum Abschluss schuldrechtlicher Verträge über seine im Konkurs befangenen Rechte und Interessen befugt. Der Kläger konnte den Beklagten mit der Wahrnehmung seiner Rechte im Konkursverfahren betrauen. Er konnte ihn damit beauftragen, sich bei dem Konkursverwalter für die gerichtliche Geltendmachung eines bestimmten Anspruchs einzusetzen. Selbst einem Auftrage, eine zur Konkursmasse gehörige Forderung zur freien Verwertung im Interesse des Gemeinschuldners aus der konkursrechtlichen Verstrickung zu lösen, sei es, dass der Konkursverwalter die Forderung für den Gemeinschuldner freigab, sei es, dass er sie an den Beauftragten des Gemeinschuldners abtrat, stand rechtlich nichts im Wege. Sofern die dem Beklagten aufgetragene Geschäftsbesorgung dazu führte, dass der Konkursverwalter ihm eine zur Konkursmasse gehörende Forderung abtrat, war der Kläger auch

bei Fortdauer des Konkurses befugt, dem Beklagten für die Verwertung der Forderung Weisungen zu erteilen, gegebenenfalls auch das daraus Erlangte herauszuverlangen (§ 667 BGB). Denn mit der Abtretung schied die Forderung aus der Konkursmasse aus. Sie stand zwar formell dem Beklagten zu; der Kläger konnte aber, wenn er durch vertragliche Vereinbarungen hierzu berechtigt war, dem Beklagten Weisungen über die Verwertung erteilen, und er kann dann von dem Beklagten auch Auskunft darüber verlangen, was dieser auf Grund der Geschäftsbesorgung erlangt hat.

2.) Das Berufungsgericht nimmt an, der Beklagte sei bei dem Erwerb und der gerichtlichen Geltendmachung der Forderung gegen Fritz S. [REDACTED] in Erfüllung eines Geschäftsbesorgungsvertrages mit dem Kläger für dessen Rechnung und in dessen Interesse tätig geworden. Dieser Auftrag sei ebensowenig wie die sonstige Tätigkeit des Beklagten für den Kläger durch die Konkurseröffnung beendet worden. Das Vertragsverhältnis sei von den Parteien lediglich der Konkurslage angepasst worden.

a) Wären diese Ausführungen des Berufungsgerichts dahin zu verstehen, dass der Beklagte bereits vor der Konkurseröffnung mit der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs gegen Fritz S. [REDACTED] beauftragt worden sei und dass dieses Auftragsverhältnis ungeachtet des Konkurses fortbestanden habe, so hätte die Revision recht, wenn sie meint, dass eine solche Auffassung mit § 23 KO nicht zu vereinbaren ist. Denn nach dieser Vorschrift erlischt ein von dem Gemeinschuldner erteilter Auftrag durch die Eröffnung des Verfahrens, soweit er sich, wie im vorliegenden Falle, auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht. Dasselbe gilt, wenn sich jemand durch einen Dienst- oder Werkvertrag verpflichtet hat, ein ihm vom Gemeinschuldner übertragenes

Geschäft für diesen zu besorgen (§ 23 Abs 2 KO). Da § 23 KO zwingendes Recht enthält, sind die Parteien des Geschäftsbesorgungsvertrages ausserstande, das an den Konkurs des Auftraggebers geknüpfte Erlöschen des Vertrages auszuschliessen oder einzuschränken (Mentzel-Kuhn, 6. Aufl Anm 1, Jaeger, 6./7. Aufl Anm 1 zu § 23 KO). Die Voraussetzungen, unter denen der Beklagte nach den §§ 23 Abs 1 Satz 2 KO, 672 Satz 2, 674 BGB trotz des Erlöschens des Vertrages vorübergehend noch als Geschäftsbesorger hätte tätig werden können, liegen nicht vor.

b) Die in Frage stehenden Ausführungen des Berufungsgerichts lassen jedoch auch eine andere Deutung zu. Mit dem Hinweis darauf, dass der Beklagte schon vor der Eröffnung des Konkurses beauftragt gewesen sei, die Klage gegen Fritz S. [REDACTED] einzureichen, wollte das Berufungsgericht anscheinend auch betonen, dass der Kläger sich schon vor dem Konkurs mit dem Gedanken eines Rechtsstreits gegen seinen Bruder Fritz getragen hat. Wenn es dann fortfährt, der Auftrag habe ebensowenig wie die sonstige Tätigkeit des Beklagten für den Kläger mit der Konkurseröffnung sein Ende gefunden, so stellt es hierbei weniger auf den Fortbestand des Auftragsverhältnisses als auf die von dem Beklagten auf Grund des Vertrages entwickelte Tätigkeit ab. Der folgende Satz, das Vertragsverhältnis sei von den Parteien lediglich der Konkurslage angepasst worden, ist ohne Schwierigkeit dahin zu verstehen, dass dem Beklagten mit Rücksicht auf die durch den Konkurs eingetretenen Beschränkungen des Klägers ein dieser Rechts- und Sachlage entsprechender Auftrag erneut erteilt worden ist.

Das Berufungsgericht sagt zwar nicht ausdrücklich, dass der Beklagte nach der Eröffnung des Verfahrens von dem Kläger neu mit der Durchsetzung der Forderung gegen Fritz S. [REDACTED]

● beauftragt worden sei. Seine Ausführungen lassen aber in ihrem Zusammenhange deutlich erkennen, dass es von dem Vorliegen eines dem Beklagten nach der Konkurseröffnung von dem Kläger erteilten neuen Auftrages ausgegangen ist. Es erwägt u.a., der Beklagte habe sich auch nach der Eröffnung des Verfahrens als Beauftragter des Klägers angesehen. Auf sein Drängen habe der Gläubigerausschuss am 6. Oktober 1950 beschlossen, den Prozess gegen Fritz S. [REDACTED] durch ihn führen zu lassen, sofern die Finanzierung ohne Belastung der Konkursmasse sichergestellt sei. Daraufhin habe der mit dem Kläger befreundete O. [REDACTED] dem Beklagten 1 500 DM in Form eines dem Kläger gewährten unverzinslichen Darlehns zur Prozessführung zur Verfügung gestellt. Das beweise, dass der Rechtsstreit gegen Friedrich S. [REDACTED] für Rechnung des Klägers habe geführt werden sollen und dass der Beklagte mit seiner Durchführung beauftragt gewesen sei. Bei der Abtretung der Forderung gegen Friedrich S. [REDACTED] habe es sich um die nach Ansicht der Beteiligten einzig mögliche Form zur Verwirklichung der Forderung ohne Belastung der Konkursmasse gehandelt. Gegenüber dem Zweck des dem Beklagten erteilten Auftrags, der Durchsetzung des Anspruchs zugunsten des Klägers, habe die Art, in der dies erreicht wurde, eine untergeordnete Rolle gespielt. Dem Beklagten sei die Wahl des Weges überlassen worden. Eine Zustimmung des Klägers zu dem Erwerb der Forderung sei nicht erforderlich gewesen. Dies habe der Beklagte auch zugegeben, indem er bei seiner Vernehmung im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren ausgesagt habe, der Kläger, den er über seine Besprechungen mit dem Konkursverwalter und über sein Vorgehen gegen Fritz S. [REDACTED] auf dem Laufenden gehalten habe, sei mit allem einverstanden gewesen und habe sogar gesagt, wie er, Beklagter, das mache, sei es schon richtig. Habe aber dem Beklagten freigestanden, wie er den Anspruch gegen Fritz S. [REDACTED] durchsetzte, dann liege der Erwerb der Forderung -----

seitens des Konkursverwalters am 21. November 1950 innerhalb des ihm erteilten Auftrags. Der Beklagte habe auch die Absicht gehabt, den Erlös der Forderung für den Kläger zu verwenden. Einen überzeugenden Beweis für das Weiterbestehen des Auftragsverhältnisses liefere das Schreiben des Beklagten an den Konkursverwalter vom 17. Juli 1951. Darin habe der Beklagte um Übertragung des Grundschuldbriefs an die Bank für [REDACTED] zur Sicherheit für einen Vorschuss gebeten, den er zur Begleichung von Gebühren in dem Rechtsstreit gegen Friedrich S. [REDACTED] und zur Bezahlung von Möbeln des Klägers benötigte. Er habe diese Bitte damit begründet, dass der Kläger mit einer solchen Regelung einverstanden sei. Damit habe er in einer jeden Zweifel ausschliessenden Weise zum Ausdruck gebracht, dass er sich bewusst gewesen sei, Inhaber der Forderung nur auf Grund einer ihm vom Kläger erteilten Ermächtigung zu sein. Das sei auch die Auffassung des Klägers gewesen. Denn die in dessen Schreiben vom 18. Juli 1951 an den Konkursverwalter enthaltene Mitteilung, der Beklagte beabsichtige, den Brief zu beleihen, um das Finanzamt zu befriedigen, und beanspruche zu diesem Zweck die ihm vom Gläubigerausschuss zugesagten 85 % des Briefwertes, sei die Wiedergabe einer Unterredung der Parteien vom selben Tage, in der das zwischen ihnen bestehende Auftragsverhältnis bestätigt worden sei. Auch bei einer Unterredung während der Gläubigerausschußsitzung am 26. Juli 1951 seien sich die Parteien darüber einig gewesen, dass der Erlös aus dem Vergleich vom 8. März 1951 in dem Rechtsstreit gegen Fritz S. [REDACTED] mindestens zu einem erheblichen Teil zur Befriedigung des Finanzamts habe verwendet werden sollen.

Aus diesen Erörterungen und Feststellungen in dem angefochtenen Urteil geht hervor, dass der Berufungsrichter

davon ausgegangen ist, es sei zwischen den Parteien ein neuer, der durch die Konkurseröffnung veränderten Sach- und Rechtslage angepasster Vertrag zustande gekommen. Zumindest vermag das Revisionsgericht diesen rechtlichen Schluss aus den tatrichterlichen Feststellungen mit Sicherheit zu ziehen. Der Umstand, dass ihn nicht schon das Berufungsgericht ausgesprochen hat, weil es die sich aus § 23 KO ergebenden Folgerungen möglicherweise nicht in Betracht gezogen hat, begründet keinen die Wirksamkeit der angefochtenen Entscheidung beeinträchtigenden Rechtsverstoss. Denn die wiedergegebenen Ausführungen des Urteils lassen klar erkennen, dass beide Parteien den vor der Eröffnung des Verfahrens erteilten Auftrag nach diesem Zeitpunkte mehrfach bestätigt haben. Bei dieser Sachlage lassen sich rechtliche Bedenken gegen die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht schon deshalb erheben, weil dieses wegen unvollständiger Erörterung der Rechtslage eine aus dem Inhalt der Entscheidung ohne weiteres ersichtliche Feststellung nicht besonders ausgesprochen hat. Die aus dem Fehlen einer solchen Feststellung von der Revision erhobenen Beanstandungen können daher die Rechtsbeständigkeit des angefochtenen Urteils nicht in Frage stellen.

3.) Gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte sei auch nach Eröffnung des Konkurses als Beauftragter des Klägers tätig gewesen und habe den Erlös der Forderung gegen Friedrich S. im Interesse des Klägers verwenden sollen und wollen, hat die Revision eine Reihe von Einwendungen erhoben.

a) Sie meint, es spreche gegen die Annahme eines Auftragsverhältnisses, dass der Kläger von der Abtretung der Forderung an den Beklagten zunächst nichts gewusst und im Schreiben vom 29. Juli 1951 erfolglos gegen die Abtretung protestiert habe.

Den zuerst erwähnten Umstand hat das Berufungsgericht nicht ausser acht gelassen. Es spricht ihm nur eine rechts- erhebliche Bedeutung ab, indem es ausführt, im Rahmen des dem Beklagten erteilten Auftrags habe es keine Rolle gespielt, auf welchem Wege der Beklagte die Forderung des Klägers gegen Fritz S. [REDACTED] verwirklicht habe. Der Kläger sei mit jeder Art der Durchsetzung dieser Forderung einverstanden gewesen. Angesichts des mit dem Auftrage verfolgten Zwecks sei es belanglos gewesen, ob der Kläger von der Forderungsabtretung sogleich oder erst später benachrichtigt worden sei. Gegen diese Ausführungen ist rechtlich nichts einzuwenden.

Auch das - vom Berufungsgericht nicht weiter erörterte - Schreiben des Klägers vom 29. Juli 1951 an den Konkursrichter ist nicht als Beweis dafür geeignet, dass der Beklagte die Forderung unabhängig von einem ihm erteilten Auftrage des Klägers erworben hat. Es ist lange nach dem Zeitpunkt verfasst worden, in dem der Kläger von der Abtretung erfahren und sie gebilligt hat und zeugt lediglich von einem Versuch des Klägers, mittels des Konkursgerichts die bestimmungsgemässe Verwendung der auf Grund des Vergleichs eingehenden Gelder zur Tilgung seiner Schulden bei dem Finanzamt zu erreichen.

b) Dass die gerichtliche Geltendmachung einer Forderung im eigenen Namen für einen Dritten keine einem Rechtsanwalt gemässe Tätigkeit darstellt, ist der Revision zuzugeben. Die Tatsache, dass der Beklagte die Forderung gegen Friedrich S. [REDACTED] im eigenen Namen eingeklagt hat, erklärt sich aber zum Teil aus der durch den Konkurs und die Verschuldung des Klägers entstandenen besonderen Lage, die einen Rechts-erwerb und eine Prozessführung durch den Kläger selbst un-

tunlich erscheinen liess. Sie schliesst jedenfalls ein Handeln im Auftrage des Klägers nicht aus. Der Beklagte hat unstreitig auch Möbel für den Kläger im eigenen Namen gekauft und sie durch diesen und andere verwerten lassen. Er war an den Einnahmen aus einer Mietbücherei beteiligt, früher schon als Angestellter des Klägers beschäftigt und wollte nach Beendigung des Konkurses und nach Bereinigung der Schulden des Klägers Teilhaber an dessen Geschäften werden. Angesichts einer solchen Betätigung des Beklagten spricht das Ungewöhnliche der gerichtlichen Geltendmachung einer Forderung im eigenen Namen keinesfalls zwingend gegen das Bestehen eines Auftrags.

c) Das Berufungsgericht erblickt ein Anzeichen für das Vorliegen eines Auftrags zwischen den Parteien in der Tatsache, dass der Beklagte seine Bereitschaft erklärt habe, 85 % der Vergleichssumme oder einen Teil davon zur Tilgung der Steuerschulden des Klägers zu verwenden. Es hat hierbei nicht, wie die Revision rügt, übersehen, dass der Beklagte diese Äusserung bei seiner Vernehmung im Ermittlungsverfahren mit der Hoffnung auf eine ihm vom Kläger in Aussicht gestellte Beteiligung an dessen Geschäft begründet hat. Vielmehr erblickt es in der Tatsache, dass dem Beklagten vom Kläger ein Anteil an dem Forderungserlös zugesagt worden ist, wenn es ihm gelinge, mit dem verbleibenden Gelde die Steuerschulden des Klägers zu bereinigen, ohne Rechtsirrtum eine Bestätigung dafür, dass die Forderung wirtschaftlich dem Kläger zustand, und somit für dessen Behauptung, dass der Beklagte als sein Beauftragter gehandelt hat.

d) Der Beklagte hat zur Rechtfertigung seiner Ansicht, der ihm vom Konkursverwalter zugebilligte Anteil von 85 % der abgetretenen Forderung gegen Friedrich S. [REDACTED] stehe ihm unbeschränkt zu, auf das von ihm im Verhältnis zur Kon-

kursmasse übernommene hohe Kostenrisiko verwiesen. Das Berufungsgericht will diese Begründung nicht gelten lassen. Es meint, weder die Tatsache, dass der Beklagte von dem Konkursverwalter wegen der aussergerichtlichen Kosten des Rechtsstreits gegen Friedrich S. [REDACTED] in Anspruch genommen worden sei, noch dass die den Beklagten treffende Kostenlast erheblich höher hätte sein können, lasse den Schluss zu, dass dem Beklagten 85 % der Forderung auch im Verhältnis zum Kläger zugestanden hätten. Der Auftrag, eine zweifelhafte Forderung einzuklagen und den Erlös abzüglich 15 % behalten zu dürfen, stelle auch bei Übernahme des Kostenrisikos wirtschaftlich nichts anderes als eine Schenkung dar.

Ob diese Annahme gegen die Denkgesetze und gegen allgemeine Erfahrungssätze verstösst, wie die Revision ausführt, bedarf keiner näheren Untersuchung. Das Berufungsgericht hat an anderer Stelle festgestellt, der dem Kläger befreundete Oster habe zur Durchführung des Rechtsstreits 1 500 DM zur Verfügung gestellt, der Prozess gegen Friedrich S. [REDACTED] habe für Rechnung des Klägers geführt werden sollen. Angesichts dieser Rückendeckung und im Hinblick darauf, dass der Beklagte Art und Umfang des zu führenden Rechtsstreits selbst bestimmen konnte, stellte die Übernahme der Haftung für die Prozesskosten gegenüber dem Konkursverwalter kein so hohes Risiko dar, dass die Überlassung von 85 % des Forderungserlöses an den Beklagten auch im Verhältnis zum Kläger wirtschaftlich ohne weiteres gerechtfertigt gewesen wäre. Der Hinweis des Berufungsgerichts darauf, dass der Kläger in seiner damaligen Lage keinen Anlass hatte, einen Rechtsstreit zu finanzieren, dessen wesentliches Ergebnis dem Beklagten zugute kam, entspricht der Lebenserfahrung. Es braucht deshalb nicht näher geprüft zu werden, ob die von dem Beklagten behauptete Abrede im Hinblick auf § 93

Abs 2 Satz 5 RAGebO oder, wie die Revisionserwiderung meint, auf § 138 BGB rechtswirksam getroffen werden konnte. Dem Berufungsgericht ist jedenfalls darin beizutreten, wenn es meint, der Beklagte habe auch unter Berufung auf das von ihm übernommene Prozesskostenrisiko keinen Anspruch darauf, den ihm überlassenen Anteil der Forderung ausschliesslich in seinem Interesse zu verwenden.

e) Die in dem später widerrufenen Vergleich vom 8. Februar 1951 enthaltene Klausel, Friedrich S. [REDACTED] brauche die Vergleichssumme nur zu zahlen, wenn er von der Haftung für die Steuerschulden des Klägers freigestellt werde, hat das Berufungsgericht als Anzeichen dafür gewertet, dass F. [REDACTED] S. [REDACTED] die Vergleichssumme mindestens mittelbar dem Kläger zukommen lassen wollte und dass der Beklagte diese Absicht erkannt und gebilligt hat. Ob diese Ausführungen rechtlich haltbar sind, kann dahingestellt bleiben. Auch wenn man in diesem Punkte der abweichenden Auffassung der Revision folgt, lässt sich aus einer anderen Beurteilung dieses Sachverhalts nichts gegen das Bestehen eines Auftragsverhältnisses zwischen den Parteien herleiten. Das Berufungsgericht hat überdies im gleichen Zusammenhang festgestellt, dass der Beklagte sich im Anschluss an den von ihm später widerrufenen Vergleich vom 8. Februar 1950 bemüht hat, das Finanzamt durch Annahme des Vergleichsbetrages zu einer Streichung der Steuerschulden des Klägers zu bewegen.

f) Die Revision bezeichnet es als einen Verstoss gegen § 286 ZPO, dass der Berufungsrichter den im Schriftsatz des Beklagten vom 10. November 1953 enthaltenen, in der Berufungsinanz mit Schriftsatz vom 10. Januar 1955 allgemein wiederholten Beweisantritt nicht berücksichtigt habe. Der Beklagte hatte im ersten Rechtszuge unter Beweis

gestellt, er habe dem Kläger wiederholt erklärt, er, Beklagter, sei der berechtigte Inhaber von 85 % der Forderung, er habe allein zu bestimmen; wenn es anders wäre, hätte das Finanzamt die erstrittene Forderung beschlagnahmt und der Konkursverwalter niemals den Hypothekenbrief in Höhe von 85 % an ihn zur freien Verfügung abgetreten. Der Kläger habe dies auch anerkannt und erklärt, dass der Beklagte die Forderung als Gegenleistung für das hohe Risiko rechtmässig verdient habe. Zum Beweise dieser Behauptungen hat der Beklagte in dem erstgenannten Schriftsatz die Vernehmung des Klägers als Partei beantragt.

aa) Ausweislich der Sitzungsniederschrift vom 14. Februar 1955 haben die Anwälte der Parteien erklärt, sie seien auch damit einverstanden, dass die Zeugenaussagen in den Konkurs- und den Ermittlungsakten im Wege des Urkundenbeweises verwendet würden, soweit in den Prozessakten nicht weitergehende Behauptungen unter Zeugenbeweis gestellt seien. Das Berufungsgericht gibt diese Erklärungen im Tatbestand des angefochtenen Urteils dahin wieder: Die Parteien hätten sich mit einer Verwertung der im Ermittlungs- und im Konkursverfahren protokollierten Zeugenaussagen einverstanden erklärt, soweit sie in dem vorliegenden Verfahren keine weitergehenden Beweisanträge gestellt hätten. Ob hiernach der Antrag des Beklagten auf Partei-vernehmung am Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstantz überhaupt noch zur Entscheidung stand, ist zu bezweifeln, zumal der Tatbestand des angefochtenen Urteils sich mit dem Inhalt des Protokolls vom 14. Februar 1955 nicht in Widerspruch setzen will, dieses aber nur von Behauptungen spricht, die unter Zeugenbeweis gestellt sind.

bb) Geht man aber zugunsten des Beklagten davon aus, dass

der Antrag auf Parteivernehmung in der letzten mündlichen Verhandlung aufrecht erhalten worden ist, so lässt die Nichtberücksichtigung dieses Antrags nicht ohne weiteres auf einen Verfahrensverstoss schliessen. Das Berufungsgericht hält für erwiesen, dass der Kläger den Beklagten bereits vor dem Konkurs mit der Einziehung der Forderung gegen seinen Bruder Fritz beauftragt hat, dass der Auftrag nach der Eröffnung des Verfahrens erneuert worden ist und dass der Beklagte sich dieses Auftrags mit Zustimmung des Klägers entledigt hat, indem er die Forderung zunächst aus der Konkursmasse erworben, sie denn - bald im eigenen Namen, bald namens des Konkursverwalters - eingeklagt und sich den seinem Anteil an der Vergleichssumme entsprechenden Teil der Grundschild hat abtreten lassen. Das Berufungsgericht folgert hieraus, der Beklagte habe im Verhältnis zur Konkursmasse zunächst die Forderung gegen Friedrich S. [REDACTED], sodann 85 % des Anspruchs auf Zahlung der Vergleichssumme und endlich den gleichen Anteil der zur Sicherung der Forderung aus dem Vergleich bestellten Grundschild rechtmässig erworben. Er habe aber über das Erlangte nicht nach Belieben verfügen dürfen; vielmehr sei er dem Kläger gegenüber aus dem Auftragsverhältnis verpflichtet, das, was ihm auf Grund der Abtretungen zugeflossen sei, im Interesse des Klägers, insbesondere zur Tilgung der Steuerschulden zu verwenden.

Dieser vom Berufungsgericht als erwiesen angesehene Sachverhalt wird nicht in Frage gestellt, wenn der Beklagte dem Kläger nach Abtretung der Teilgrundschild erklärt haben sollte, er sei der berechtigte Inhaber von 85 % der Forderung, er habe allein zu bestimmen, und wenn der Kläger dies anerkannt hätte. Diese Erklärungen entsprächen der durch die Forderungsabtretung geschaffenen Rechtslage.

Sie berühren nicht das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis. Nichts anderes gilt von der weiter unter Beweis gestellten Äusserung des Klägers, der Beklagte habe die Forderung als Gegenleistung für das hohe Risiko rechtmässig verdient. Da der Beklagte, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, die Haftung für die Prozesskosten lediglich gegenüber der Konkursmasse übernommen hatte, würde sich die Erklärung des Klägers auch nur auf den Erwerb der Forderung durch den Konkursverwalter bezogen haben, wäre aber ohne Belang für das Verhältnis zwischen den Parteien, für das nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Zusage des Klägers galt, das Kostenrisiko auf sich zu nehmen.

cc) Endlich brauchte das Berufungsgericht den von dem Beklagten durch Parteivernehmung des Klägers angetretenen Beweis nicht zu erheben, weil es das Gegenteil der unter Beweis gestellten Tatsache als erwiesen angesehen hat (§ 445 Abs 2 ZPO). Das Berufungsgericht erachtet auf Grund der Aussagen der Parteien im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren sowie auf Grund des Schriftwechsels für erwiesen, dass der Auftrag des Klägers an den Beklagten, die Forderung gegen Friedrich S. [REDACTED] im Interesse des Klägers zu verwenden, auch nach Abtretung der Teilgrundschuld an den Beklagten fortbestanden hat. Wenn der Beklagte demgegenüber mit seinem Beweisantritt sinngemäss behaupten wollte, der Kläger habe die Berechtigung des Beklagten zur freien Verfügung über Forderung und Grundschuld, also das Nichtbestehen eines Auftrags anerkannt, so bezweckte die von ihm beantragte Parteivernehmung den Nachweis des Gegenteils der vom Berufungsgericht für erwiesen erachteten Tatsache, dass ein Auftragsverhältnis bestand. Sie war deshalb gemäss § 445 Abs 2 ZPO nicht zu berücksichtigen.

4.) Hiernach ist mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, dass zwischen den Parteien nach der Eröffnung des Konkurses ein Auftragsverhältnis zustande gekommen ist, wonach der Beklagte verpflichtet ist, das, was er aus der Geschäftsbesorgung für den Kläger erlangt hat, ganz oder zum Teil im Interesse des Klägers zu verwenden. Hat der Kläger dem Erwerb der Teilgrundschuld durch den Beklagten anfänglich widersprochen, später aber ihm zugestimmt, so schliesst das nicht, wie die Revision meint, die Möglichkeit aus, dass der Beklagte bei der Entgegennahme der Abtretung im Auftrage des Klägers gehandelt hat. Denn der Kläger hat seine Zustimmung zu dem Erwerb der Teilgrundschuld unstreitig erst nach einer persönlichen Unterredung mit dem Beklagten im Verlauf der 7. Sitzung des Gläubigerausschusses am 26. Juli 1951 erteilt. Das Berufungsgericht aber folgert aus der Aussage des Beklagten in dem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren, die Parteien seien in jener Aussprache grundsätzlich darüber einig gewesen, das aus dem Vergleich vom 8. März 1951 Erlangte solle zur Befriedigung des Finanzamts verwendet werden; nur über die Höhe des von dem Beklagten verlangten Honorars sei möglicherweise keine Übereinstimmung erzielt worden.

Bestand aber das zwischen den Parteien zustandegekommene Auftragsverhältnis auch nach Abtretung der Teilgrundschuld an den Beklagten fort, so ist dieser gemäss § 666 BGB verpflichtet, dem Kläger auf dessen Verlangen über den Stand der von ihm besorgten Geschäfte Auskunft zu erteilen. Der Beklagte ist deshalb mit Recht zur Auskunfterteilung verurteilt worden, und die von ihm gegen diese Entscheidung eingelegte Revision muss als unbegründet zurückgewiesen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Glanzmann	Rietschel	Dr Winkelmann
Erbel	Meyer	