

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

- - - - -

Gesetz: §§ 11, 42, 43 VerglO

Rechtssatz: Der vorläufige Vergleichsverwalter macht sich schadensersatzpflichtig, wenn er einem vom Schuldner beauftragten Buchsachverständigen zusichert, er werde wegen seiner Honorarforderung aus der Masse voll befriedigt werden, anstatt ihn mit Zustimmung des Vergleichsgerichts selbst beizuziehen.

Aktenzeichen: VII ZR 53/56

Urteil des BGH vom 21. Dezember 1956 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Verkündet
am 21. Dezember 1956
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

- 1) des Rechtsanwalts Walter B. [REDACTED] in D. [REDACTED],
v. [REDACTED]-Str. [REDACTED],
- 2) des Rechtsanwalts Walter B. [REDACTED] ebenda in seiner
Eigenschaft als Konkursverwalter über das Vermö-
gen der Firma Christian F. [REDACTED] KG in D. [REDACTED],
Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionskläger,
und Anschlußrevisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -
gegen

- den Diplom-Kaufmann Heinz A. [REDACTED] in D. [REDACTED], K. [REDACTED] str. [REDACTED],
Kläger, Berufungskläger, Revisionsbeklagten
und Anschlußrevisionskläger,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 13. Dezember 1956 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Glanzmann sowie der Bun-
desrichter Scheffler, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien und
Erbel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten persönlich und des
Beklagten als Konkursverwalter wird das Urteil des
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom
22. März 1955 teilweise aufgehoben und wie folgt neu ge-
fasst:

"Auf die Berufung des Klägers wird das am
11. Dezember 1953 verkündete Urteil der 1. Kammer

- 1 a -

für Handelssachen des Landgerichts Duisburg teilweise abgeändert.

Der Beklagte persönlich wird verurteilt, an den Kläger 588,75 DM nebst 9 % Zinsen seit dem 21. September 1953 zu zahlen, jedoch nur Zug um Zug gegen Abtretung eines Teilbetrages von 588,75 DM nebst Zinsen der Konkursforderung, die gemäß der Feststellung in diesem Urteil dem Kläger im Konkursverfahren über das Vermögen der Christian F. Kommanditgesellschaft in D. in Höhe von 2.102,50 DM zusteht.

Es wird festgestellt, daß dem Kläger im Konkursverfahren über das Vermögen der Firma Christian F. Kommanditgesellschaft in D. eine Konkursforderung in Höhe 2.102,50 DM nebst 9 % Zinsen, seit dem 21. September 1953 zusteht.

Im übrigen wird die Berufung zurückgewiesen."

Die weitergehende Revision des Beklagten und die Anschlußrevision des Klägers werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat der Kläger zu tragen.

Die Kosten des ersten Rechtszuges trägt der Kläger zu 4/7 und der Beklagte als Konkursverwalter zu 3/7.

Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt der Kläger zu 4/7, der Beklagte persönlich und der Beklagte als Konkursverwalter zu je 3/14.

Von Rechts wegen



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



Tatbestand :

Der Kläger ist Diplomkaufmann und übt den Beruf eines Betriebsberaters und Steuerhelfers aus. Seit August 1952 war er für die Christian F. KG in D. tätig.

Diese stellte am 18. August 1953 den Antrag, zur Abwendung des Konkurses über ihr Vermögen das Vergleichsverfahren zu eröffnen. Darauf wurde am selben Tage der Beklagte zum vorläufigen Verwalter bestellt. Zur Eröffnung eines Vergleichsverfahrens kam es nicht; das Amtsgericht lehnte vielmehr durch Beschluß vom 13. Oktober 1953 den Antrag ab, weil die in der Vergleichsordnung vorgeschriebene Mindestquote von 35 % in der Masse nicht enthalten war, eröffnete zugleich das Anschlußkonkursverfahren und ernannte den Beklagten zum Konkursverwalter.

Am 21. August 1953 gab der Komplementär der Christian F. KG dem Kläger den Auftrag zu folgenden Arbeiten:

- 1) Aufstellung der erforderlichen Bilanzen und Gewinnberechnungen,
- 2) Erstellung der dazugehörigen Steuererklärungen,
- 3) Sonstige anfallenden Steuerarbeiten (Vertretung vor den Finanzbehörden, Einlegung von Rechtsmitteln, Stundungs-, Erlaß und Niederschlagungsanträge usw),
- 4) Beibuchen bis 18. August 1953.

In dem Auftragsformular heißt es, daß der Auftrag "ab sofort vorläufig bis zum 20. September 1953" gelte.

Als Honorar waren für die Leistungen zu 4 je Buchhalter und Arbeitsstunde 5.- DM vereinbart, die täglich

bezahlt werden sollten. Diese Zahlungsweise wurde nicht eingehalten. Der Beklagte zahlte vielmehr - aus dem Vermögen der Christian F. KG - erstmalig am 24. August 1953 100,- DM.

Der Kläger legte den ihm von der Firma F. am 21. August 1953 schriftlich erteilten Auftrag am folgenden Tage dem Beklagten als Vergleichsverwalter "mit der Bitte um Genehmigung" vor. Er verhandelte durch einen Angestellten auch mündlich mit ihm. Es kam zwischen beiden zu einer Vereinbarung, die der Beklagte dem Kläger durch das folgende Schreiben vom 28. August 1953 bestätigte:

"In der Vergleichssache der Firma F. Duisburg, bestätige ich unter Bezugnahme auf meine heutige Rücksprache mit Ihrem sehr geehrten Herrn G. in der Honorarangelegenheit folgendes:

Sie übernahmen laut Auftrag der Firma F. vom 21. ds. Mts. unter anderem an Einzelleistungen die Aufstellung der Stichtagbilanz per 18. 8. 1953 mit den dazu erforderlichen Vorarbeiten. Ich sicherte Ihnen für diese Arbeiten den Ihnen nach Ihrer Gebührenordnung zustehenden Stundensatz zu. Dies bedeutet, daß es sich bei Ihren Leistungen in diesem Falle um Neugeschäfte handelt, die zum vollen Betrage und nicht anteilmäßig in Höhe der Vergleichsquote beglichen werden.

Auf Ihre weitere Forderung, die täglich fälligen Beträge aus diesen Arbeiten sofort in bar zu entrichten, vermag ich zurzeit leider noch nicht einzugehen, da nach meinen bis-

herigen Feststellungen täglich große Posten Kommissionswaren verkauft werden und der Erlös aus diesen Verkäufen nicht für Geschäftszwecke zur Verfügung steht, sondern an die Kommittenten abgeführt werden muss. Meine Zusicherung, daß Sie für Ihre Leistungen das volle Entgelt erhalten, muß Ihnen jedoch genügen; denn sobald ich im Besitze verfügbarer Mittel bin, werde ich als erstes aus ihnen die Kosten aus der Abwicklung des Vergleiches begleichen. Ich hoffe, Montag bereits im Besitze einer größeren Summe zu sein, die ich dann sofort an Sie abführen werde."

Der Beklagte zahlte dann am 2. September 1953 weitere 150,- DM und am 8. September 1953 50,- DM. Auch diese Beträge entnahm er dem Vermögen der Christian F. KG.

Anfang November 1953 erhob der Kläger die vorliegende Klage gegen "Herrn Rechtsanwalt Walter B. in D., V.-Straße, Konkursverwalter über das Vermögen der Firma Christian F. KG". Er behauptete, in der Zeit vom 14. August bis 1. September 1953 die ihm aufgetragenen Arbeiten in 501 1/2 Arbeitsstunden ausgeführt zu haben, so daß ihm nach Abzug der gezahlten 300,- DM noch ein Honorar von 2.207,50 DM zustünde. Zur Begründung seines Klageantrages, den Beklagten zur Zahlung von 2.207,50 DM nebst Zinsen zu verurteilen, führte er u.a. aus, daß die eingeklagte Forderung "auf einem Verpflichtungsgrunde des Beklagten als Vergleichsverwalter" beruhe.

Das Landgericht wies die Klage ab, weil es sich bei der Klageforderung nicht um eine Masseforderung handele, sie auch nicht unter die Massekosten falle. Der Beklagte habe sich auch nicht außerhalb seiner Stellung als vorläufiger Vergleichsverwalter persönlich für die volle Befriedigung des Klägers stark gesagt. Schließlich habe der Kläger auch keinen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten.

Der Kläger legte Berufung ein. Er änderte seinen Antrag zunächst dahin, daß er Verurteilung des Beklagten als Konkursverwalter und des Beklagten persönlich als Gesamtschuldner begehrte, wozu er ausführte, seine Klage habe sich von vornherein gegen den Beklagten in beiden Eigenschaften richten sollen. Zu der Inanspruchnahme des Beklagten persönlich führte er aus, dieser habe in seinem Brief vom 28. August 1953 persönlich die Gewähr dafür übernommen, daß er, der Kläger, das ihm zustehende Honorar in voller Höhe erhalten werde. Er stellte später noch den Hilfsantrag, "zur Konkurstabelle im Konkurse über das Vermögen der Firma Christian F. KG festzustellen, daß dem Kläger mindestens eine Konkursforderung von 2.207,50 DM nebst 9 % Zinsen seit dem 1. September 1953 zusteht".

Das Oberlandesgericht in Düsseldorf änderte das Urteil des Landgerichts in Duisburg teilweise ab. Es verurteilte den Beklagten persönlich, an den Kläger 588,75 DM nebst 9 % Zinsen seit dem 21. September 1953 zu zahlen. Es stellte weiter fest, daß dem Kläger im Konkursverfahren über das Vermögen der Firma Christian F. KG in D. eine Konkursforderung in Höhe von 2.102,50 DM nebst 9 % Zinsen seit dem 21. September 1953 zustehe. Mit den weitergehenden Anträgen wies es den Kläger ab.

Die Kosten des ersten Rechtszuges legte es zu 3/4 dem Kläger, zu 3/16 dem Beklagten persönlich und zu 1/16 der beklagten Partei gesamtschuldnerisch, die Kosten des Berufungsverfahrens legte es dem Kläger auf. Es ließ die Revision zu.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichts haben der Beklagte persönlich und als Konkursverwalter Revision und der Kläger - selbständige - Anschlußrevision eingelegt, dieser jedoch nur, soweit die Klage gegen den Beklagten persönlich abgewiesen worden ist.

Der Beklagte beantragt, nach seinen Berufungsanträgen zu erkennen, d. h. die Berufung des Klägers gegen die Klagabweisende Entscheidung des Landgerichts zurückzuweisen.

Der Kläger beantragt, in vollem Umfang nach seinen in der Berufungsinstanz gegen den Beklagten persönlich gestellten Anträgen zu erkennen, d. h. den Beklagten persönlich als Gesamtschuldner mit der Firma Christian F. KG zu verurteilen, an ihn, den Kläger 2.207,50 DM zu zahlen, dem Beklagten auch alle Kosten aufzuerlegen.

Beide Parteien beantragen weiter, das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Revision des Beklagten als Konkursverwalter.

Soweit das Berufungsgericht auf den Hilfsantrag des Klägers dessen Konkursforderung in Höhe von 2 102,50 DM

nebst Zinsen festgestellt hat, hat nur der Beklagte in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter Revision eingelegt, mit der er die Abweisung des Feststellungsanspruchs erstrebt. Er wendet sich zunächst dagegen, daß das Berufungsgericht den Vertrag zwischen dem Kläger und der Firma Christian F. KG als einen Dienstvertrag angesehen hat. Er meint, daß jedenfalls von dem Zeitpunkt an, in dem nachträglich der Kläger sich verpflichtet habe, eine Stichtag-Bilanz auf den 18. August 1953 zu erstellen, ein Werkvertrag vorgelegen habe. Das versprochene Werk aber habe der Kläger nicht erbracht, er habe insbesondere nicht beigebracht, sondern lediglich die Verkehrszahlen der einzelnen Konten ermittelt. Mangels Erfüllung des Werkvertrages stehe ihm keine Forderung gegen die Christian F. KG zu.

Soweit diese Rüge darauf gestützt ist, daß der Beklagte durch seine Erklärung vom 28.8.1953 eine Änderung des Vertrages vom 21.8.1953 herbeigeführt habe, kann sie schon deswegen keinen Erfolg haben, weil diese Behauptung in der Revisionsinstanz neu aufgestellt worden ist. Bisher hatte der Beklagte selbst vorgebracht, der Kläger habe ihm den am 21.8.1953 mit der Christian F. KG geschlossenen Vertrag - "nur in seiner Eigenschaft als Vergleichsverwalter" zur Genehmigung vorgelegt, und diese Genehmigung habe er "vermöge seines Amtes als Verwalter am 28.8.1953 erteilt", womit "die Honorarforderung als Neuforderung Anerkennung finden" sollte. Davon, daß der Vertrag vom 21.8.1953 hinsichtlich des Umfangs oder der Art der Verpflichtungen der Vertragsteile habe geändert werden sollen, ist in dem Vorbringen des Beklagten also keine Rede gewesen. Das Berufungsurteil enthält daher auch keine derartigen Feststellungen. Das neue Vorbringen des Beklagten kann daher nicht berücksichtigt werden.

Es bleibt also nur zu prüfen, ob es rechtlichen Bedenken unterliegt, daß das Oberlandesgericht aus den von ihm festgestellten, für die Beurteilung des Vertrages vom 21.8.1953 in Betracht kommenden Tatsachen den Schluß gezogen hat, dieser Vertrag sei ein Dienstvertrag, und ob gegen die tatsächlichen Feststellungen die von der Revision erhobenen Bedenken durchgreifen. Es ist zum mindesten zweifelhaft, ob das Vorbringen der Revision den Erfordernissen einer Verfahrensrüge nach § 554 Abs 3 Nr 2 b ZPO genügt. Wollte man es bejahen, so wären die Rügen jedenfalls unbegründet. Der Beklagte hat einmal vorgebracht, es sei - entgegen der Annahme des Berufungsgerichts - unzutreffend, daß dem Kläger für das "Beibuchen" eine Frist "vorläufig bis zum 20.9.1953" eingeräumt worden sei. Dieses Vorbringen ist unrichtig. Denn diese Feststellung beruht auf dem unstreitigen Auftrag vom 21.8.1953, den das Berufungsgericht insoweit wörtlich wiedergegeben hat. Damit entfällt auch der Hinweis der Beklagten, "eine solche Laufzeit sei schon wegen der laufenden Fristen im Vergleichsverfahren undenkbar" gewesen. Auch die zweite in diesem Zusammenhang vom Beklagten erhobene Verfahrensrüge greift nicht durch. Denn die Annahme des Oberlandesgerichts, der Kläger habe in erster Linie die in den letzten Monaten versäumten oder nur unvollständig vorgenommenen Buchungen nachholen und überprüfen sollen, beruht keineswegs auf einem Irrtum, sondern auf der rechtlich unbedenklichen Auslegung der Urkunde vom 21.8.1953. Daß diese Tätigkeit - wie der Beklagte meint - für einen Vergleichs- oder Konkursverwalter völlig wertlos gewesen sei, ist für die Auslegung dieser Urkunde unerheblich, da der Vertrag vom 21.8.1953 nicht vom Beklagten, sondern von der Christian F. [REDACTED] KG geschlossen worden ist.

Auch die Angriffe der Revision gegen die rechtliche Würdigung dieses Vertrages durch das Berufungsgericht greifen nicht durch. Für die Annahme eines Dienstvertrages spricht bereits entscheidend die in den sog Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Klägers enthaltene Bestimmung, daß die Honorierung ausschließlich für die auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges abzielende Tätigkeit erfolge, daß aber die Haftung für den tatsächlichen Eintritt des Erfolges ausgeschlossen sei. Zum Inhalt des Vertrages gehört also gerade das nicht, was zum Unterschied vom Dienstvertrag das Wesen des Werkvertrages - Herbeiführung eines Erfolges - ausmacht. Wenn es weiter in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen heißt, daß der Auftraggeber das Kündigungsrecht nach § 627 BSB nicht habe, so spricht auch dieser Ausschluß der nur für den Dienstvertrag geltenden Bestimmung dafür, daß die Parteien vom Bestehen eines Dienstvertrages ausgegangen sind. Wenn ferner die Parteien die Vergütung nach der Zahl der vom Kläger oder seinen Angestellten aufgewendten Arbeitsstunden bemessen haben, so schließt dieser Umstand zwar nicht zwingend einen Werkvertrag aus, legt aber doch die Annahme eines Dienstvertrages näher. Schließlich spricht für einen Dienstvertrag, daß der Kläger in erster Linie die in den letzten Monaten verabsäumten oder nur unvollkommen vorgenommenen Buchungen nachholen und überprüfen lassen sollte. Nach alledem ist die rechtliche Würdigung des Oberlandesgerichts unbedenklich.

Die weiteren Rügen der Revision, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß der Kläger die Beibuchungen nicht vorgenommen habe, die das Ziel der von ihm übernommenen Arbeiten gewesen seien, erledigen sich

dadurch, daß es sich bei dem Vertrag vom 21.8.1953 um einen Dienstvertrag handelt, wie oben dargelegt worden ist. Die Vergütung wird also von der Christian F. KG ohne Rücksicht darauf geschuldet, daß es bei den Vorarbeiten geblieben und der letztlich von der Gemeinschuldnerin erstrebte, von dem Kläger aber nicht gewährleistete Erfolg nicht eingetreten ist.

Die Revision meint schließlich, es wäre Pflicht des Klägers gewesen, dem Beklagten mitzuteilen, daß die Firma F. seit 5 Monaten mit ihren Buchungen im Rückstand sei. Der Beklagte hätte, so behauptet er, auf eine solche Mitteilung hin sofort dem Vergleichsrichter davon Kenntnis gegeben, und dies würde zur Folge gehabt haben, daß der Anschlußkonkurs sogleich eröffnet worden wäre. Mit diesem Vorbringen kann der Beklagte schon deshalb nicht gehört werden, weil die Behauptung, er würde dem Vergleichsrichter sofort von der unzulänglichen Buchführung Mitteilung gemacht haben, neu ist und daher nicht berücksichtigt werden kann.

Die Revision des Beklagten (als Konkursverwalter) ist daher, da in dem Urteil insoweit auch sonst kein Rechtsfehler zutage tritt, unbegründet.

II. Revisionen des Klägers und des Beklagten persönlich.

Was die Forderung des Klägers gegen den Beklagten persönlich anlangt, so haben insoweit beide Parteien das Berufungsurteil angegriffen. Der Beklagte will von jeder Haftung freigestellt werden; der Kläger wendet sich gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, daß der Beklagte erst für die Zeit nach dem 28. August 1953 und - wegen eigenen Mitverschuldens des Klägers - auch insoweit nur zur Hälfte hafte.

1) Erfüllungsanspruch.

Der Kläger meint, das Berufungsgericht habe zu Unrecht einen ihm gegen den Beklagten persönlich zustehenden Erfüllungsanspruch aus Vertrag in Höhe von 2.102.50 DM verneint.

Das Berufungsgericht hat hierzu unter anderem ausgeführt:

Die Behauptung des Klägers, er habe mit dem Beklagten einen Vertrag abgeschlossen, der diesen persönlich verpflichten sollte, sei mit den vorliegenden Urkunden unvereinbar. Denn in dem Schreiben des Beklagten an den Kläger vom 28. August 1953, sei von einem "Auftrag der Firma F. [REDACTED] vom 21. August 1953" die Rede, also von dem schriftlichen Auftrag, den der Kläger mit dem Prokuristen der Firma F. [REDACTED] abgeschlossen habe. Weiter habe der Kläger am 22. August 1953 den "Auftrag der Firma F. [REDACTED] vom 21. August 1953" dem Beklagten zur Genehmigung übersandt. Er habe ferner die der Klageforderung zugrunde liegende Rechnung der "Firma Christian F. [REDACTED] KG zu Händen des Herrn Vergleichsverwalters Rechtsanwalt B. [REDACTED]" übersandt.

Die Anschlußrevision des Klägers führt hiergegen aus, der Kläger sei als Sachverständiger für Arbeiten herangezogen worden, die zur Durchführung des Vergleichsverfahrens nötig gewesen seien. Dem § 43 VerglO sei zu entnehmen, daß derartige Aufträge vom Vergleichsverwalter persönlich erteilt würden. Deshalb habe der Beklagte, indem er am 28.8.1953 den von der Firma F. [REDACTED] erteilten Auftrag dem Kläger bestätigte, mit diesem zugleich im eigenen Namen einen Vertrag geschlossen. Allerdings

sei in § 43 aaO eine Zustimmung des Vergleichsrichters zur Beiziehung von Sachverständigen vorgesehen. Mangels gegenteiliger Feststellungen sei aber davon auszugehen, daß der Beklagte diese Zustimmung eingeholt habe. Jedenfalls sei sein Schreiben vom 28. August 1953 dahin zu verstehen, er wolle dafür eintreten, daß auch der Vergleichsrichter gemäß dem Standpunkt des Beklagten für die Auszahlung des Honorars des Klägers sorgen werde.

Diese Ausführungen gehen fehl.

Es ist ihnen zunächst entgegenzuhalten, daß unstreitig der Beklagte keinen Antrag an das Vergleichsgericht gestellt hat, der Beiziehung eines Sachverständigen zuzustimmen, und daß daher - was ebenfalls unstreitig ist - eine solche Zustimmung nicht erteilt worden ist.

Daß der Beklagte durch seinen Brief vom 28. August 1953 einen Willen zum Ausdruck gebracht habe, dafür einzutreten, daß der Vergleichsrichter für Auszahlung des Honorars sorgen werde, stellt ein neues Vorbringen des Klägers dar. Es kann daher im Revisionsrechtszug nicht beachtet werden.

Der Kläger kann aus § 43 VglO keinen Erfüllungsanspruch gegen den Beklagten herleiten. Die Vorschrift sieht (in Abs 1 Satz 2) vor, daß der Vergleichsverwalter, wenn er persönlich mit Zustimmung des Vergleichsgerichts einen Sachverständigen beigezogen hat, Ersatz der ihm dadurch entstandenen Auslagen von dem Schuldner verlangen kann. Der § 43 besagt aber nichts für die Frage, ob und von wem ein Vertrag mit dem Sachverständigen geschlossen worden ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Revision angeführten Stelle in dem Erläuterungsbuch von Bley.

Da hier eine Zustimmung des Vergleichsrichters weder nachgesucht noch erteilt war, liegt die Annahme, der Beklagte habe sich gleichwohl für den Vergütungsanspruch des Klägers persönlich verpflichten wollen, sehr fern. Das Berufungsgericht brauchte deshalb bei der Auslegung der Erklärung des Beklagten aus dem § 43 VglO auch nicht mittelbare Folgerungen zugunsten des Klägers zu ziehen. Übersehen hat das Oberlandesgericht den § 43 nicht, es hat ihn vielmehr bei seinen Ausführungen ausdrücklich erwähnt.

2) Schadensersatzanspruch.

a) Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch des Klägers gegen den Beklagten persönlich zu Recht bejaht.

Die Haftungsgrundlage für diesen Anspruch hat es zutreffend in den §§ 11 Abs 2, 42 VglO gefunden. Seinen Darlegungen ist im wesentlichen beizutreten.

Nach § 11 Abs 2 aaO gelten die Vorschriften über den Vergleichsverwalter (§§ 38 bis 43) sinngemäß für den vorläufigen Verwalter. Nach § 42 ist der Vergleichsverwalter allen Beteiligten für die Erfüllung seiner Pflichten verantwortlich. Dazu gehören in erster Linie die am Verfahren beteiligten Gläubiger. Das sind nach § 25 Abs 1 alle persönlichen Gläubiger des Schuldners, die einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen ihn haben. Die sinngemäße Anwendung dieser Bestimmung führt zum mindesten in einem Fall, in dem es zur Eröffnung des Vergleichsverfahrens nicht kommt, dazu, u. a. alle Gläubiger als Beteiligte anzusehen, die zu der Zeit, in dem der vorläufige Verwalter eine als Pflichtverletzung in Be-

tracht kommende Handlung begeht, einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner haben. Das trifft auf den Kläger zu. Als Pflichtverletzung des Beklagten kommt sein Schreiben vom 28. August 1953 in Frage. Zu dieser Zeit war dem Kläger auf Grund des mit der Firma F. [REDACTED] geschlossenen Dienstvertrages schon ein Vergütungsanspruch erwachsen. Der Kläger war sogar im Begriff, noch weitere entgeltliche Leistungen für die Schuldnerin zu erbringen.

Auch die zweite Voraussetzung für die Haftung aus § 42 VerglO - eine Pflichtverletzung - hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum bejaht. Die sich aus dem Amt eines vorläufigen Verwalters ergebenden Pflichten erschöpfen sich nicht darin, alle Maßnahmen zu treffen, die für die Erfüllung des Zwecks des Verfahrens erforderlich sind. Darüber hinaus verbietet ihm seine Amtspflicht, Beteiligten, die sich an ihn als Amtsperson und im Vertrauen auf seine Amtsstellung wenden, unrichtige Auskünfte zu erteilen und sie durch rechtlich nicht haltbare Zusicherungen zu einem wirtschaftlichen Verhalten zu veranlassen, das ihnen Schaden bringen kann. Der Beklagte verletzte somit seine Pflichten, als er auf den Antrag, den am 21. August 1953 neu geschlossenen Dienstvertrag zu genehmigen, den Kläger in den rechtsirrigen Glauben versetzte, wegen seiner bestehenden und weiter entstehenden Honorarforderung keine Gefahr zu laufen, weil "es sich um Neugeschäfte" handle, "die zum vollen Betrage und nicht anteilmäßig in Höhe der Vergleichsquote beglichen werden". Diese Zusicherung entbehrte jeglicher Rechtsgrundlage, wie sich für den Fall des Zustandekommens eines Vergleichs aus den §§ 82, 25, 26 VglO, für den Fall des Anschlußkonkurses aus § 3 KO und den §§ 105, 106 VglO ergibt.

Insbesondere bestand keinerlei Aussicht, daß der Vergütungsanspruch, der dem Kläger durch seine Tätigkeit bereits entstanden war und noch entstehen sollte, im Falle eines Anschlußkonkurses als Masseschuld behandelt werden würde. Die Merkmale des allein in Betracht kommenden § 106 VglO sind hier nicht gegeben. Gegen eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf in ihr nicht ausdrücklich geregelte Fälle bestehen schon wegen ihres Ausnahmecharakters grundsätzliche Bedenken; wenn überhaupt, so käme eine entsprechende Anwendung nur zugunsten von Gläubigern in Betracht, die während des Vergleichsverfahrens auf andere Weise als durch die in § 106 erwähnten Darlehen dem Geschäfte des Schuldners Kapital zugeführt haben. Das trifft bei dem Kläger nicht zu.

In Ergänzung der Ausführungen des Oberlandesgerichts ist in diesem Zusammenhang auf den § 43 Abs 1 Satz 2 VglO zurückzukommen. Diese Vorschrift eröffnet einen Weg, auf welchem Sachverständigen, deren Mitarbeit zur Vorbereitung des Vergleichsverfahrens erforderlich ist, ein Vergütungsanspruch zugesagt werden kann, der von dem geplanten Vergleich und auch von einem etwaigen Anschlußkonkurs nicht berührt wird: Der Beklagte hätte, wenn ihm, wie es ersichtlich der Fall ist, an der Tätigkeit des Klägers gelegen war, diesem mit Zustimmung des Vergleichsgerichts persönlich einen Auftrag erteilen sollen. Dann würde der Kläger einen Vergütungsanspruch gegen den Beklagten persönlich, dieser aber einen entsprechenden, durch Vergleich und Konkurs nicht zu schmälernnden Ersatzanspruch gegen die Vergleichsschuldnerin erworben haben (§§ 26 Abs 2, 105 VglO). Die Vorschrift des § 43 Abs 1 Satz 2 VglO dient also im Ergebnis auch dem Schutze des Buchsachverständigen, dessen Tätigkeit für das Vergleichsverfahren notwendig ist. Es

braucht nicht geprüft zu werden, ob der Beklagte gegenüber dem Genehmigungsantrag des Klägers überhaupt zu einer Stellungnahme verpflichtet war. Wenn er sich aber dazu äußerte, so durfte er dem Kläger keine mit der Rechtslage nicht vereinbaren Versprechungen machen, oder er mußte den Weg des § 43 VerglO beschreiten.

Daß der Kläger durch die pflichtwidrige Zusicherung des Beklagten dazu veranlaßt worden ist, für die Schuldnerin weiter tätig zu werden, und daß ihm hierdurch ein Schaden in Höhe von 1.177,50 DM entstanden ist, hat das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei festgestellt..

Es hat ohne Rechtsfehler schließlich ein Verschulden des Beklagten dargetan. Der Beklagte hat fahrlässig gehandelt, indem er Zusicherungen gab, ohne sich vorher hinreichend über deren rechtliche Tragweite zu unterrichten. Eine kurze Einsichtnahme in den Gesetztext hätte ihn belehrt, daß der Zeitpunkt der Bestellung eines vorläufigen Verwalters ohne Einfluß auf die Frage ist, ob ein sog. Neugeschäft vorliegt oder nicht, sondern daß hierfür der Zeitpunkt der Eröffnung des Vergleichsverfahrens maßgebend ist. Er hätte weiter die naheliegende Möglichkeit nicht übersehen dürfen, daß der Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens abgelehnt und das Anschlußkonkursverfahren eröffnet werden würde und daß in diesem Fall der Kläger die von ihm erstrebte Sicherung seiner vollen Honorarforderung durch die von dem Beklagten abgegebene Erklärung erst recht nicht erlangte.

Der Beklagte beruft sich demgegenüber darauf, daß der mit der Firma Christian F. KG geschlossene Vertrag ein Bargeschäft habe sein sollen, bei dem während des Vergleichsverfahrens laufend Abschlagszahlungen hätten erfolgen sollen. Dieser Einwand geht daran vorbei, daß der Beklagte selbst in seinem Schreiben vom 28. August 1953 davon ausgegangen ist, daß mit einer sofortigen Barzahlung der täglich fällig werdenden Honorar beträge nicht gerechnet werden könnte. Seine Zusicherung hatte auch nur für den Fall einen Sinn, daß keine sofortige Barzahlung erfolgte.

Der Beklagte führt weiter an, es sei mit dem Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens ein vom Kläger gefertigter Status überreicht worden, der eine Vergleichsquote von 45 % ergeben habe, obwohl nur eine Vergleichsquote von weniger als 35 % in der Masse gelegen habe. Auf die Richtigkeit dieses Status habe er vertrauen dürfen; er habe daher fest mit der Eröffnung eines Vergleichsverfahrens gerechnet. Dieses Vorbringen kann schon deswegen keinen Erfolg haben, weil vom Berufungsgericht nicht festgestellt worden ist, daß der mit dem Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens eingereichte "Status" vom Kläger gefertigt worden ist. Der Kläger hatte dies bestritten. Abgesehen davon würde der Kläger, auch wenn die Vorstellung des Beklagten zutraf, von dem geplanten Vergleich betroffen worden sein.

Damit entfällt auch der auf diese Behauptung des Beklagten gestützte Angriff gegen die Abwägung des Mitverschuldens des Klägers.

Die Revision des Beklagten persönlich ist somit nicht begründet, soweit sie das Bestehen einer Schadensersatzpflicht in Abrede stellt.

b) Andererseits kann auch der Kläger mit seinem in der Anschlußrevision wiederholten Vorbringen, ihn treffe kein Mitverschulden (§ 254 BGB), keinen Erfolg haben.

Soweit er meint, er habe die Tragweite der Zusicherung des Beklagten im Brief vom 28. August 1953 kaum überprüfen können, ist ihm entgegenzuhalten, daß er jedenfalls nicht verkannt hat, der Beklagte habe die Zusicherung nicht im eigenen Namen abgegeben. Dies hat das Berufungsgericht festgestellt. Das Verschulden des Klägers hat es ohne Rechtsirrtum darin gesehen, daß er es unterlassen hat, sich über die Rechtslage zu unterrichten, als er davon erfuhr, daß die Christian F. KG den Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens gestellt hatte. Hätte er dies getan, so hätte er erkannt, daß die Zusicherung der Beklagten wertlos war und insbesondere nicht bewirken konnte, daß seine Honorarforderungen im Anschlußkonkursverfahren als Masseschulden oder Massekosten behandelt werden würden.

Mit Recht hat das Berufungsgericht auch darauf hingewiesen, daß dem Kläger als Diplomkaufmann, der selbst schon Vergleichsverwalter gewesen ist, die Vergleichsordnung hätte gegenwärtig sein müssen.

Die Anschlußrevision des Klägers bleibt somit, da auch gegen die Abwägung des Mitverschuldens keine rechtlichen Bedenken obwalten, sachlich ohne Erfolg.

c) Der Revision des Beklagten persönlich ist jedoch in gewissem Umfang stattzugeben.

Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß der Schaden, der dem Kläger durch die Zusage des Beklagten entstanden ist, in einem Zusammenhang mit der Konkursforderung steht. Es hat hierzu ausgeführt, der Anspruch des Klägers gegen den Beklagten persönlich "entspreche" dem als Konkursforderung festgestellten Honoraranspruch, soweit dieser auf die seit dem 28. August 1953 verrichtete Tätigkeit des Klägers für die Firma ~~Firma~~ entfalle. Der Beklagte persönlich und der Beklagte als Konkursverwalter hafteten daher gesamtschuldnerisch. Der Kläger werde infolgedessen "gegebenenfalls als auf die Konkursdividende hin für die Zeit seit dem 28. August 1953 erfolgende Bezahlung sich die von dem Beklagten zu 1) vorzunehmende Begleichung der Urteilssumme anrechnen lassen müssen und umgekehrt".

Diesen Ausführungen, die in der Urteilsformel des Berufungsgerichts übrigens keinen Ausdruck gefunden haben, kann nicht zugestimmt werden.

Der Schaden des Klägers ergibt sich, wie das Berufungsgericht richtig dargelegt hat, aus einem Vergleich der Lage, in der er sich jetzt befindet, mit der, die ~~er~~ die Zusicherung des Beklagten bestehen würde. Ohne diese Zusicherung würde der Kläger dem Urteil zufolge - durch anderweite Verwertung der Arbeitskraft seiner Angestellten nach dem 28. August 1953 - 1.177,50 DM erzielt haben. Andererseits ist ihm durch das Verhalten des Beklagten die Forderung gegen die Gemeinschuldnerin erwachsen, soweit sie auf die Zeit seit demselben Tage entfällt. Nach den anerkannten Grundsätzen

der Vorteilsausgleichung bei der Schadensbemessung, die u.a. in den §§ 255, 281 BGB ihren Niederschlag gefunden haben, muß diese Forderung bereits jetzt berücksichtigt werden. Hierbei handelt es sich nicht um ein Zurückbehaltungsrecht, das der Beklagte einrede-weise geltend zu machen hätte, sondern um einen Abzugsposten, der bei der Schadensberechnung zu seinen Gunsten einzustellen ist, auch wenn nicht ausdrücklich auf ihn hingewiesen wurde. Es genügt, daß die in Betracht kommenden Tatsachen vorgebracht und festgestellt worden sind. Das ist hier der Fall. Das Berufungsgericht will von dem Beklagten persönlich auf die Urteilssumme geleistete Zahlungen auf die Konkursdividende anrechnen und umgekehrt. Dieses Verfahren ist verfehlt und führt zu rechnerisch unrichtigen Ergebnissen. Der Umstand, daß dem Kläger infolge Zusicherung des Beklagten eine Forderung gegen die Gemeinschuldnerin erwachsen ist, muß vielmehr in der Weise berücksichtigt werden, daß der Beklagte persönlich nur Zug um Zug gegen Abtretung eines Teils der gegen den Beklagten als Konkursverwalter festgestellten Konkursforderung von 2.102,50 DM nebst Zinsen verurteilt wird. Dieser Teil errechnet sich wie folgt: Das Entgelt für die Arbeiten, die der Kläger zeitlich nach der Zusicherung des Beklagten, also nach dem 28. August 1953, geleistet hat, beträgt 1.177,50 DM. Nur dieser Betrag stellt - wie oben dargelegt worden ist - den Schaden dar, den der Beklagte verschuldet hat und von dem er (nach § 254 BGB) die Hälfte ersetzen muß. Der Beklagte kann daher Abtretung der Hälfte dieses Teils der Konkursforderung verlangen.

III. Kosten des Verfahrens.

Daß das Berufungsgericht die Kosten der Berufungsinstanz dem Kläger auferlegt hat, ist entgegen der Ansicht der Anschlußrevision nicht zu beanstanden. Denn die Klageschrift führte in ihrem Kopf den Beklagten nur als Konkursverwalter auf. Ihr Inhalt ist hinsichtlich der Person der beklagten Partei viel zu verworren, als daß ihr entnommen werden könnte, es solle die Klage auch gegen den Beklagten persönlich gerichtet werden. Gegen den Beklagten persönlich siegte also der Kläger erst auf Grund seiner neuen Anträge in der Berufungsinstanz. Auch gegen den Beklagten als Konkursverwalter konnte der Kläger erst siegen, nachdem er in der Berufungsinstanz den Hilfsantrag auf Feststellung zur Konkurstabelle gestellt hatte. Das Berufungsgericht hat daher den § 97 Abs 2 ZPO zu Recht angewandt.

Bei der Kostenverteilung im übrigen konnte der Beklagte persönlich nicht, auch nicht zum Teil, mit den Kosten des 1. Rechtszuges belastet werden. Denn er ist erst in der 2. Instanz in den Rechtsstreit hineingezogen worden.

Bei der Verteilung der Kosten des 1. und 3. Rechtszugs war zu berücksichtigen, daß eine zahlenmäßig genaue Aufteilung nicht möglich ist. Denn die Höhe der Konkursdividende ist unbekannt, und es kann daher nicht genau festgestellt werden, in welchem Verhältnis der Teil der Klageanträge, mit dem der Kläger durchdringt, wertmäßig zu dem Teil der Klageanträge steht, mit denen er abgewiesen wird. Der Senat hält ein Verteilungsverhältnis von 4/7 (Anteil des Klägers) zu 3/7 (Anteil des Beklagten) für angemessen.

Soweit es sich um die dem Beklagten in seinen beiden Eigenschaften auferlegten Kosten der Revision handelt, war zu beachten, daß insoweit entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts keine gesamtschuldnerische Haftung in Betracht kommt. Der Beklagte persönlich haftet gerade in dem Umfang (zur Hälfte), in dem die Konkursforderung nicht zur Befriedigung des Klägers führt. Der Feststellungsanspruch gegen den Beklagten als Konkursverwalter und der gegen den Beklagten persönlich gerichtete Schadensersatzanspruch stehen also zueinander in einem Verhältnis der Ausschließlichkeit. § 100 Abs 4 ZPO kann demnach nicht angewendet werden. Die dem Beklagten persönlich und als Partei kraft Amtes aufzuerlegenden Kosten sind vielmehr nach Kopfteilen zu verteilen.

Glanzmann Scheffler Rietschel Heimann-Trosien Erbel