

VII ZR 86/59

Verkündet
am 17. Oktober 1960
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2219 032

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

In dem Rechtsstreit

der Firma A. [REDACTED] Haus- und Sportschuhfabrik
A. Be. [REDACTED] in A. [REDACTED], Alleininhaber Kaufmann Albin
Be. [REDACTED], vertreten durch seinen Abwesenheitspfleger Franz
Ignaz Z. [REDACTED] in Go. [REDACTED], A. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagter, Revisionsklägerin
und Anschlußrevisionsbeklagter,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Fritz G. [REDACTED], M. [REDACTED] bei A. [REDACTED], An d. [REDACTED]
S. [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger, Revisionsbeklagten
und Anschlußrevisionskläger,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 1960 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrich-
ter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Bamberg
vom 5. Februar 1959 im Kostenpunkt und insoweit auf-
gehoben, als es die Klage abgewiesen hat.

In diesem Umfange wird die Sache zur neuen Ver-
handlung und Entscheidung, auch über die Kosten des
Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen.

Die Anschlußrevision des Beklagten wird zurück-
gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte wurde am 15. November 1947 gemäß MRG Nr. 52 zum Treuhänder für das Unternehmen der Klägerin bestellt, die eine Schuhfabrik betrieb. Er wurde am 15. März 1950 abberufen.

Am 24. Januar 1951 wurde das Vergleichsverfahren über das Vermögen der Klägerin eröffnet. Es endete mit einem Vergleich, der den Gläubigern 40 % ihrer Forderungen gewährte. Der Betrieb der Klägerin wurde eingestellt.

Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe sie bei der Verwaltung ihres Vermögens durch eine Anzahl verfehlter geschäftlicher Maßnahmen geschädigt. Der ihr dadurch entstandene Schaden betrage insgesamt 70.492,35 DM.

Hiervon verlangt sie mit der Klage einen Teilbetrag von 20.000 DM nebst 10 % Zinsen.

In erster Linie macht sie geltend, der Beklagte habe die Produktionskapazität nicht ausgenutzt und 15 Arbeiter zu viel beschäftigt. Deswegen seien im Jahre 1949 unnötige Aufwendungen an Löhnen in Höhe von 30.000 DM entstanden.

Hilfsweise macht die Klägerin zur Begründung des eingeklagten Teilsanspruchs 7 weitere Posten in der in ihrem Schriftsatz vom 11. April 1957 aufgeführten Reihenfolge geltend; zur Begründung dieser Schadensersatzansprüche führt sie an, der Beklagte habe mehrfach unbrauchbares oder minderwertiges Material eingekauft und nicht absetzbare Schuhwaren herstellen lassen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

- 3 -

Das Oberlandesgericht hat ihr nur in Höhe von 2.790,48 DM nebst 6 % Zinsen entsprochen und sie im übrigen abgewiesen. Der Betrag von 2.790,48 DM setzt sich zusammen aus 2.675,88 DM wegen des Einkaufs unbrauchbaren Fischleders und 114,60 DM wegen unnütz aufgewandter Kosten für die Umarbeitung von sog. Niedertretern.

Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Der Beklagte beantragt mit der von ihm eingelegten Anschlußrevision, die Klage ganz abzuweisen.

Jede Partei beantragt, das Rechtsmittel des Gegners zurück zuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Revision der Klägerin ist begründet.

I. Sie kann allerdings nicht durchdringen, soweit sie geltend macht, das angefochtene Urteil beruhe auf einer Verkennung der Beweislast und der Regeln über den Anscheinsbeweis.

1) a) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Beweisregel des § 282 BGB nicht beachtet. Sie geht davon aus, daß der Beklagte verpflichtet gewesen sei, nach Ende der Verwaltung die Substanz des verwalteten Vermögens herauszugeben; soweit Vermögen während seiner Verwaltung verloren gegangen sei und deshalb nicht von ihm herausgegeben werden könne, müsse er beweisen, daß er die Unmöglichkeit der Rückgabe nicht verursacht und verschuldet habe.



Diese Rüge geht schon deshalb fehl, weil ein Anspruch auf Herausgabe des Vermögens oder auf Schadensersatz wegen Unmöglichkeit dieser Herausgabe nicht Gegenstand der Klage ist. Mit dieser werden vielmehr Schadensersatzansprüche geltend gemacht, die aus ganz bestimmten, angeblich fehlerhaften Verwaltungshandlungen des Klägers hergeleitet werden. Es handelt sich also um Schadensersatzansprüche aus mehreren positiven Forderungsverletzungen des Beklagten und nicht um einen Anspruch auf Schadensersatz wegen vom Beklagten zu vertretender Unmöglichkeit einer Leistung.

b) Zweifelhaft könnte allerdings sein, ob bei diesen positiven Forderungsverletzungen dem Beklagten ein Verschulden nachgewiesen werden oder ob er sich entlasten muß. Nach einer in der Rechtslehre namentlich von Raape (ArchZivPr 147, 217 ff) vertretenen Auffassung hat bei positiven Forderungsverletzungen allgemein der Schuldner die Beweislast dafür, daß ihn kein Verschulden trifft. In bestimmten Fällen positiver Vertragsverletzung beim Werk- und Dienstvertrag hat auch der erkennende Senat den Schuldner insoweit für beweispflichtig gehalten (BGHZ 23, 288; 28, 251).

Das Berufungsgericht scheint auf dem Standpunkt zu stehen, daß im vorliegenden Falle die Klägerin für ein Verschulden des Beklagten beweispflichtig sei; es spricht mehrfach davon, daß dem Beklagten bei dieser oder jener Maßnahme ein schuldhaftes Verhalten nicht nachgewiesen werden könne. Die Revision führt für die gegenteilige Auffassung namentlich an, daß bei Verwaltung durch einen nach dem MRG Nr. 52 bestellten Treuhänder der Geschäftsinhaber selbst kaum Einblick in die Geschäftsführung des Treuhänders gewinnen und nur schwer Unterlagen für die Beurteilung der Maßnahmen des Treuhänders beschaffen könne, während dieser auf Grund seiner Geschäftsführung zur Aufklärung des Sachverhalts und damit gegebenenfalls zu seiner Entlastung in der Lage sei.

Ob aus solchen Gründen die vom erkennenden Senat in den genannten Entscheidungen angeführten Grundsätze auch auf Forderungsverletzungen eines nach dem MRG Nr. 52 bestellten Treuhänders entsprechend anzuwenden sind, bedarf jedoch nicht der Entscheidung. Selbst wenn das Berufungsgericht die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens grundsätzlich unrichtig beurteilt hätte, beruht doch seine Entscheidung nicht auf dieser Rechtsansicht.

In jedem Falle muß nämlich die Klägerin beweisen, daß der Beklagte den objektiven Tatbestand einer positiven Forderungsverletzung verwirklicht, d. h. gegen die Pflichten eines sorgfältigen Verwalters verstoßen hat, und weiter, daß seine Pflichtverletzungen die von der Klägerin behaupteten und geltend gemachten Schäden verursacht haben. Das angefochtene Urteil ergibt deutlich, daß das Berufungsgericht, soweit es die Klage abgewiesen hat, schon diese Voraussetzungen nicht für gegeben hält.

Bei einigen Posten sieht sich das Berufungsgericht, auch unter Zuhilfenahme der Vorschrift des § 287 ZPO, nicht in der Lage, einen der Klägerin aus den Maßnahmen des Beklagten entstandenen Schaden überhaupt zu ermitteln (vgl. S. 40, 43 BU).

Im übrigen beurteilt es die Handlungen des Beklagten nach dem Maßstab des Verhaltens "eines ordentlichen und gewissenhaften Betriebsleiters in der verantwortlichen Stellung des Verwalters eines fremden Vermögens und zwar gerade des hier in Frage stehenden" (S. 16 BU). Das ist sein Ausgangspunkt, den es der Erörterung der einzelnen Maßnahmen des Beklagten voranstellt. Demzufolge hat die bei der Behandlung der einzelnen Fälle vom Berufungsgericht mehrfach getroffene Feststellung, daß ein Verschulden nicht nachgewiesen werden könne, zugleich die Bedeutung, daß der Beklagte,

nach dem S. 16 des Urteils genannten Maßstab beurteilt, nicht falsch gehandelt habe. Hat aber der Beklagte nach der Feststellung des Berufungsgerichts in ~~allen~~ Fällen außer den beiden, die zu seiner teilweisen Verurteilung führten, wie ein ordentlicher und gewissenhafter Betriebsleiter gehandelt, so ist nicht erkennbar, wieso in seinem Handeln auch nur objektiv eine Pflichtverletzung liegen könnte. Eine Beweislast des Beklagten käme nur insofern in Betracht, als etwa geltend gemacht würde, trotz objektiv gegebener Pflichtverletzung sei sein Verhalten ausnahmsweise aus besonderen Gründen entschuldbar.

2) Nach der Ansicht der Revision soll der Umstand, daß die Klägerin bereits 10 Monate nach Ende der Verwaltung des Beklagten in Vermögensverfall geraten ist, auf den ersten Anschein beweisen, daß der Vermögensverfall auf der schlechten Führung des Betriebs durch den Beklagten beruhe. Der Beklagte hätte nach ihrer Meinung diesen Anscheinsbeweis entkräften müssen.

Diese Ansicht geht fehl.

Zunächst übersieht die Revision auch hier, daß mit der Klage bestimmte Einzelschäden aus bestimmten Handlungen des Beklagten geltend gemacht werden und nicht der Schaden wegen Vermögensverfalls der Klägerin.

Zudem kann der Niedergang eines gewerblichen Unternehmens vielerlei Ursachen haben, die nichts mit einer schlechten geschäftlichen Leitung zu tun haben; es verbietet sich deshalb, aus dem Zusammenbruch eines Unternehmens einen Anscheinsbeweis für das Verschulden der Leitung des Unternehmens zu entnehmen. Im vorliegenden Falle geht das noch weniger an als sonst. Es ist allgemeinkundig, daß viele

kleine Schuhfabriken ab Mitte 1949 in große wirtschaftliche Schwierigkeiten und zum Erliegen gekommen sind. In dem im vorliegenden Rechtsstreit erstatteten Gutachten des Sachverständigen Dr. D. [REDACTED] wird das nochmals bestätigt; dort ist u.a. gesagt, Anfang 1950 habe ein Sterben der kleinen Fabriken eingesetzt und in Bayern existierten von 1949 noch bestehenden 176 Schuhfabriken jetzt nur noch 72.

II. Jedoch nötigt eine der von der Revision erhobenen Verfahrensrügen zur Aufhebung des Urteils.

Die Revision beanstandet mit Recht die Begründung, mit der das Berufungsgericht es ablehnt, das vom Sachverständigen Dr. D. [REDACTED] erstattete schriftliche Gutachten durch diesen mündlich erläutern zu lassen (vgl. § 411 Abs. 3 ZPO).

Das Berufungsgericht sagt, die Klägerin habe, wenn sie die im Gutachten des Sachverständigen Dr. D. [REDACTED] für den Zeitaufwand zur Herstellung von Hausschuhen genannten Zahlen unerklärlich finde und eine nähere Erläuterung vermisste, beantragen können, daß der Sachverständige sein Gutachten erläutere. Einen solchen Antrag habe sie aber erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung gestellt.

Diese Begründung ist nicht haltbar.

Es trifft zwar zu, daß die Klägerin erst in einem nach der letzten mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz, der am 15. Januar 1959 bei Gericht eingegangen ist, beantragt hat, die beiden Sachverständigen So. [REDACTED] und Dr. D. [REDACTED] "zur Erläuterung ihrer Gutachten vor dem Senat zu hören und einander gegenüber zu stellen". Das Berufungsgericht hatte aber der Klägerin im letzten Verhandlungstermin "nachgelassen, bis 15. Januar 1959 auf den Schrift-

satz des Beklagten vom 12. Dezember 1958 einen Schriftsatz nachzureichen, der bei der Entscheidung berücksichtigt wird" (Sitzungsniederschrift vom 18. Dezember 1958).

Dieser Schriftsatz mußte, da die Voraussetzungen des § 272 a ZPO gegeben waren, berücksichtigt werden.

Es bedarf hier nicht der Entscheidung, ob ein auf Grund der Vorschrift des § 272 a ZPO vorbehaltener und fristgerecht eingereichter Schriftsatz voll zu berücksichtigen ist (so der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im Urteil I ZR 107/50 vom 9. November 1951 = NJW 1952, 222) oder nur insoweit, als sich der Inhalt im Rahmen der Erwiderung auf das vom Gegner nicht rechtzeitig mitgeteilte Vorbringen hält (so der IV. Zivilsenat in den Urteilen IV ZR 99/52 vom 20. Oktober 1952 = LM Nr. 7 zu § 242 (A) BGB und IV ZR 53/54 vom 6. Mai 1954).

Auch nach der vom IV. Zivilsenat vertretenen Auffassung durfte hier das im nachgereichten Schriftsatz enthaltene Begehren mündlicher Erläuterung des Sachverständigengutachtens nicht als außerhalb der mündlichen Verhandlung gestellt behandelt werden. Denn dieses Begehren lag noch im Rahmen einer Gegenerklärung zu dem am 15. Dezember 1958 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz des Beklagten vom 12. Dezember 1958. U. a. befassten sich beide Schriftsätze mit der Frage, welcher der beiden Sachverständigen, So [REDACTED] oder Dr. D [REDACTED], die Verhältnisse im Betrieb der Klägerin zutreffend beurteilt habe (S. 3, 4 des Schriftsatzes des Beklagten vom 12. Dezember 1958, S. 1, 2 des Schriftsatzes der Klägerin vom 15. Januar 1959), und auch der Beklagte hatte in dem Schriftsatz vom 12. Dezember 1958, wenn auch nur "vorsorglich", eine mündliche Vernehmung des Sachverständigen Dr. D [REDACTED] beantragt.

Die vom Berufungsgericht für das Unterbleiben der mündlichen Erläuterung gegebene Begründung trifft deshalb nicht zu und beruht auf einer Verletzung des § 272 a ZPO.

Dieser Verfahrensverstoß betrifft den höchsten und in erster Linie geltend gemachten Schadensposten von 30.000 DM wegen zuviel gezahlter Löhne. Es läßt sich nicht ausschließen, daß eine mündliche Erläuterung zu einer anderen Entscheidung des Gerichts über diesen Posten geführt hätte. Da der Posten allein den eingeklagten Teilbetrag schon übersteigt, zwingt der Verfahrensverstoß dazu, das angefochtene Urteil, soweit es die Klage abgewiesen hat, in vollem Umfange aufzuheben.

B.

Die Anschlußrevision hat keinen Erfolg.

I. Sie erhebt zunächst eine auf § 286 ZPO gestützte Rüge hinsichtlich der Verurteilung zur Zahlung von 2.675,88 DM wegen des Einkaufs unbrauchbaren Fischleders.

Das Berufungsgericht stützt seine Entscheidung zu diesem Punkt u.a. darauf, daß es sich nach der Aussage des Zeugen Som bei dem Fischleder um einen von vornherein nicht verwertbaren Ersatzstoff gehandelt habe.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Aussage des Zeugen unrichtig wiedergegeben. Nach der Sitzungsniederschrift habe Som nur bekundet, das vom Beklagten bezogene Fischleder sei für Schuhe unbrauchbar; die Worte "von vornherein" seien in der Aussage nicht enthalten. Deshalb sei es möglich, daß Som das Fischleder nicht schlecht-

hin für unbrauchbar, sondern - ebenso wie der zu diesem Punkt vernommene Zeuge B. - nur wegen der später von den Käufern gestellten höheren Anforderungen für nicht verwendbar gehalten habe.

Die Rüge ist nicht begründet.

Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß das Berufungsgericht den Zeugen Som. falsch verstanden hätte. Er war als Schuhmacher-Werkmeister bei der Klägerin tätig und hatte als solcher, wie das Berufungsgericht Seite 37 des Urteils feststellt, mit der Fertigung selbst zu tun. Dann ist aber die Annahme durchaus gerechtfertigt, daß er das Fischleder daraufhin beurteilt hat, ob es allgemein ("von vornherein") sich zur Herstellung von Schuhen eignete, und nicht daraufhin, ob aus diesem Stoff hergestellte Schuhe auch dann noch abgesetzt werden konnten, wenn die Käufer später höhere Anforderungen stellten.

Das Berufungsgericht war auch nicht gezwungen, noch ein Sachverständigengutachten über die Frage einzuholen, ob das Fischleder unbrauchbar war.

II. Der Beklagte hatte geltend gemacht, die Klägerin müsse sich auf ihre Schadensersatzforderungen die Vorteile anrechnen lassen, die sie durch den teilweisen Erlass ihrer Schulden im Vergleichsverfahren erlangt habe; weitere anzurechnende Vorteile seien ihr dadurch zugute gekommen, daß im Verfahren wegen Rückerstattung ihres Betriebes der Rückerstattungsberechtigte wegen des Vergleichsverfahrens auf Rückerstattung in Natur verzichtet habe und seine Forderung von 20.000 auf 10.000 DM ermäßigt habe.

Das Berufungsgericht hat es abgelehnt, diese angeblichen Vorteile als schadensmindernd zu berücksichtigen.

Die Anschlußrevision rügt zu Unrecht Verletzung der Regeln über die Vorteilsausgleichung.

1) a) Der durch die schuldhaften Handlungen des Beklagten, nämlich die Umarbeitung der Niedertreter und den Einkauf des Fischleders, entstandene Schaden ist nach der Feststellung des Berufungsgerichts durch das Vergleichsverfahren nicht unmittelbar beeinflusst worden. Der Lieferant des Fischleders hat am Vergleichsverfahren nicht teilgenommen, da seine Forderung schon vorher bezahlt war. Inwiefern die 114,60 DM betragenden Kosten der Umarbeitung der Niedertreter durch das Vergleichsverfahren beeinflusst worden sind, hat der Beklagte nach der Feststellung des Berufungsgerichts ebenfalls nicht dargetan.

b) Es kann dahingestellt bleiben, ob die Handlungen des Beklagten überhaupt ursächlich für das Vergleichsverfahren und das Zustandekommen des Vergleichs waren.

Selbst wenn die adäquate Verursachung des im Vergleichsverfahren erzielten Schuldennachlasses von 60 % zu bejahen wäre, könnte der Beklagte deshalb noch keine Vorteilsausgleichung beanspruchen. Der adäquate Kausalzusammenhang zwischen schadenstiftendem Ereignis und erzielttem Vorteil ist zur Anwendung der Regeln über die Vorteilsausgleichung zwar erforderlich, aber nicht ausreichend (BGHZ 8, 325, 329; 10, 107, 108; 30, 29, 33). Weitere Voraussetzung ist vielmehr, daß die Anrechnung des Vorteils billig und zumutbar ist.

Diese Voraussetzung ist nach der Ansicht des Berufungsgerichts nicht gegeben. Es hebt hervor, der teilweise Erlaß der Forderungen durch die Vergleichsgläubiger beruhe auf deren freiwilligem Entschluß. Sie hätten kein Interesse

47

daran gehabt, den Beklagten zu schützen, sondern sich zu dem Vergleich lediglich im Interesse der Erhaltung des Betriebes der Klägerin bereit gefunden. Solche freiwilligen Zuwendungen eines Dritten, auch wenn sie zum Ausgleich eines dem Bedachten erwachsenen Schadens gemacht würden, kämen dem, der den Schaden schuldhaft verursacht habe, nicht zugute. Eine andere Lösung wäre unbillig.

Das Oberlandesgericht beruft sich für diese seine Auffassung auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, namentlich auf die Entscheidung RGZ 152, 273 ff. Dort hat es das Reichsgericht aus ähnlichen Erwägungen abgelehnt, auf den Schadensersatzanspruch, den eine Genossenschaft gegen ein Mitglied ihres Aufsichtsrats wegen Vernachlässigung seiner Pflichten geltend machte, den von der Genossenschaft im Vergleichsverfahren erlangten teilweisen Erlaß ihrer Schulden als Vorteil anzurechnen.

Die Anschlußrevision glaubt allerdings, das Berufungsgericht führe diese Entscheidung des Reichsgerichts zu Unrecht für seine Auffassung an. Sie macht darauf aufmerksam, daß in jenem vom Reichsgericht entschiedenen Falle der Tatrichter ausdrücklich festgestellt hatte, die Gläubiger hätten kein Interesse daran, den Aufsichtsrat vor Schadensersatzansprüchen zu schützen, und hätten sogar ihre Zuwendung davon abhängig gemacht, daß der Aufsichtsrat zur Verantwortung gezogen werde (aaO S. 280). Sie hält die Entscheidung des Berufungsgerichts für fehlerhaft, weil es im vorliegenden Falle an einer konkreten tatsächlichen Feststellung des Willens der Vergleichsgläubiger fehle.

Einer solchen Feststellung bedurfte es indessen nicht. Es entspricht der Lebenserfahrung, daß Gläubiger, die im Ver-

gleichsverfahren auf ihre Forderungen einen Nachlaß gewähren, das tun, um den Schuldner zu sanieren und zugleich wenigstens einen Teil ihrer Forderungen zu retten. Es liegt ihnen aber sicherlich fern, einem Schuldner des Vergleichsschuldners etwas zuzuwenden. Das ist so selbstverständlich, daß diese Willensrichtung der Vergleichsgläubiger in aller Regel, wenn nicht ungewöhnliche Gründe für die gegenteilige Annahme sprechen, keiner besonderen Feststellung im Einzelfall bedarf.

Es ist zudem nicht allein entscheidend, ob die Vergleichsgläubiger aus freiem Willen der Klägerin etwas zugewendet haben. Wenn ein Vergleichsverfahren durch schuldhaftes Handeln eines Dritten herbeigeführt wird, geht es in aller Regel ohnehin nicht an, die Schadensersatzansprüche gegen den Dritten mit Rücksicht auf den im Vergleichsverfahren erzielten teilweisen Erlaß zu schmälern. Meist liegt in diesem Erlaß kein wirklicher Vorteil; ihm stehen erhebliche Nachteile gegenüber, welche die Anordnung des Vergleichsverfahrens für das geschäftliche Ansehen und die zukünftige geschäftliche Tätigkeit des Vergleichsschuldners mit sich bringt. Deshalb wird meistens ein Vorteil nicht feststellbar sein; das geht aber zu Lasten des Schädigers, der insoweit beweispflichtig ist (Staudinger Randnote 104 vor § 249 BGB). Im vorliegenden Falle spricht nichts für die Erlangung eines Vorteils durch die Klägerin, die im Anschluß an das Vergleichsverfahren ihren Betrieb eingestellt hat.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts, daß der im Vergleichsverfahren von der Klägerin erlangte Erlaß ihren Schadensersatzanspruch nicht mindert, ist demnach zu billigen.

2) Ebenso lehnt das Berufungsgericht die Anrechnung des im Rückerstattungsverfahren angeblich erzielten Vorteils ohne Rechtsfehler ab.

Der Beklagte fordert die Anrechnung mit der Begründung, die vergleichsweise Regelung im Rückerstattungsverfahren sei eine Folge des im Vergleichsverfahren zustande gekommenen Vergleichs. Dieser kommt aber, wie ausgeführt, dem Beklagten nicht zugute. Dann kann für den davon angeblich abhängigen weiteren Vergleich im Rückerstattungsverfahren nichts anderes gelten.

Die Anschlußrevision meint freilich, Billigkeitserwägungen geböten hier die Vorteilsausgleichung. Der Rückerstattungs-berechtigte könne nämlich seinerseits den Beklagten für schuld-hafte Handlungen haftbar machen, und es könne nicht rechtens sein, daß der Beklagte wegen desselben schuldhaften Verhal-tens sowohl dem Rückerstattungsberechtigten als auch dem Rückerstattungspflichtigen hafte.

Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden.

Der Beklagte ist verurteilt worden, weil er der Klägerin Schaden zugefügt hat. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grunde der Rückerstattungs-berechtigte wegen dieses der Kläge-rin und nicht ihm entstandenen Schadens den Beklagten verant-wortlich machen könnte. Falls der Betrieb in Natur zurücker-stattet worden wäre, hätte er die Abtretung etwaiger der Klägerin wegen "Verschlechterung" des Betriebs gegen den Be-klagten zustehender Ansprüche verlangen können, Art. 29 Abs. 2 REG (amZ). Diese Möglichkeit scheidet aber aus, nachdem er sich mit der Klägerin dahin geeinigt hat, daß diese den Be-trieb behielt. Auch sonst ist nicht ersichtlich, welche Ansprüche der Rückerstattungs-berechtigte noch gegen den Be-

klagen haben soll. Auf jeden Fall kann er diejenigen, die im angefochtenen Urteil der Klägerin zuerkannt sind, nicht gegen den Beklagten erheben.

Es muß also bei der Entscheidung des Berufungsgerichts bleiben, daß weder das Ergebnis des Rückerstattungsverfahrens noch dasjenige des Vergleichsverfahrens den Schadensersatzanspruch der Klägerin beeinflussen.

Glanzmann Heimann-Trosien Erbel Meyer Finke