

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 142/64

URTEIL

Verkündet am

3. Dezember 1965
Becker, Justiz-
angestellter

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Ehefrau Erna C [REDACTED] in S [REDACTED],
L [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Gerhard S [REDACTED] in D [REDACTED],
jetzt gegen

1. seine Erbin, die Witwe Charlotte S [REDACTED] geb. B [REDACTED]
in D [REDACTED], A [REDACTED]str. [REDACTED],
2. den Testamentsvollstrecker über seinen Nachlaß,
Rechtsanwalt Heinrich Sc [REDACTED] in D [REDACTED],
K [REDACTED] Str. [REDACTED]

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Dezember 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Hanebeck, Dr. Bode, Heinr. Meyer, Dr. Pfretzschner und Dr. Nüßgens

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 10. März 1964 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision werden der Klägerin auf-
erlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin war Eigentümerin der Grundstücke A [REDACTED] straße 20 und 22 in D [REDACTED]. Die aufstehenden Gebäude waren im Krieg zerstört worden. Die Klägerin verpachtete die Grundstücke ab 1. Januar 1948 an die Hotel-Restaurant B [REDACTED] GmbH, an der sie selbst mit einem Geschäftsanteil von 50 %, später 30 % beteiligt war. Weitere Gesellschafter - und zugleich Geschäftsführer bzw. Prokurist der GmbH - waren bis 1951 der Ehemann der Klägerin und ihr Bruder. Die Gesellschaft baute in den Jahren 1948 bis 1952 die Gebäude wieder auf und eröffnete in ihnen einen Hotelbetrieb. Wegen der Aufbaukosten wurde in einem "Pacht-Zusatzvertrag" vom 1. Januar 1951 vereinbart, daß sie von der Gesellschaft zu tragen seien, soweit sie über den Rahmen eines Wohnhauses hinausgingen und für den Aufbau eines Hotelrestaurants typisch seien. Ferner wurde

- 3 -

bestimmt, daß die Gesellschaft außer der bisherigen Festpacht von monatlich 600 DM eine Umsatzpacht von 6 % zu entrichten habe, und zwar rückwirkend ab 1. September 1948. Weiterhin hatte die B [REDACTED] GmbH die auf die Grundstücke entfallenden Steuern und Abgaben sowie die Versicherungsprämien zu tragen.

Im Jahre 1951 geriet die Gesellschaft in Zahlungsschwierigkeiten; sie vereinbarte mit ihren Gläubigern ein Moratorium. Anfang 1954 konnte sie ihre Verpflichtungen wiederum nicht erfüllen. Am 2. März 1954 kündigte die Klägerin deshalb den Pachtvertrag fristlos. Am 4. Mai 1954 wurde auf den Antrag eines Gläubigers, dem sich die Klägerin angeschlossen hatte, das Konkursverfahren über das Vermögen der B [REDACTED] GmbH eröffnet. Zum Konkursverwalter wurde der beklagte Rechtsanwalt Dr. S [REDACTED] bestellt. Er ist im Lauf des Rechtsstreits verstorben und von seiner Ehefrau beerbt worden. Es ist Testamentsvollstreckung angeordnet. Die Klägerin hat Schadensersatzansprüche gegen den Konkursverwalter erhoben und richtet sie nunmehr gegen dessen Witwe sowie den Testamentsvollstrecker. Das Begehren der Klägerin entspringt folgendem Sachverhalt:

Dr. S [REDACTED] führte den Hotelbetrieb mit Zustimmung der Gläubigerversammlung bis zum 30. September 1954 fort. Er zahlte keine Pacht, sondern rechnete - im Einverständnis mit dem Gläubigerausschuß - mit Forderungen der Gemeinschuldnerin gegen die Klägerin auf, die in den Bilanzen der Gesellschaft für 1951, 1952 und 1953 mit 92.516,76 DM, 118.100,76 DM und 116.976,50 DM ausgewiesen waren und vorwiegend aus dem vereinbarten Anteil der Klägerin an den Aufbaukosten herrühren sollten. Die

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Klägerin hatte selbst in einer Anmeldung ihrer Forderungen zur Konkurstabelle vom 15. Mai 1954 den ersten Saldo von 92.516,76 DM als Schuld gegenüber der Gesellschaft aufgeführt, war allerdings unter Einrechnung von Ansprüchen ihres Ehemanns sowie übernommener Bürgschaften zu einer verbleibenden Forderung von 114.146,60 DM gelangt. Am 26. Mai 1954 ersetzte die Klägerin diese Anmeldung durch eine andere, die unter Weglassung des Saldos und Beanspruchung von 122.577,04 DM an rückständigen Pachtzinsen mit einer Forderung von 197.862,93 DM schloß, neben der vorsorglich weitere 159.677,60 DM aus Bürgschaftsverpflichtungen angemeldet wurden.

Die Klägerin war ebenfalls verschuldet. Ihre Grundstücke waren erheblich belastet, vor allem mit Grundpfandrechten der Stadt-Sparkasse D[REDACTED] in Höhe von 270.000,- DM. Diese betrieb seit dem 12. Februar 1953 wegen rückständiger Zins- und Tilgungsleistungen die Zwangsversteigerung der Grundstücke, hatte jedoch bis zum 28. April 1954 wiederholt die einstweilige Einstellung des Verfahrens bewilligt, dem inzwischen auch die Stadt Düsseldorf wegen rückständiger Grundabgaben beigetreten war. Die Klägerin hatte sich verpflichtet, monatlich 2.500,- DM zur Abtragung ihrer Verbindlichkeiten an die Sparkasse zu zahlen. Vom 9. Januar bis 8. April 1954 erhielt die Gläubigerin auch 6.800,- DM, davon 4.000,- DM von der B[REDACTED] GmbH und die restlichen 2.800,- DM von der Klägerin. Danach erfolgten keine Zahlungen mehr. Die Sparkasse teilte der Klägerin deshalb unter dem 7. Mai 1954 mit, daß das Zwangsversteigerungsverfahren wieder aufgenommen und nunmehr durchgeführt werden müsse, da seine erneute einstweilige Einstellung unzulässig sei. Zugleich erklärte sich die Gläubigerin aber zu Verhand-

lungen bereit. Am 11. Mai 1954 forderte daraufhin die Klägerin inrerseits den Konkursverwalter unter Hinweis auf die drohenden Nachteile auf, die am 15. Mai 1954 fälligen Grundabgaben in Höhe von 718 DM an das Stadtsteueramt und weitere 2.500,- DM bis zum 31. Mai 1954 an die Stadt-Sparkasse zu zahlen. Am 15. Mai ließ sie ein Schreiben folgen, in dem sie ihre Kündigung vom 2. März 1954 auch dem Konkursverwalter gegenüber aussprach und ihn zur Räumung und Herausgabe der Grundstücke aufforderte. Dr. S. [REDACTED] kam weder diesem Verlangen noch dem Zahlungsbegehren nach. Am 19. Mai 1954 trat die Klägerin ihre Forderungen gegen die Konkursmasse aus der Weiterführung des Hotelbetriebes an die Stadt-Sparkasse ab. Ferner gab der Ehemann der Klägerin ein bei der Sparkasse unterhaltenes Sicherungskonto zur teilweisen Abdeckung der Zins- und Tilgungsrückstände frei.

Als die Sparkasse die Ende Mai fälligen 2.500,- DM von keiner Seite erhielt, beantragte sie unter dem 4. Juni 1954 die Fortsetzung des Zwangsversteigerungsverfahrens. Dem Antrag wurde unter Zulassung des Beitritts von zwei weiteren Gläubigern stattgegeben und Versteigerungstermin auf den 18. September 1954 anberaumt. Zur Versteigerung kam es jedoch nicht. Die Klägerin überließ ihre Grundstücke gegen Freistellung von den dinglichen Lasten und den Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens der Kauffrau Straub, die ihr eigenes Grundstück im Zuge einer Umlegung abgeben mußte. Die Grundstücke der Klägerin wurden mit ihrer Zustimmung in dieses Verfahren einbezogen und Frau St. [REDACTED] am 18. September 1954, dem Tag des Versteigerungstermins, zu Eigentum zugewiesen.

Wegen der offen gebliebenen Frage, ob die Klägerin der Gemeinschuldnerin gemäß deren Bilanzen verpflichtet

war oder ob sie umgekehrt Zahlung von Pachtzins oder Nutzungsentschädigung aus der Konkursmasse fordern konnte, kam es in der Folgezeit zu zwei Rechtsstreitigkeiten. Zunächst nahm Dr. S. [REDACTED] die Klägerin auf Zahlung eines Teilbetrages von 10.000,- DM der in den Bilanzen ausgewiesenen Forderungen in Anspruch (1 O 169/55 LG Düsseldorf). Er nahm die Klage jedoch zurück, weil - wie die Beklagten behaupten - für das erforderliche Gutachten eines Wirtschaftsprüfers erhebliche Kosten vorzuschießen gewesen wären und die Klägerin ein Armutszeugnis zu den Akten gereicht hatte. Nunmehr verklagte die Klägerin Dr. S. [REDACTED] als Konkursverwalter auf Zahlung von Fest- und Umsatzpacht nebst anteiligen Steuern für die Monate Mai bis September 1954, ferner auf Auskunftserteilung darüber, welche Umsätze der Gastwirt Bo. [REDACTED] an den der Restaurationsbetrieb unterverpachtet worden war, in diesem Zeitraum erzielt hatte (1 O 251/56 LG Düsseldorf). Im ersten Rechtszug wurde der Konkursverwalter antragsgemäß zur Zahlung von insgesamt 13.802,12 DM und zur Auskunftserteilung verurteilt. Er legte Berufung ein und verhandelte außergerichtlich wegen eines Vergleichs. Die Klägerin lehnte zwei von ihm entworfene Vorschläge ab, die den Ausgleich aller gegenseitigen Ansprüche vorsahen, und gab statt dessen unter dem 28. Oktober 1957 die Erklärung ab, daß sie auf die Vollstreckung aus dem ergangenen Urteil verzichte, wenn Dr. S. [REDACTED] 4.000,- DM zahle und die Kosten des Rechtsstreits trage, ferner der Klägerin seine Ansprüche gegen die Eheleute Boscher abtrete, gegen die er inzwischen wegen der Unterpacht zwei Urteile (1 O 74/54 und 1 O 386/54 LG Düsseldorf) nebst Kostenfestsetzungsbeschlüssen erwirkt hatte. Dr. S. [REDACTED] erfüllte das Verlangen der Klägerin und nahm die Berufung zurück.

Mit der vorliegenden Klage hat die Klägerin Dr. S. [REDACTED] persönlich auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Sie hat behauptet, er habe seine Pflichten als Konkursverwalter dadurch verletzt, daß er das Hotel bis zum 30. September 1954 fortgeführt habe, ohne wenigstens den Pachtzins von 13.802,12 DM als Masseschuld zu entrichten, zu dessen Zahlung er später verurteilt worden sei. Die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen seien unbegründet gewesen. Dr. S. [REDACTED] habe dies auch erkannt, zumindest aber gewußt, daß er die Ansprüche nicht zu belegen und deshalb nicht durchzusetzen vermochte. Über den Schaden, den die Nichtzahlung der Pacht bewirken mußte, sei er sich ebenfalls klar gewesen. Er habe ihn ungeachtet der Kenntnis nicht abgewandt, daß die Stadtsparkasse das Zwangsvollstreckungsverfahren schon dann nicht weiter betrieben hätte, wenn ihr zumindest Tilgungsraten von monatlich 2.400,- DM überwiesen worden wären. Dr. S. [REDACTED] habe dem Gläubigerausschuß selbst am 14. Juni 1954 vorgetragen, daß die Gemeinschuldnerin bisher Zahlungen in dieser Höhe unmittelbar an die Sparkasse geleistet habe. Der Konkursmasse seien durch die Fortführung des Hotelbetriebes genügend Mittel zugeflossen, um den Schuldendienst aufrecht zu erhalten. Soweit die Umsätze zurückgegangen seien, liege dies daran, daß der Konkursverwalter eine ungeeignete Vertrauensperson eingesetzt habe. In jedem Fall sei Dr. S. [REDACTED] schuldhaft zu seiner sachlich ungerechtfertigten Entscheidung gelangt, keinerlei Pachtzins oder Nutzungsentschädigung zu zahlen. Der Schaden besteho darin, daß sie - die Klägerin - dadurch genötigt worden sei, ihre Grundstücke zur Abwendung der Zwangsversteigerung überstürzt einer Erwerberin zu überlassen, die als Gegenleistung nur die dinglichen Lasten

nebst den Verfahrenskosten im Gesamtbetrag von rund 300.000,- DM übernommen habe. Bei einem freihändigen Verkauf hätten mindestens 500.000,- DM erzielt werden können. Eine solche Verwertung wie auch eine günstige Weiterverpachtung habe Dr. S. nicht zuletzt dadurch unmöglich gemacht, daß er seine Absicht, die Grundstücke zum 30. September 1954 zu räumen, erst kurz zuvor und auch nur vor dem Gläubigerausschuß bekanntgegeben habe. Von dem behaupteten Schaden hat die Klägerin einen Teilbetrag von 50.000,- DM nebst Zinsen geltend gemacht.

Dr. S. und nach ihm die jetzigen Beklagten haben um Abweisung der Klage, die Witwe vorsorglich auch um Beschränkung ihrer Haftung auf den Nachlaß gebeten. Sie haben ausgeführt, aus der Fortsetzung des Hotelbetriebes und der erklärten Aufrechnung gegen die Pachtzinsforderung könne schon deshalb kein Vorwurf gegen den Konkursverwalter hergeleitet werden, weil er mit Zustimmung der Gläubigerversammlung bzw. des Gläubigerausschusses gehandelt habe. Zudem sei die Aufrechnung zulässig und wirksam gewesen; das auf die Pachtzinsklage ergangene Urteil des Landgerichts Düsseldorf (1 O 251/56) sei unrichtig und habe zwischen den Parteien des vorliegenden Prozesses keine Rechtskraftwirkung. Die Klägerin habe ihre Grundstücke ohne eigene Mittel durch die B. GmbH aufbauen lassen und dieser daher den vertraglich vereinbarten Kostenanteil geschuldet. Dementsprechend habe die Klägerin die Richtigkeit der Bilanzen, in denen diese Verbindlichkeit festgehalten worden sei, durch ihre Unterschrift anerkannt. In ihrer ersten Forderungsanmeldung zur Konkurstabelle habe sie dieses Anerkenntnis wiederholt. Soweit sie sich dabei mit Hilfe fremder oder noch nicht entstandener Ansprüche ein Guthaben errechnet

habe, sei das ersichtlich unrichtig gewesen. Der tatsächlich bestehenden Sachlage habe es entsprochen, daß die B [REDACTED] GmbH mit Ausnahme eines Monats niemals Pacht gezahlt, sondern der Klägerin lediglich Gutschriften erteilt habe, wie ebenfalls den Bilanzen und der Anmeldung zur Tabelle zu entnehmen sei. Darin liege, daß praktisch schon immer aufgerechnet worden sei. Der Konkursverwalter habe von diesem Verfahren mit Rücksicht auf die übrigen Gläubiger nicht abgehen dürfen, jedenfalls solange er nicht zu klären vermochte, ob das Abrechnungsverhältnis Zahlungen an die Klägerin zuließe. Im übrigen habe der geschuldete Pachtzins (ohne Steuern und Versicherungen) in den Monaten Mai bis September 1954 nur zwischen 725,34 DM und 1.444,75 DM betragen. Die Stadt-Sparkasse würde aber selbst bei Zahlung von 2.400,- DM die Zwangsvorsteigerung weiter betrieben haben, wie auch die beigetretenen Gläubiger nicht länger stillgehalten hätten, nachdem die Unhaltbarkeit der Lage durch den Konkurs der Gemeinschuldnerin offenbar geworden sei. Die Nichtzahlung der Pacht sei daher für den behaupteten Schaden der Klägerin nicht ursächlich gewesen. Überdies seien der Konkursmasse die erforderlichen Mittel mit Rücksicht auf andere Verbindlichkeiten nicht zu entnehmen gewesen. Schließlich sei es nicht richtig, daß ein freihändiger Verkauf der Grundstücke mehr als 300.000,- DM erbracht hätte. Die Klägerin sei nicht gehindert gewesen, sich rechtzeitig um einen Käufer zu bemühen. Sie habe seit Anfang Juni gewußt, daß der Versteigerungstermin am 18. September 1954 anstand, und daß der Konkursverwalter die Grundstücke spätestens am 30. September räumen mußte, weil dann die ausgesprochene Kündigung auf jeden Fall wirksam wurde. Gleichwohl habe die Klägerin

keinen Käufer gesucht und vorgeschlagen, sondern der Überlassung der Grundstücke an Frau St. [REDACTED] zugestimmt, von der ihr Ehemann alsbald den Restaurationsbetrieb wieder gepachtet habe.

Die Klägerin hat die tatsächlichen Behauptungen der Beklagten bestritten und ist ihren Ausführungen entgegengetreten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat es dahinstehen lassen, ob das Verhalten des Konkursverwalters den behaupteten Schaden der Klägerin verursacht hat. Es könne unterstellt werden, so hat es ausgeführt, daß Dr. S. [REDACTED] wegen der Benutzung der Grundstücke zur Fortführung des Hotelbetriebs monatlich 2.500,- DM an die Stadt-Sparkasse zu zahlen gehabt hätte. Jedenfalls sei es nicht pflichtwidrig gewesen, daß er gegen diese Verbindlichkeit mit der Forderung der Gemeinschuldnerin aufgerechnet habe, die er in deren Bilanzen verzeichnet und in einer eigenen Anmeldung der Klägerin zur Tabelle aufgeführt gefunden habe. Zu Lasten der beweispflichtigen Klägerin müsse sogar angenommen werden, daß diese Gegenforderung bestanden habe. Das Gegenteil sei durch die Verurteilung des Konkursverwalters zur Pachtzahlung (1 O 251/56 LG Düsseldorf) nicht mit bindender Wirkung für das vorliegende Verfahren

festgestellt worden. In diesem hätten die Beklagten im einzelnen vorgetragen, daß die B [REDACTED] GmbH für den Aufbau der Hotelgebäude 294.276,68 DM aufgewandt und deshalb vertragliche Erstattungsansprüche in der bilanzierten Höhe gegen die Klägerin gehabt habe, wobei deren eigene, später nochmals geltend gemachten Ansprüche schon abgerechnet gewesen seien. Die Klägerin habe die Unrichtigkeit dieser Behauptung nicht dargelegt und unter Beweis gestellt. Selbst wenn aber zu ihren Gunsten davon ausgegangen werde, daß die zur Aufrechnung gestellte Forderung unbegründet gewesen sei, so gereiche die Annahme des Gegenteils dem Konkursverwalter nicht zum Verschulden. Er habe die Aufzeichnungen der Gemeinschuldnerin über die vorstehend genannten Baukosten in einem Prüfungsbericht des zuständigen Finanzamts vom 15. Dezember 1952 als zutreffend bestätigt gefunden. Als anteilige Belastung der Klägerin per Ende 1951 seien dort 225.261,03 DM aufgeführt gewesen. Unter diesen Umständen habe Dr. Schulz ohne Fahrlässigkeit überzeugt sein dürfen, daß die Klägerin zu Recht den Schuldsaldo von 92.516,76 DM aus der Bilanz zum 31. Dezember 1951 in ihre erste Forderungsanmeldung zur Konkurstabelle übernommen habe. Für die Fortlassung in der zweiten Anmeldung habe Rechtsanwalt P [REDACTED] als Vertreter der Klägerin keinen einleuchtenden Grund anzugeben vermocht, wie aus einer Notiz des Konkursverwalters in seinen Handakten hervorgehe. Aus diesen sei weiter zu ersehen, daß die Klägerin eine angebliche eigene Baukostenforderung von 75.000,- DM nicht belegen konnte. Das Berufungsgericht ist zu dem Ergebnis gelangt, daß Dr. S [REDACTED] bei pflichtgemäß vorsichtiger Beurteilung einen überschießenden und zur Aufrechnung ausreichenden Anspruch der Gemeinschuldnerin in Höhe von 24.839,85 DM auf jeden Fall für begründet halten durfte. Daß er sein

Vorgehen mit dem Gläubigerausschuß abgestimmt habe, spreche zumindest zusätzlich gegen eine pflichtwidrige Handlungsweise. Die vorgefundene Undurchsichtigkeit der Abrechnung sei auf die unpraktikablen Bestimmungen über die Verteilung der Aufbaukosten zurückgegangen; sie sei von Dr. S. [REDACTED] in der verfügbaren Zeit nicht zu klären gewesen und könne ihm nicht zur Last gelegt werden. Der Konkursverwalter habe auch in Rechnung stellen müssen, daß die Vermögenswerte der Gemeinschuldnerin und der Klägerin bei der bestehenden persönlichen Verflechtung nicht immer genügend auseinandergehalten worden seien. Ob es richtig sei, daß gegen Miet- oder Pachtzinsforderungen nur in beschränktem Umfang aufgerechnet werden dürfe, könne dahinstehen, weil die Sparkasse mit Sicherheit nicht von weiteren Vollstreckungsmaßnahmen abgesehen hätte, wenn ihr etwa die Hälfte der Pacht nach Abzug der Steuern und Abgaben überwiesen worden wäre. Abschließend hat das Berufungsgericht dargelegt, daß der behauptete Schaden nicht darauf zurückgeführt werden könne, daß Dr. S. [REDACTED] den Hotelbetrieb bis zum 30. September 1954 fortgeführt und seine Absicht, ihn zu diesem Zeitpunkt zu räumen, der Klägerin nicht besonders angezeigt habe; denn ein anderer Pächter würde sich wegen der drohenden Zwangsversteigerung der Grundstücke nicht gefunden und zu den erforderlichen Pachtvorauszahlungen bereit erklärt haben.

II.

Die Revision rügt ohne Erfolg, daß sich das Berufungsgericht nicht von einer objektiven Pflichtverletzung des Konkursverwalters überzeugt hat.

1. Die Frage, ob die von Dr. S. [REDACTED] zur Aufrechnung gestellten Forderungen der Gemeinschuldnerin tatsächlich bestanden haben, ist bisher in keinem Verfahren geklärt worden. Das Landgericht Düsseldorf (1 O 251/56) hat den Konkursverwalter zur Pachtzinszahlung mit der zutreffenden Begründung verurteilt, daß er seine Gegenforderungen nicht hinreichend belegt habe. Eine sachliche Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der Ansprüche ist damit nicht getroffen worden. Schon deshalb handelt es sich entgegen der Meinung der Revision nicht um ein Ergebnis, das für das vorliegende Verfahren hätte übernommen werden können oder gar müssen. Aber auch das Berufungsgericht ist - abweichend von der Auffassung der Revisionsbeantwortung - in dem Punkt zu keiner tatsächlichen Feststellung gelangt. Es hat vielmehr ausgeführt, daß es hier insofern umgekehrt als bei der Klage auf Zahlung des Pachtzinses liege, als die Schadensersatz begehrende Klägerin nunmehr ihrerseits das Nichtbestehen der zur Aufrechnung gestellten Forderungen darzulegen und zu beweisen habe. Der Tatrichter hat den Sachvortrag der Beklagten als hinreichend bestimmt erachtet, um seine Widerlegung von der Klägerin fordern zu können. Hiergegen ist aus Rechtsgründen nichts zu erinnern. Daß die Klägerin den ihr obliegenden Beweis schuldig geblieben ist, steht fest. Sie hat den praktisch allein gangbaren Weg, die Abrechnung der Aufbaukosten durch Sachverständige klären zu lassen, ebenso wenig beschritten wie derzeit der Konkursverwalter, als er auf Pachtzinszahlung in Anspruch genommen wurde.

2. Zu Unrecht meint die Revision, es habe auf die angenommene Aufrechnungsbefugnis im vorliegenden Verfahren nicht zurückgegriffen werden dürfen, weil Dr. S. [REDACTED] vergleichsweise auf sie verzichtet habe, als er an die Klägerin

zur Abgeltung ihrer Pachtzinsforderung 4.000,- DM zahlte und die Ansprüche gegen die Eheleute Bo [REDACTED] abtrat. Die Klägerin hat Wert auf den Vortrag gelegt, daß sie derzeit einen umfassenden Vergleich zur Erledigung aller gegenseitigen Ansprüche ausdrücklich abgelehnt habe. Nach ihrem Willen ist die Verständigung darauf beschränkt worden, daß die vorgenannten Leistungen an die Stelle der Vollstreckung des ergangenen Urteils traten und die Berufung zurückgenommen wurde. Diese gewollt enge Begrenzung der Regelung kann die Klägerin nicht nachträglich einseitig ausdehnen. Sie hat sich selbst durch die Ablehnung der vom Konkursverwalter vorgeschlagenen, allgemeinen Ausgleichsklausel die Möglichkeit offengehalten, die jetzt geltend gemachten Schadensersatzansprüche zu erheben. Dann kann sie nicht andererseits Dr. Schulz den Willen unterstellen, auch ohne eine solche Klausel auf alle noch ungeklärten Ansprüche der Gemeinschuldnerin zu verzichten. Da sich der Inhalt der Einigung in dem angenommenen Angebot zur Beendigung des schwebenden Rechtsstreits erschöpfte, hat der Konkursverwalter nur insoweit vergleichsweise auf eine Aufrechnung verzichtet, als er die von der Klägerin geforderten Leistungen erbrachte. Es kann keine Rede davon sein, daß er damit gleichzeitig erklärt oder doch stillschweigend zugestanden habe, über keinerlei aufrechenbare Gegenforderungen zu verfügen oder zumindest zur Aufrechnung mit ihnen nicht befugt zu sein. Dr. S [REDACTED] könnte sich weiterhin auf den gegenteiligen Standpunkt stellen, ohne in Widerspruch zu seiner früheren Handlungsweise zu geraten, selbst wenn er vorliegend in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter in Anspruch genommen würde. Erst recht muß dies in einem Verfahren gelten, das sich - wie die Revisionsbeantwortung herausstellt - gegen ihn persönlich richtet. Die jetzigen

Beklagten wären auf eine Haltung, die Dr. S. in einem Rechtsstreit gegen die Gemeinschuldnerin eingenommen hat, nicht schlechthin festgelegt.

3. Ein vertragliches Aufrechnungsverbot hat unstreitig nicht bestanden. Das Berufungsgericht hat erwogen, daß es dem Konkursverwalter gleichwohl nach Treu und Glauben verwehrt gewesen sein könnte, jeweils mehr als die Hälfte der fälligen Pachtzinsraten einzubehalten. Es hat dann ausgeführt, daß der Fortgang des Zwangsversteigerungsverfahrens weder durch eine solche Rücksichtnahme auf die Interessen der Klägerin noch durch die Entrichtung der Grundsteuern aufgehalten worden wäre. Das bezweifelt auch die Revision nicht. Sie meint jedoch, das Berufungsgericht hätte im Hinblick auf die damalige Bedrängnis der Klägerin zu dem Ergebnis kommen müssen, daß jegliche Kürzung der Pachtzinszahlungen durch Aufrechnung treuwidrig war. Dem kann nicht beigetreten werden. Die Klägerin war auf den Eingang des vollen Pachtzinses nicht deshalb angewiesen, weil sie ihn gänzlich zur Tragung der laufenden Grundstückslasten einschließlich des Schuldendienstes benötigte, sondern weil sie mit diesen Zahlungen schon vor dem Konkurs der Gemeinschuldnerin erheblich in Rückstand geraten war und nun zusätzliche Leistungen zur allmählichen Abtragung dieser aufgelaufenen Verbindlichkeiten erbringen mußte, um die Zwangsversteigerung der Grundstücke hintanzuhalten. Der im Mietrecht entwickelte Gedanke, daß der Vermieter nicht durch eine unbeschränkte Aufrechnung außerstande gesetzt werden dürfe, die Grundstückslasten zu tragen, kann aber allenfalls für die laufenden Abgaben Geltung beanspruchen und nicht dahin ausgedehnt werden, daß dem Eigentümer auf diese Weise auch die Tilgung von Rückständen ermöglicht werden müsse. Von einem völligen

Aufrechnungsverbot aus solchem Grunde kann umso weniger die Rede sein, als der Konkursverwalter nach den zutreffenden Darlegungen des Berufungsgerichts die Interessen der Klägerin mit denen der übrigen Gläubiger pflichtgemäß abzustimmen hatte.

4. Der von der Revision wiederholte Vorwurf, der Konkursverwalter habe den Rückgang des Umsatzes und damit auch den der zu entrichtenden Umsatzpacht verschuldet, kann auf sich beruhen. Er betraf nicht den Monat Mai 1954; denn er ging nur dahin, daß Dr. S. den in diesem Monat erzielten Umsatz in der Folgezeit nicht gehalten habe. Die Klägerin wollte auf diese Weise dartun, daß es möglich gewesen wäre, die von der Sparkasse geforderten Zahlungen aus dem weitergeführten Hotelbetrieb zu erwirtschaften. Indessen hat die Stadt-Sparkasse das Zwangsversteigerungsverfahren schon deshalb wieder aufgenommen, weil sie die Ende Mai fällige Rate von 2.500,- DM nicht erhalten hat. Dieser alle weiteren Nachteile auslösende Umstand ist bereits vor dem späteren Umsatzrückgang eingetreten und steht mit ihm in keinem Zusammenhang. Auf den von der Klägerin erbotenen Beweis für die behauptete Vernachlässigung des Hotelbetriebes kam es deshalb entgegen der Rüge der Revision nicht an.

5. Das Berufungsgericht hat die Frage, ob der Konkursverwalter objektiv pflichtwidrig gehandelt hat, ausdrücklich verneint und nicht etwa - wie die Revision in ihrer schriftlichen Begründung meint - offen gelassen. Es hat einleitend festgestellt, daß für das vorliegende Verfahren vom Bestehen der zur Aufrechnung verwandten Forderungen ausgegangen werden müsse. Diese Feststellung hat es nicht mit den späteren Erwägungen zurückgenommen, daß das Klagebegehren selbst beim Nichtbestehen der An-

sprüche daran scheitern müsse, daß Dr. S. [REDACTED] jedenfalls nicht schuldhaft gehandelt habe. Die Unterstellung eines objektiv unrichtigen Verhaltens ist nur für diesen Teil der Darlegungen gemacht worden, für die sonst kein Raum gewesen wäre. Es kann keine Rede davon sein, daß damit für die Revision eine tatsächlich pflichtwidrige Handlungsweise des Konkursverwalters feststehe.

III.

Die demnach nur zusätzlichen Darlegungen des Berufungsgerichts, daß jedenfalls ein Verschulden des Konkursverwalters nicht festzustellen sei, werden von der Revision vorwiegend mit Verfahrensrügen angegriffen. Auch sie sind unbegründet.

1. Das Berufungsgericht war nicht gehindert, die Notizen des Konkursverwalters in seinen Handakten in der geschehenen Weise tatrichterlich zu würdigen. Die Akten waren zu Beweiszwecken beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden; die Klägerin hatte sich selbst verschiedentlich auf ihren Inhalt bezogen. Wenn sie den Wortlaut der vorgefundenen Notizen als sachlich unrichtig widerlegen wollte, stand es ihr frei, insoweit den damaligen Gesprächspartner des Konkursverwalters, Rechtsanwalt P. [REDACTED], als Zeugen zu benennen. Das Berufungsgericht war aber nicht nach § 139 ZPO gehalten, der Klägerin diesen Schritt anzuraten; damit hätte es einseitig in das prozessuale Vorgehen einer anwaltlich beratenen Partei eingegriffen. Im übrigen muß die Rüge schon daran scheitern, daß sie die tatsächliche Behauptung nicht angibt, deren Richtigkeit durch Rechtsanwalt P. [REDACTED] unter Beweis gestellt worden wäre. Die gewürdigte Notiz des Konkursverwalters ging

dahin, Rechtsanwalt Paul habe die ursprüngliche Anrechnung einer Forderung der Gemeinschuldnerin von 92.000,- DM in der Anmeldung zur Konkurstabelle lediglich als "Entgegenkommen" erklärt. Die Revision sagt nicht, welche andere Erklärung der Anwalt bezeugt haben würde, wenn er vernommen worden wäre.

2. Das Berufungsgericht hat den Rückhalt, den Dr. S. [REDACTED] bei den Organen der Konkursgläubiger gefunden hat, nur als weiteres Anzeichen für die mangelnde Vorwerfbarkeit seines Vorgehens gewürdigt. Die Revision hält diesen Gesichtspunkt für verfehlt, weil Dr. S. [REDACTED] die von Rechtsanwalt P. [REDACTED] mehrfach angebotene Möglichkeit einer sachlichen Klärung des Abrechnungsvorhältnisses nicht genutzt und folglich den Gläubigerausschuß unzureichend unterrichtet habe. Das Berufungsgericht hat jedoch festgestellt, daß entgegen dem Vortrag der Klägerin die vorgeschlagene Unterredung zwischen ihrem Vertreter und dem Konkursverwalter am 22. Mai 1954 stattgefunden hat, daß sich Dr. S. [REDACTED] dabei allerdings nicht von der Richtigkeit des beweislos dargelegten Standpunkts der Gegenseite überzeugen konnte. Die Rüge, daß das Berufungsgericht nach § 139 ZPO die Vernehmung von Rechtsanwalt P. [REDACTED] über den Inhalt des Gesprächs hätte anregen müssen, geht aus denselben Gründen fehl wie im Falle der Aktennotizen. Auch hier war es allein Sache der anwaltlich vertretenen Klägerin, die ihr erforderlich erscheinenden Beweise anzubieten, und es fehlt ebenfalls an der Bezeichnung des konkreten Beweisthemas.

3. Das Berufungsgericht hat ein Verschulden des Konkursverwalters weiter deshalb verneint, weil die vorgefundene Regelung des "Pacht-Zusatzvertrages" über die Verteilung der Aufbaukosten so unpraktikabel gewesen sei, daß aus ihr keine Klarheit über die Berechtigung der

bilanzierten Erstattungsansprüche der Gemeinschuldnerin zu gewinnen war. Diese Auffassung wird durch die Rüge der Revision nur bestätigt, das Berufungsgericht habe es versäumt, sich durch einen Sachverständigen darüber unterrichten zu lassen, wie die Verteilung nach dem umbauten Raum und den Ausstattungsmerkmalen vorzunehmen gewesen wäre. Wenn es hierzu eines Sachverständigen bedurfte, so hätte der Konkursverwalter sogar pflichtwidrig gehandelt, wenn er sich eine zutreffende Beurteilung ohne die erforderliche Sachkunde zugetraut hätte. Daß die Regelung des Zusatzvertrages - möglicherweise bewußt - viel zu allgemein gehalten war, um zumal beim Fehlen aller Belege eine glatte Abrechnung zu gestatten, kann ernsthaft nicht bezweifelt werden. Die Klägerin und der Konkursverwalter waren sich sogar stillschweigend darin einig, daß - wenn überhaupt - nur eine besonders schwierige und kostspielige Begutachtung zu einem brauchbaren Ergebnis führen konnte. Denn beide haben, wo es im Rechtsstreit für sie darauf angekommen wäre, von einem entsprechenden Beweiserbieten abgesehen. Unter diesen Umständen ist es rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht eine fahrlässige Pflichtverletzung des Konkursverwalters auch im Hinblick auf die unzulänglichen Vertragsbestimmungen verneint und davon abgesehen hat, der Klägerin nach § 139 ZPO die Führung eines Sachverständigenbeweises nahezu legen, der in jedem Falle unbehelflich gewesen wäre.

IV.

Soweit die Klägerin ihren behaupteten Schaden unabhängig von der Nichtzahlung der Pacht darauf zurückgeführt hat, daß der Konkursverwalter ihr die beabsichtigte Räumung der Grundstücke zum 30. September 1954 nicht

rechtzeitig angezeigt und dadurch eine gewinnbringende Weiterverpachtung unmöglich gemacht habe, ist ihr das Berufungsgericht ebenfalls nicht gefolgt. Es hat dar-
gelegt, daß sich mit Blick auf die hoffnungslose Ver-
schuldung der Klägerin kein Pächter bereitgefunden hätte,
die erforderlichen hohen Vorauszahlungen auf die Gefahr
hin zu erbringen, sie bei einer gleichwohl nicht abzu-
wendenden Zwangsversteigerung alsbald mitsamt dem Objekt
zu verlieren. Dabei ist nach § 287 ZPO von der Anhörung
eines Sachverständigen abgesehen worden. Dieser hätte
nur bekunden können - so hat das Berufungsgericht aus-
geführt -, daß derzeit die Aussichten für die Verpachtung
eines Hotelbetriebes gut gewesen seien. Das könne unter-
stellt werden. Für die allein entscheidende Frage, ob
die Klägerin ungeachtet ihrer prekären Lage noch einen
Pachtinteressenten gefunden hätte, ergebe sich daraus
nichts. Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht
seine freiere Stellung nach § 287 ZPO zu Unrecht ange-
nommen und das Ergebnis des Sachverständigenbeweises
unzulässig im voraus gewürdigt habe. Die erste Frage
kann auf sich beruhen, weil jedenfalls der zweite Vor-
wurf nicht zutrifft. Was sich durch ein Gutachten hätte
dartun lassen, ist zugunsten der Klägerin unterstellt
worden. Die darüber hinausgehende Behauptung, daß ein
- unbekannter - Pächter auch das ungewöhnliche Risiko
einer Anpachtung des von der Zwangsversteigerung be-
drohten Hotels Bristol übernommen hätte, war einem Sach-
verständigenbeweis unzugänglich. Das Berufungsgericht
war nach keiner Vorschrift gehindert, die Frage unter
Würdigung aller Umstände und Zuhilfenahme der Lebens-
erfahrung zu verneinen.

V.

Die Revision der Klägerin ist nach alledem ungegründet. Sie mußte deshalb mit der Kostenfolge nach § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Hanebeck

Dr. Bode

Meyer

Dr. Pfretzschner

Dr. Nüßgens