



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX ZB 14/18

vom

22. November 2018

in dem Insolvenzverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

InsO § 63; BGB § 654

- a) Ein Insolvenzverwalter, der zum Nachteil der Masse eine strafbare Untreue begeht, um sich oder einen nahen Angehörigen zu bereichern, handelt regelmäßig in besonders schwerem Maß verwerflich und verwirkt in der Regel seinen Anspruch auf Vergütung.
- b) Hat der Insolvenzverwalter seinen Anspruch auf Vergütung verwirkt, ist der Insolvenzverwalter mit seinem Anspruch auf Vergütung insgesamt ausgeschlossen.

InsO § 63; BGB § 654; InsVV § 8 Abs. 3

Die Verwirkung des Anspruchs auf Vergütung erstreckt sich regelmäßig auch auf die vom Insolvenzverwalter als Pauschsatz geltend gemachten Auslagen.

BGH, Beschluss vom 22. November 2018 - IX ZB 14/18 - LG Halle
AG Halle (Saale)

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Grupp, Dr. Schoppmeyer und Röhl

am 22. November 2018

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des weiteren Beteiligten zu 1 werden die Beschlüsse der 3. Zivilkammer des Landgerichts Halle vom 8. Januar 2018 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an den nach dem Geschäftsverteilungsplan des Beschwerdegengerichts zuständigen Einzelrichter zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 260.635,17 € festgesetzt.

Gründe:

A.

- 1 Mit Beschluss vom 11. April 2000 eröffnete das Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren über das Vermögen der A. GmbH (fortan: Schuldnerin) und bestellte den weiteren Beteiligten zu 2 zum Insolvenzverwalter. Der weitere Beteiligte zu 2 vereinbarte mit der S. AG (fortan: S-Bank) spätestens im Jahr 2005, Gelder aus von ihm verwalteten Insol-

venzmassen bei der S-Bank in einer Vermögensverwaltung anzulegen. Hierfür versprach der weitere Beteiligte zu 2 der S-Bank Gebühren in Höhe von 1,75 vom Hundert der angelegten Gelder. Von diesen Gebühren floss vereinbarungsgemäß ein erheblicher Anteil an den weiteren Beteiligten zu 2 oder dessen in seinem Insolvenzbüro tätige Lebensgefährtin zurück. Ohne diesen vom weiteren Beteiligten zu 2 verlangten Rückfluss hätte die S-Bank nur Gebühren für die Vermögensverwaltung in Höhe von 1 vom Hundert verlangt. Um den Rückfluss zu verschleiern, stellten der weitere Beteiligte zu 2 und später seine Lebensgefährtin der S-Bank Rechnungen für tatsächlich nicht erbrachte Beratungsleistungen. Der weitere Beteiligte zu 2 übertrug insgesamt 380.000 € aus der Insolvenzmasse der Schuldnerin zur Vermögensverwaltung an die S-Bank. Hierfür erhielten er und seine Lebensgefährtin in den Jahren 2005 bis 2008 insgesamt 11.099,83 € an Rückvergütungen. In gleicher Weise verfuhr der weitere Beteiligte zu 2 in 32 weiteren Gesamtvollstreckungs- und Insolvenzverfahren. Insgesamt betrugen die unrechtmäßigen Rückvergütungen rund 160.000 € in vier Jahren.

- 2 Aufgrund einer Selbstanzeige der S-Bank kam es zu Ermittlungen gegen den weiteren Beteiligten zu 2. Mit Beschluss vom 11. Februar 2010 entließ das Insolvenzgericht den weiteren Beteiligten zu 2 als Insolvenzverwalter und bestellte den weiteren Beteiligten zu 1 zum Insolvenzverwalter. Das Landgericht Hildesheim verurteilte den weiteren Beteiligten zu 2 mit rechtskräftigem Urteil vom 24. November 2015 zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten wegen Untreue in 33 rechtlich zusammentreffenden Fällen. Die Vollstreckung der Freiheitsstrafe wurde zur Bewährung ausgesetzt. Die S-Bank erstattete der jeweiligen Insolvenzmasse die dem weiteren Beteiligten zu 2 unrechtmäßig gezahlten Rückvergütungen aufgrund von Vergleichen mit den neuen Insolvenzverwal-

tern, darunter auch die im vorliegenden Verfahren an den weiteren Beteiligten zu 2 gezahlten 11.099,83 €.

- 3 Der weitere Beteiligte zu 2 hat beantragt, seine Vergütung als Insolvenzverwalter festzusetzen. Das Insolvenzgericht hat diesen Antrag abgelehnt. Auf die vom weiteren Beteiligten zu 2 eingelegte sofortige Beschwerde hat das Landgericht mit Kammerbeschluss das Verfahren auf die Kammer übernommen, den Vergütungsanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache zur Überprüfung der Höhe des Anspruchs an das Insolvenzgericht zurückverwiesen. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebt der weitere Beteiligte zu 1 die Wiederherstellung der abweisenden Entscheidung des Insolvenzgerichts.

B.

- 4 Die Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung der Beschlüsse und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

I.

- 5 Das Beschwerdegericht hat ausgeführt, der Insolvenzverwalter verwerke seinen Anspruch auf Vergütung entsprechend dem § 654 BGB zugrunde liegenden allgemeinen Rechtsgedanken, wenn er vorsätzlich oder grob leichtfertig die ihm obliegende Treuepflicht so schwerwiegend verletzte, dass er sich seines Lohnes als "unwürdig" erweise. Ein solcher Fall liege insbesondere vor,

wenn der Insolvenzverwalter besonders schwerwiegende Pflichtverletzungen in Form von Straftaten zum Nachteil der Masse begangen habe.

6 Nach diesen Maßstäben sei es im Streitfall unverhältnismäßig, dem weiteren Beteiligten zu 2 jede Vergütung zu versagen. Es sei zu berücksichtigen, dass der weitere Beteiligte zu 2 weder bei der Übernahme des Amtes noch während langer Jahre der Ausübung seines Amtes irgendwelche Pflichten verletzt habe. Der hierdurch erzielte Nutzen bleibe von den nachfolgenden Straftaten völlig unberührt. Zu berücksichtigen sei weiter, dass der Masse im Ergebnis durch das strafbare Verhalten des weiteren Beteiligten zu 2 kein Schaden entstanden sei. Im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und den verfassungsrechtlichen Schutz der Tätigkeit des Insolvenzverwalters nach Art. 12 Abs. 1 GG könne nicht angenommen werden, dass der weitere Beteiligte zu 2 sich einer Vergütung gänzlich unwürdig erwiesen habe.

7 Insoweit bedürfe es bei der Anwendung des Rechtsgedankens aus § 654 BGB einer materiellen Rechtfertigung im Sinne der vom Bundesverfassungsgericht zu Art. 12 GG entwickelten Drei-Stufen-Lehre. Dabei sei bereits die Erforderlichkeit einer vollständigen Versagung des Vergütungsanspruchs nicht erkennbar. Im Rahmen der Angemessenheit seien die Gesichtspunkte einander gegenüber zu stellen und gegeneinander abzuwägen. Es laufe auf eine willkürliche Ungleichbehandlung hinaus, unterschiedslos jedem Verwalter sämtliche Vergütungsansprüche zu streichen, unabhängig davon ob er hauptberuflich als Insolvenzverwalter tätig sei, die Straftaten nur in einem oder in mehreren Insolvenzverfahren begangen habe und ob er zum Zeitpunkt der Tatbegehung bereits erhebliche Vergütungsansprüche verdient, diese aber noch nicht einmal als Vorschuss abgerechnet habe. Daher sei der Vergütungsanspruch des wei-

teren Beteiligten zu 2 dem Grunde nach gerechtfertigt; zur Feststellung der Höhe sei die Sache an das Amtsgericht zurückzuverweisen.

II.

8 Die Rechtsbeschwerde ist statthaft und zulässig, nachdem die Kammer die Rechtsbeschwerde zugelassen hat. Sie ist auch begründet. Der weitere Beteiligte zu 1 beanstandet zu Recht, dass das Beschwerdegericht entgegen § 568 Satz 1 ZPO nicht durch den Einzelrichter, sondern durch die Kammer entschieden hat.

9 1. Gemäß § 568 Satz 1 ZPO entscheidet das Beschwerdegericht durch eines seiner Mitglieder als Einzelrichter, wenn die angefochtene Entscheidung von einem Einzelrichter oder einem Rechtspfleger erlassen wurde. Hier hat über den Antrag auf Vergütung in erster Instanz der Rechtspfleger entschieden. In einem solchen Fall ist die Kammer nur dann zur Entscheidung über die Beschwerde berufen, wenn der Einzelrichter durch eine gesonderte Entscheidung das Verfahren dem Beschwerdegericht zur Entscheidung in der im Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Besetzung überträgt (§ 568 Satz 2 ZPO).

10 Dies setzt einen entsprechenden Beschluss des Einzelrichters voraus (BGH, Beschluss vom 21. September 2017 - IX ZB 84/16, WM 2017, 2035 Rn. 10). Daran fehlt es. Vielmehr hat die Kammer mit Beschluss vom 8. Januar 2018 das Verfahren "gemäß § 348 Abs. 3 Satz 2 iVm Satz 1 Nr. 2 ZPO" übernommen. Für das Beschwerdeverfahren regelt § 568 ZPO das Verfahren einer Übertragung. § 348 ZPO gilt nur für erstinstanzliche Verfahren. Danach ist die Kammer - abgesehen von Fällen, in denen die Zuständigkeit des Einzelrichters

zweifelhaft ist (§ 348 Abs. 2 ZPO, vgl. BGH, Beschluss vom 16. September 2003 - X ARZ 175/03, BGHZ 156, 147, 152) - nicht befugt, selbst über die Übertragung eines in die originäre Zuständigkeit des Einzelrichters fallenden Beschwerdeverfahrens zu entscheiden (BGH, Beschluss vom 21. September 2017, aaO Rn. 11).

11 § 568 Satz 3 ZPO steht der von dem weiteren Beteiligten zu 1 erhobenen Besetzungsrüge nicht entgegen (BGH, Beschluss vom 21. September 2017, aaO Rn. 12). Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeerwiderung genügt es für eine Übertragung durch den Einzelrichter nicht, dass der Vorsitzende der Kammer eine Übernahmeentscheidung der Kammer in analoger Anwendung des § 348 Abs. 3 ZPO herbeiführt. Vielmehr hat im Beschwerdeverfahren die Übertragung durch einen aktenkundigen Beschluss des Einzelrichters zu erfolgen, der im Fall des § 568 Satz 1 ZPO hierzu allein entscheidungsbefugt ist.

12 2. Da das Beschwerdegericht zu Unrecht entgegen § 568 Satz 1 ZPO nicht durch den Einzelrichter, sondern durch die Kammer entschieden hat, war es nicht vorschriftsmäßig besetzt (§ 576 Abs. 3, § 547 Nr. 1 ZPO). Angesichts dieses absoluten Rechtsbeschwerdegrundes ist unerheblich, ob sich der angefochtene Beschluss aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 577 Abs. 3 ZPO). Vielmehr sind gemäß § 577 Abs. 4 ZPO der Übernahmebeschluss und der fehlerhaft ergangene Beschluss aufzuheben und die Sache zur erneuten Entscheidung an den zuständigen Einzelrichter zurückzuverweisen (BGH, Beschluss vom 21. September 2017, aaO Rn. 13 mwN).

III.

13 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

14 1. Hat das Beschwerdegericht zu entscheiden, ob der Insolvenzverwalter seinen Vergütungsanspruch wegen einer schwerwiegenden Verletzung der Treuepflicht verwirkt hat, liegen angesichts der Bedeutung dieser Frage für den Insolvenzverwalter und die übrigen Beteiligten regelmäßig die Voraussetzungen des § 568 Satz 2 Nr. 1 ZPO vor. Der Einzelrichter wird die Sache daher - unabhängig von der Frage, ob die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 568 Satz 2 Nr. 2 ZPO hat - schon deshalb auf die Kammer zu übertragen haben.

15 2. Der Insolvenzverwalter verwirkt seinen Vergütungsanspruch (§ 63 InsO), wenn er die ihm obliegende Treuepflicht so schwerwiegend verletzt, dass er sich seines Lohnes als unwürdig erweist. Dies erfordert stets eine umfassende Würdigung der Umstände des Einzelfalls. Sind die Voraussetzungen erfüllt, unter denen ein Insolvenzverwalter seinen Vergütungsanspruch verwirkt, kann dies - anders als das Beschwerdegericht meint - nicht auf eine Kürzung der Vergütung beschränkt werden.

16 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verwirkt der Insolvenzverwalter seinen Anspruch auf Vergütung entsprechend dem der Regelung in § 654 BGB zugrunde liegenden allgemeinen Rechtsgedanken, wenn er vorsätzlich oder grob leichtfertig die ihm obliegende Treuepflicht so schwerwiegend verletzt, dass er sich seines Lohnes als "unwürdig" erweist (BGH, Beschluss vom 6. Mai 2004 - IX ZB 349/02, BGHZ 159, 122, 131 f; vom 9. Juni 2011 - IX ZB 248/09, ZIP 2011, 1526 Rn. 6; vom 6. November 2014 - IX ZB 90/12,

ZIP 2014, 2450 Rn. 13; vom 14. Juli 2016 - IX ZB 52/15, NZI 2016, 892 Rn. 6; vom 21. September 2017 - IX ZB 28/14, ZIP 2017, 2063 Rn. 10; für die Vergütung des Zwangsverwalters: BGH, Beschluss vom 23. September 2009 - V ZB 90/09, NZI 2009, 820 Rn. 8 ff). Da der Insolvenzverwalter einen gemäß Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch auf Vergütung seiner Tätigkeit hat, kommt ein Ausschluss der Vergütung bei Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes allerdings nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht (BGH, Beschluss vom 6. Mai 2004, aaO S. 132; vom 9. Juni 2011, aaO; vom 14. Juli 2016, aaO). Es genügt nicht jede objektiv erhebliche Pflichtverletzung. Die Versagung jeglicher Vergütung kommt vielmehr nur bei einer schweren, subjektiv in hohem Maße vorwerfbaren Verletzung der Treuepflicht in Betracht. Ein solcher Fall liegt insbesondere dann vor, wenn der Insolvenzverwalter besonders schwerwiegende Pflichtverletzungen in Form von Straftaten zum Nachteil der Masse begangen hat (BGH, Beschluss vom 14. Juli 2016, aaO; vom 21. September 2017, aaO).

17 b) Diese Voraussetzungen sind im Regelfall erfüllt, wenn der Insolvenzverwalter zu Lasten der verwalteten Masse eine strafbare Untreue begeht, um sich oder seine Angehörigen zu bereichern.

18 aa) Insoweit hat das Beschwerdegericht der vom weiteren Beteiligten zu 2 begangenen vorsätzlichen Straftat nicht die ihr zukommende Bedeutung beigemessen.

19 (1) Die Verwirkung des Anspruchs eines Insolvenzverwalters auf Vergütung findet ihren inneren Grund in dem schweren Treuebruch gegenüber dem Insolvenzgericht, das ihn bestellt hat (BGH, Beschluss vom 14. Juli 2016, aaO Rn. 8; vom 21. September 2017, aaO Rn. 11). Deshalb kann die Verwirkung

des Vergütungsanspruchs regelmäßig nur auf Pflichtverletzungen des Verwalters bei der Ausübung des konkreten Amtes gestützt werden, für das er eine Vergütung beansprucht (BGH, Beschluss vom 21. September 2017, aaO). Hat der Insolvenzverwalter in Ausübung eines konkreten Amtes einen schweren Treuebruch gegenüber dem Insolvenzgericht begangen, ist umgekehrt ein pflichtgemäßes Verhalten des Insolvenzverwalters in anderen Insolvenzverfahren nicht geeignet, die Verwirkung seines Vergütungsanspruchs auszuschließen. Zu würdigen sind stets die Umstände im Hinblick auf die dem Insolvenzverwalter gegenüber dem Insolvenzgericht obliegende Treuepflicht.

20 (2) Im Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Beschwerdegericht an, dass eine schwere, subjektiv in hohem Maße vorwerfbare Verletzung der Treuepflicht insbesondere dann vorliegt, wenn der Insolvenzverwalter besonders schwerwiegende Pflichtverletzungen in Form von Straftaten zum Nachteil der Masse begangen hat (BGH, Beschluss vom 14. Juli 2016, aaO; vom 21. September 2017, aaO). Hierbei wird das Beschwerdegericht die Umstände und das Gewicht der Straftat nach Art, Zielrichtung, Dauer und Ausmaß der Straftat zu würdigen und insbesondere zu berücksichtigen haben, inwieweit die Straftat auf einem systematischen Vorgehen des weiteren Beteiligten zu 2 zum Nachteil der Insolvenzmasse und zu seinem eigenen Vorteil beruhte. Dem wird die bisherige Würdigung des Beschwerdegerichts nicht gerecht.

21 Begeht der Insolvenzverwalter die vorsätzliche Straftat zum Nachteil der Masse, um sich oder einen nahen Angehörigen zu bereichern, handelt er regelmäßig in besonders schwerem Maß verwerflich. Dies gilt insbesondere, als es sich bei der vom weiteren Beteiligten zu 2 vorsätzlich begangenen Untreue nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts nicht um eine Einzeltat geringen Gewichts handelt, sondern um ein systematisches Vorgehen des Insol-

venzverwalters, das dieser über mehrere Jahre zum Nachteil der Insolvenzmasse fortgesetzt hat. Sorgt der Insolvenzverwalter über einen längerem Zeitraum durch ein systematisches Vorgehen dafür, für sich oder seine Angehörigen wirtschaftliche Vorteile aus der Verwaltung der Masse zu ziehen, die zum Nachteil der Insolvenzmasse gehen, und begeht er dabei eine strafbare Untreue, hat er regelmäßig seinen Vergütungsanspruch verwirkt. Denn mit diesem Verhalten missachtet der Insolvenzverwalter eine seiner Hauptpflichten, die Insolvenzmasse zu sichern und zu erhalten (BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 - IX ZR 144/10, BGHZ 189, 299 Rn. 49; vom 26. Juni 2014 - IX ZR 162/13, WM 2014, 1434 Rn. 18; Beschluss vom 14. Juli 2016 - IX ZB 52/15, NZI 2016, 892 Rn. 8), und verlässt damit die grundlegende Vertrauensbasis, auf der seine Bestellung durch das Insolvenzgericht beruht. Die an einen Insolvenzverwalter gestellte Erwartung, er werde im Rahmen seiner Amtsausübung weder sich noch seine Angehörigen in strafbarer Weise vorsätzlich zu Lasten der Masse bereichern, enthält elementare, einfach zu erfüllende Anforderungen und betrifft den Kern der Treuepflicht.

22 Die übrigen vom Beschwerdegericht herangezogenen Umstände sind bereits aus Rechtsgründen nicht geeignet, das Gewicht der Treuepflichtverletzung zu verringern. Ob ein anderer Tatbeteiligter den unmittelbar durch die Bereicherung des weiteren Beteiligten zu 2 und seiner Lebensgefährtin für die Masse eingetretenen Schaden ausgeglichen hat, ist unerheblich. Da maßgeblicher Gesichtspunkt die Treuepflicht des Insolvenzverwalters ist, sind grundsätzlich nur in seiner Person und seinem Verhalten in dem betroffenen Insolvenzverfahren liegende Umstände geeignet, das Gewicht einer begangenen Treuepflichtverletzung zu mindern. Die Schadenswiedergutmachung durch einen Dritten zählt nicht hierzu. Im Übrigen übersieht das Beschwerdegericht, dass der Schaden für die Insolvenzmasse nicht allein in den Rückvergütungen an den

weiteren Beteiligten zu 2 und seine Lebensgefährtin liegt, sondern allgemein in der um 0,75 vom Hundert höheren Vergütung. Unerheblich ist weiter, ob der weitere Beteiligte zu 2 sich in anderen Insolvenzverfahren pflichtgemäß verhalten hat oder ob der weitere Beteiligte zu 2 auch Einkünfte aus einer anderen Tätigkeit erzielt. Beide Umstände berühren das Gewicht einer im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin begangenen Treuepflichtverletzung regelmäßig nicht.

23 bb) Kommt das Beschwerdegericht bei der Gesamtwürdigung zur - naheliegenden - Überzeugung, dass der weitere Beteiligte zu 2 vorsätzlich oder grob leichtfertig die ihm obliegende Treuepflicht so schwerwiegend verletzt hat, dass er sich seines Lohnes als "unwürdig" erweist und deshalb die Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen ein Insolvenzverwalter seinen Vergütungsanspruch verwirkt, scheidet eine bloße Kürzung der Vergütung auf einen - noch angemessenen - (Rest-)Betrag bereits aus Rechtsgründen aus. Vielmehr führt die Verwirkung dazu, dass der Insolvenzverwalter mit seinem Anspruch auf Vergütung insgesamt ausgeschlossen ist.

24 (1) Die Insolvenzverwaltervergütung ist als Tätigkeitsvergütung ausgestaltet, so dass der Einwand mangelhafter oder erfolgloser Leistung - von der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen abgesehen - die Höhe der Vergütung grundsätzlich nicht zu beeinflussen vermag (BGH, Beschluss vom 6. Mai 2004 - IX ZB 349/02, BGHZ 159, 122, 130). Deshalb hat auch ein Verwalter, der gemäß § 59 Abs. 1 InsO vom Insolvenzgericht aus wichtigem Grund entlassen worden ist, grundsätzlich einen Anspruch auf Festsetzung der Vergütung für seine bisherige Tätigkeit (BGH, aaO). Pflichtverletzungen des Verwalters können daher grundsätzlich nicht zu einer Minderung der Vergütung führen (BGH, Beschluss vom 6. Mai 2004, aaO; vom 13. Juli 2006 - IX ZB 104/05,

BGHZ 168, 321 Rn. 25; vom 6. November 2014 - IX ZB 90/12, WM 2014, 2329 Rn. 12; zur Vergütung des Rechtsanwalts vgl. BGH, Urteil vom 4. Februar 2010 - IX ZR 18/09, BGHZ 184, 209 Rn. 55).

25 Dies gilt regelmäßig auch bei schweren Pflichtverletzungen des Verwalters. Die vom Beschwerdegericht für möglich gehaltene Kürzung für eine treuwidrige Pflichtverletzung, die keine vollständige Verwirkung rechtfertigt, läuft auf eine Minderung der Vergütung für Schlechtleistung hinaus. Dies widerspricht dem Grundsatz, dass die Insolvenzverwaltervergütung eine Tätigkeitsvergütung darstellt, die dem Insolvenzverwalter grundsätzlich unabhängig von Pflichtverletzungen zusteht. Die Rechtsauffassung des Beschwerdegerichts erweitert zudem entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach der verfassungsrechtlich verbürgte Anspruch des Insolvenzverwalters auf eine seiner Qualifikation und Tätigkeit angemessene Vergütung und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine enge Begrenzung der Fälle gebieten, in denen ein Anspruch auf Vergütung ausgeschlossen ist (BGH, Beschluss vom 6. Mai 2004 - IX ZB 349/02, BGHZ 159, 122, 132; vom 9. Juni 2011 - IX ZB 248/09, ZIP 2011, 1526 Rn. 6; vom 14. Juli 2016 - IX ZB 52/15, NZI 2016, 892 Rn. 6; vom 21. September 2017 - IX ZB 28/14, ZIP 2017, 2063 Rn. 10), den Anwendungsbereich des aus § 654 BGB folgenden allgemeinen Rechtsgedankens auf Pflichtverletzungen, die keinen Ausschluss der Vergütung rechtfertigen.

26 (2) Anders als das Beschwerdegericht annimmt, richten sich Voraussetzungen und Rechtsfolge der Verwirkung nicht nach Art. 12 GG. Maßstab für die Frage, ob der Vergütungsanspruch entfällt, ist der aus § 654 BGB folgende allgemeine Grundgedanke, dass ein Makler unter vorsätzlicher oder grob leichtfertiger Verletzung wesentlicher Vertragspflichten den Interessen seiner Auftraggeber in wesentlicher Weise zuwidergehandelt hat. Die Verwirkung des An-

spruchs auf Maklerlohn hat Strafcharakter und soll den Makler bei Vermeidung des Verlustes seiner Vergütung dazu anhalten, die ihm gegenüber seinem Auftraggeber obliegende Treuepflicht zu wahren. Dass dem Auftraggeber ein Schaden entstanden ist, setzt die Anwendung der Vorschrift nicht voraus. Entscheidendes Gewicht liegt bei der Frage der subjektiven Vorwerfbarkeit der Treuepflichtverletzung, aufgrund derer der Makler den Lohn nach allgemeinem Rechts- und Billigkeitsempfinden nicht verdient hat, sondern sich seines Lohnes "unwürdig" erweist (BGH, Beschluss vom 6. Mai 2004 - IX ZB 349/02, BGHZ 159, 122, 131 mwN).

27 Lediglich hinsichtlich der Frage, ob das Verhalten des Insolvenzverwalters tatsächlich treuwidrig ist, sind die Anforderungen an die zur Verwirkung führende Treuwidrigkeit im Lichte des Art. 12 GG hoch anzusetzen. Da der Insolvenzverwalter einen gemäß Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf eine seiner Qualifikation und Tätigkeit angemessene Vergütung hat, gebietet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine enge Begrenzung der Fälle, in denen ein Anspruch auf Vergütung ausgeschlossen ist (BGH, Beschluss vom 6. Mai 2004 - IX ZB 349/02, BGHZ 159, 122, 132). Dem trägt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Rechnung, indem die Verwirkung auf die Fälle einer schweren, subjektiv in hohem Maße vorwerfbaren Verletzung der Treuepflicht beschränkt wird.

28 Die Erwägungen des Beschwerdegerichts geben keinen Grund, hiervon abzuweichen. Es geht nicht an, in Fällen, in denen die hohen Anforderungen an eine zur Verwirkung führende Treuwidrigkeit bei einem Insolvenzverwalter erfüllt sind, dem Insolvenzverwalter gleichwohl einen teilweisen Vergütungsanspruch zuzusprechen. Hierbei ist nicht zuletzt zu berücksichtigen, dass die Masse mit zusätzlichen Vergütungsansprüchen belastet wird, sofern dem grob

pflichtwidrig handelnden Insolvenzverwalter sein Vergütungsanspruch belassen wird. Ob insoweit Ansprüche des entlassenen Verwalters aus ungerechtfertigter Bereicherung in Betracht kommen, ist nicht im Vergütungsfestsetzungsverfahren zu entscheiden (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Mai 2004 - IX ZB 349/02, BGHZ 159, 122, 133 f).

29 (3) Zu Unrecht will das Beschwerdegericht berücksichtigen, ob der Verwalter bereits teilweise Vorschüsse hat abrechnen können. In den Fällen, in denen - wie im vorliegenden Fall - der Verwalter zu Lasten der verwalteten Masse eine strafbare Untreue begangen hat, um sich oder seine Angehörigen zu bereichern, steht es einer Verwirkung des Anspruchs auf Vergütung nicht entgegen, dass der Verwalter für seine bisherige Tätigkeit noch keine Vorschüsse erhalten hat. Unabhängig von der Frage, unter welchen Umständen der Insolvenzverwalter einen bereits erhaltenen Vorschuss an die Masse zu erstatten hat, enthält die Zustimmung des Insolvenzgerichts, dass der Insolvenzverwalter gemäß § 9 InsVV einen Vorschuss auf die Vergütung und Auslagen aus der Masse entnehmen kann, keine bindende Entscheidung über die gemäß § 64 Abs. 1 InsO, § 8 Abs. 1 InsVV festzusetzende Vergütung. Demgemäß stünde dies einer Verwirkung der gesamten Vergütung nicht entgegen. Umgekehrt setzt eine Verwirkung gerade nicht voraus, dass der Insolvenzverwalter jedenfalls teilweise vergütet wird.

30 c) Die Verwirkung des Anspruchs auf Vergütung erstreckt sich regelmäßig auch auf die vom Insolvenzverwalter als Pauschsatz gemäß § 8 Abs. 3 InsVV geltend gemachten Auslagen (in der Sache ebenso BGH, Beschluss vom 9. Juni 2011 - IX ZB 248/09, ZIP 2011, 1526; vom 14. Juli 2016 - IX ZB 52/15, NZI 2016, 892; vgl. auch BGH, Beschluss vom 23. September 2009 - V ZB 90/09, NZI 2009, 820 Rn. 30 zum Auslagenersatz des Zwangsverwalters). Ob

etwas anderes gilt, wenn der Insolvenzverwalter statt des Pauschsatzes gemäß § 4 Abs. 2 InsVV die ihm tatsächlich entstandenen Auslagen geltend macht (offen gelassen von BGH, Beschluss vom 6. Mai 2004 - IX ZB 349/02, BGHZ 159, 122, 134), kann dahinstehen. Der weitere Beteiligte zu 2 macht solches nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts nicht geltend.

Kayser

Gehrlein

Grupp

Schoppmeyer

Röhl

Vorinstanzen:

AG Halle (Saale), Entscheidung vom 20.10.2017 - 59 IN 340/00 -

LG Halle, Entscheidung vom 08.01.2018 - 3 T 34/17 -