



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

IX ZR 190/13

Verkündet am:  
16. Oktober 2014  
Preuß  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

BGB § 839 Fi; GG Art. 34; InsO §§ 58, 64; InsVV § 9

- a) Stimmt das Insolvenzgericht schuldhaft amtspflichtwidrig der Entnahme eines Vorschusses aus der Masse nicht zu, stellt der nicht bewilligte Vorschuss keinen Schaden im Rechtssinne dar; der Verwalter kann lediglich Ersatz des Verzögerungsschadens verlangen.
- b) Der Verwalter, der keinen Vorschuss aus der Masse entnehmen durfte, kann Ersatz seines Ausfallschadens erst nach der endgültigen Festsetzung seiner Vergütung und der Feststellung des Ausfalls verlangen.
- c) Die Entscheidung des Insolvenzgerichts, der Entnahme eines Vorschusses aus der Masse nicht zuzustimmen, stellt nur dann eine schuldhafte Amtspflichtverletzung dar, wenn sie objektiv unvertretbar ist.

BGH, Urteil vom 16. Oktober 2014 - IX ZR 190/13 - OLG Braunschweig  
LG Göttingen

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, den Richter Vill, die Richterin Lohmann, die Richter Dr. Fischer und Dr. Pape

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Schlussurteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 24. Juli 2013 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision des Beklagten wird das vorbezeichnete Urteil aufgehoben. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Göttingen wird zurückgewiesen, soweit nicht durch das Teilurteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 27. Februar 2013 über sie entschieden worden ist.

Die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger war in zwei Insolvenzverfahren zum Insolvenzverwalter bestellt. Er nimmt das beklagte Land unter dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung auf Schadensersatz in Anspruch, nachdem das zuständige Insolvenzgericht die Genehmigung zur Entnahme von Vorschüssen verweigert hat.
  
- 2 Der Kläger war Verwalter in dem am 1. April 2001 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der B. GmbH (Insolvenzverfahren 1). Am 23. Juli 2001 zeigte er Masseunzulänglichkeit an. Mit Schreiben vom 4. Juli 2007 beantragte er einen Vorschuss von 69.000 € zuzüglich Umsatzsteuer. Mit Beschluss vom 11. April 2008 lehnte das Insolvenzgericht - Rechtspfleger - den Antrag ab. In der Begründung wurde auf den Bericht eines am 10. November 2005 eingesetzten Sonderinsolvenzverwalters Bezug genommen, in welchem Ansprüche der Masse gegen den Kläger in nicht unerheblichem Umfang beschrieben würden. Außerdem seien zwischenzeitlich die Berechnungen der Teilungsmassen vorgelegt worden, nicht jedoch die Belege. Gegen diesen Beschluss legte der Verwalter am 29. April 2008 ein als "Beschwerde" bezeichnetes Rechtsmittel ein. Mit Beschluss vom 25. Januar 2010 wies der zuständige Insolvenzrichter die Erinnerung zurück. Der Sonderinsolvenzverwalter habe in einem Prüfbericht vom 21. Dezember 2007 festgestellt, dass der Masse Ansprüche gegen den Kläger in einer den beantragten Vorschuss um ein Vielfaches übersteigenden Höhe zustünden. Bei dieser Sachlage könne ein Vorschuss nicht verlangt werden.
  
- 3 Der Kläger war außerdem Verwalter in dem am 1. April 2001 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der D. GmbH & Co. KG (Insolvenzverfahren 2). Mit Beschluss vom 20. Juni 2002 bewilligte das Insolvenz-

gericht einen Vorschuss auf die Vergütung in Höhe von 58.000 € und gestattete dem Kläger dessen Entnahme aus der Masse. Am 9. Oktober 2006 beantragte der Kläger, für den Zeitraum vom 1. April 2001 bis Oktober 2006 einen Auslagenvorschuss von (66 x 250 =) 16.500 € zuzüglich Umsatzsteuer festzusetzen und ihm zu gestatten, diesen der Masse zu entnehmen. Unter dem 19. Mai 2008 beantragte der Kläger einen Auslagenvorschuss in Höhe von nunmehr (85 x 250 =) 21.250 € zuzüglich Umsatzsteuer. Mit Beschluss vom 8. August 2008 bewilligte das Insolvenzgericht - Rechtspflegerin - einen Vorschuss auf die Auslagen für die Zeit vom 1. April 2001 bis zum 31. Dezember 2006 in Höhe von 17.250 € zuzüglich Umsatzsteuer, gestattete dem Kläger jedoch nicht, den Vorschuss der Masse zu entnehmen. In der Begründung heißt es, Auslagen könnten nur bis zu demjenigen Zeitpunkt verlangt werden, zu dem das Verfahren bei ordnungsgemäßer Verwaltung abgeschlossen worden wäre. Wegen nach wie vor fehlender Rechnungslegung könne dieser Zeitpunkt nicht festgestellt werden, was zu Lasten des Verwalters gehe. Eine Entnahme komme nicht in Betracht, solange der Verwalter nicht ordnungsgemäß Rechnung lege und sich den Maßnahmen des Insolvenzgerichts gemäß § 58 InsO entziehe. Überdies habe der Sonderinsolvenzverwalter im Prüfungsbericht vom 12. Februar 2007 aus einem die S. G. betreffenden Vorgang Schadensersatzansprüche gegen den Verwalter hergeleitet, so dass ein Zurückbehaltungsrecht bestehe. Der Kläger legte Beschwerde gegen diesen Beschluss ein. Mit Beschluss vom 16. April 2010 wies der Insolvenzrichter die als Erinnerung zu wertende Beschwerde des Klägers unter Bezugnahme auf die Gründe des Beschlusses vom 25. Januar 2010 im Insolvenzverfahren 1 und wegen fehlender Rechnungslegung zurück.

- 4 Der Kläger hat das beklagte Land zunächst wegen eines anderen Vorgangs im Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der

D. GmbH & Co. KG auf Schadensersatz und Schmerzensgeld in Anspruch genommen; diese Ansprüche sind durch rechtskräftiges Teilurteil beschieden worden. Mit Schriftsatz vom 3. Mai 2010, zugestellt am 7. Mai 2010, hat er beantragt, das beklagte Land zur Zahlung von 69.815,32 € nebst Zinsen zu verurteilen, weil im Insolvenzverfahren über das Vermögen der B. GmbH der beantragte Vorschuss nicht festgesetzt worden sei. Mit Schriftsatz vom 7. Juni 2010, zugestellt am 20. Juli 2010, hat er die Klage wegen des Auslagenvorschusses im Insolvenzverfahren über das Vermögen der D. GmbH & Co. KG um weitere 25.287,50 € erweitert. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht festgestellt, dass das beklagte Land verpflichtet sei, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der dadurch entstehe, dass das Amtsgericht den Antrag vom 4. Juli 2007 sowie die Anträge vom 9. Oktober 2006 und vom 19. Mai 2008 zurückgewiesen habe; die Zahlungsanträge hat es unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung als derzeit unbegründet abgewiesen. Es hat die Revision zur Klärung der Frage zugelassen, unter welchen Voraussetzungen Amtshaftungsansprüche des Insolvenzverwalters bestünden, der von einer schuldhaften Verzögerung oder Versagung eines beantragten Kostenvorschusses betroffen sei. Beide Parteien haben Revision eingelegt. Der Kläger will die Verurteilung des beklagten Landes nach den vorrangig gestellten Zahlungsanträgen erreichen, während das beklagte Land die Wiederherstellung des klagabweisenden Urteils des Landgerichts erstrebt.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision des Klägers bleibt ohne Erfolg. Die Revision des beklagten Landes führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Abweisung der Klage, soweit über diese noch nicht durch das rechtskräftige Teilurteil vom 27. Februar 2013 entschieden worden ist.

6 A. Revision des Klägers

I.

7 Soweit das Berufungsgericht die Zahlungsanträge als derzeit unbegründet abgewiesen hat, hat es ausgeführt: Die geltend gemachten Zahlungsansprüche bestünden noch nicht, weil dem Kläger nach wie vor insolvenzrechtliche Vergütungsansprüche zustünden, er die Höhe seiner auf Amtshaftung beruhenden Schadensersatzansprüche daher noch nicht beziffern könne. Die Ablehnung der Bewilligung eines Vorschusses habe keinen Einfluss auf den Vergütungsanspruch, der fortbestehe. Der Kläger könne nicht zwischen dem Vergütungs- und dem Schadensersatzanspruch wählen. Schadensersatz könne er vielmehr erst dann verlangen, wenn feststehe, in welcher Höhe er seinen Vergütungsanspruch habe durchsetzen können. Einen Verspätungsschaden habe der Kläger nicht dargelegt.

II.

8            Diese Ausführungen halten im Ergebnis einer rechtlichen Überprüfung  
stand.

9            1. Der Schaden, den der Kläger geltend macht, liegt in der Nichterfüllung  
seiner Ansprüche auf Vorschuss auf seine Vergütungs- und Auslagenerstat-  
tungsansprüche in den Verfahren 1 und 2. Der Insolvenzverwalter hat gemäß  
§ 63 Abs. 1 Satz 1 InsO Anspruch auf Vergütung für seine Geschäftsführung  
und auf Erstattung angemessener Auslagen. Die Vergütung und die Auslagen  
werden auf Antrag des Insolvenzverwalters vom Insolvenzgericht festgesetzt  
(§ 8 Abs. 1 InsVV). Der Vergütungsanspruch entsteht jedoch schon mit der Tä-  
tigkeit des Verwalters, nicht erst mit der Festsetzung durch das Insolvenzgericht  
(BGH, Urteil vom 5. Dezember 1991 - IX ZR 275/90, BGHZ 116, 233, 242; Be-  
schluss vom 1. Oktober 2002 - IX ZB 53/02, WM 2002, 2476, 2477; Urteil vom  
17. November 2005 - IX ZR 179/04, BGHZ 165, 96, 101). Nach § 9 InsVV kann  
der Verwalter aus der Insolvenzmasse einen Vorschuss auf die Vergütung und  
die Auslagen entnehmen, wenn das Insolvenzgericht zustimmt. Die Zustim-  
mung soll erteilt werden, wenn das Insolvenzverfahren länger als sechs Monate  
dauert oder wenn besonders hohe Auslagen erforderlich werden. Dadurch soll  
das Ausfallrisiko des Verwalters ausgeschaltet oder jedenfalls verringert werden  
(BGH, Beschluss vom 1. Oktober 2002, aaO). Nach Ansicht des Verordnungs-  
gebers ist es außerdem insbesondere Berufsanfängern nicht zumutbar, länger  
als ein halbes Jahr auf ihre Vergütung zu warten und dabei noch die Auslagen  
aus eigenen Mitteln aufzubringen (vgl. die nicht amtlich veröffentlichte Begrün-  
dung des Entwurfs einer Insolvenzrechtlichen Vergütungsverordnung vom  
29. Dezember 1997 in Kübler/Prütting/Bork, InsO, Anh. II InsVV S. 17 zu § 9).

10                    2. Die Nichterfüllung eines mangels Festsetzung noch nicht fälligen Vergütungsanspruchs stellt für sich genommen jedoch keinen Schaden dar.

11                    a) Allerdings liegt der Fall hier anders als diejenigen Fälle, welche den vom Berufungsgericht herangezogenen Urteilen des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 17. Oktober 1955 - III ZR 49/54, WM 1956, 65; vom 24. Februar 1955 - III ZR 152/53, nv) zugrunde lagen. Seinerzeit richtete sich der (unterstellt) amtspflichtwidrig nicht erfüllte Anspruch gegen denselben Anspruchsgegner, ein Land, wie der sodann gerichtlich geltend gemachte Amtshaftungsanspruch. Der Bundesgerichtshof hat die genannten Urteile unter anderem mit der Überlegung begründet, dass die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für die Entscheidung über den nicht erfüllten Primäranspruch nicht durch die Amtshaftungsklage vor den ordentlichen Gerichten umgangen werden könne.

12                    Der Vorschussanspruch richtete sich nicht gegen das beklagte Land. Er wäre vielmehr, hätte das Insolvenzgericht der Entnahme eines Vorschusses aus der Masse zugestimmt, aus der Insolvenzmasse zu befriedigen gewesen. Die Zuständigkeit des Insolvenzgerichts wird hier nicht "umgangen". Der Kläger hat vielmehr den in der Insolvenzordnung und im Rechtspflegergesetz vorgesehenen Weg beschritten, nämlich eine Entscheidung des Insolvenzgerichts beantragt und gegen die ablehnenden Entscheidungen Erinnerung eingelegt.

13                    b) Zutreffend ist jedoch die weitere Überlegung des Berufungsgerichts, dass dem Kläger als Gläubiger des Vergütungs- ebenso wie des Vorschussanspruchs kein Wahlrecht zwischen dem Primär- und dem Sekundäranspruch zusteht. Die Beschlüsse, mit denen das Insolvenzgericht die Zustimmung zur Entnahme eines Vorschusses auf die Vergütung im Insolvenzverfahren 1 und auf die Auslagen im Insolvenzverfahren 2 abgelehnt hat, ließen die Ansprüche



des Klägers auf Vergütung und Auslagenerstattung in den jeweiligen Verfahren unberührt. Die Verweigerung der Bewilligung eines Vorschusses hat nur vorläufige Bedeutung. Sie bedeutet nicht, dass dem Verwalter kein Vergütungsanspruch zusteht (BGH, Beschluss vom 1. Oktober 2002, aaO S. 2478), und hindert ihn auch nicht, nach Ablauf weiterer sechs Monate oder mit neuer Begründung erneut einen Vorschuss auf die Vergütung und den Anspruch auf Auslagenerstattung zu beantragen.

14            3. Ein Schaden kann allerdings dadurch entstanden sein, dass dem Kläger als Folge der ablehnenden Beschlüsse liquide Mittel vorenthalten worden sind. In Betracht kommen insbesondere Zinsschäden zur Finanzierung von Vorhaltekosten. Einen solchen Schaden hat der Kläger, wie die Revision nicht in Zweifel zieht, in den Tatsacheninstanzen nicht dargelegt.

15            Einen erstattungsfähigen Ausfallsschaden hat das Berufungsgericht weder im Verfahren 1 noch im Verfahren 2 feststellen können. Der Kläger beanstandet zwar, dass er hinsichtlich des Verfahrens 1 einen unzureichenden, seinen Vergütungsanspruch nicht mehr deckenden Massebestand dargelegt und unter Beweis gestellt habe. Diesem Vortrag brauchte das Berufungsgericht jedoch nicht nachzugehen. Ob der Kläger mit seinem Vergütungsanspruch ganz oder teilweise ausfallen wird, lässt sich erst dann feststellen, wenn die Höhe des Vergütungsanspruchs des Klägers feststeht. Diese ist im hierfür vorgeschriebenen Verfahren nach § 64 InsO zu ermitteln. In einem Zivilprozess gleich welchen Gegenstandes kann die Höhe der Vergütung nicht bindend festgelegt werden. Das hat der Senat für den Fall des Rückforderungsanspruchs des Sonderverwalters gegen den Sequester entschieden (BGH, Urteil vom 17. November 2005 - IX ZR 179/04, BGHZ 165, 96, 106). Im Rahmen eines Amtshaftungsanspruchs eines Insolvenzverwalters gegen die Anstellungskör-

perschaft des zuständigen Insolvenzgerichts kann nichts anderes gelten; denn auch an diesem Rechtsstreit sind der Schuldner und die Insolvenzgläubiger nicht beteiligt, die im Verfahren über die Festsetzung der Vergütung zu beteiligen und gemäß § 64 Abs. 3 InsO beschwerdeberechtigt sind.

16 B. Revision des beklagten Landes

I.

17 Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Beschlüsse des Amtsgerichts Göttingen vom 11. April 2008 und vom 25. Januar 2010 sowie vom 8. August 2008 und vom 16. April 2010 seien schuldhaft amtspflichtwidrig gewesen. Das Gericht habe die Zustimmung zur Entnahme eines Vorschusses objektiv unvertretbar verweigert. Der Anspruch aus § 9 InsVV müsse unverzüglich erfüllt werden. Das Gericht habe jedoch deutlich verzögert über die Anträge des Klägers entschieden. Ob diese Anträge den Anforderungen des § 9 InsVV genügt hätten, könne offenbleiben. Die Zustimmung zur Entnahme habe nicht mit dem Hinweis auf eine verzögerte oder vernachlässigte Abwicklungstätigkeit abgelehnt werden dürfen; denn bei der Verwaltervergütung handele es sich um eine reine Tätigkeitsvergütung. Eine Versagung der Vergütung komme nur ausnahmsweise bei gewichtigen vorsätzlichen oder zumindest leichtfertigen Pflichtverstößen in Betracht. Solche habe das Amtsgericht nicht festgestellt. Der Verweis auf den Prüfbericht des Sonderinsolvenzverwalters reiche insoweit nicht aus. Eine Aufrechnungslage habe nicht bestanden; zudem sei eine Aufrechnung im Vergütungs- oder Kostenfestsetzungsverfahren unzulässig. Ein Zu-

rückbehaltungsrecht scheidere ebenfalls am Fehlen einer fälligen Gegenforderung.

II.

18            Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die vom Kläger beanstandeten Beschlüsse des Insolvenzgerichts stellen keine schuldhafte Amtspflichtverletzungen im Sinne von § 839 Abs. 1 BGB dar.

19            1. Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er gemäß § 839 Abs. 1 BGB dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Richter und Rechtspfleger können "Beamte" im haftungsrechtlichen Sinne sein. Schuldhaft ist ein Handeln, welches objektiv pflichtwidrig und subjektiv vorwerfbar ist. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, hat das Regressgericht eigenständig zu beurteilen. Für richterliche Amtspflichtverletzungen bei der Rechtsanwendung und Gesetzesauslegung außerhalb des Anwendungsbereichs des § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB ist allerdings der Verfassungsgrundsatz der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG) zu beachten. Ein Schuldvorwurf kann dem Richter nur bei besonders groben Pflichtverstößen gemacht werden. Inhaltlich läuft dies auf eine Haftung nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit hinaus. Richterliche Maßnahmen und Entscheidungen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB werden nicht auf ihre Richtigkeit, sondern nur auf ihre Vertretbarkeit überprüft (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 1991 - III ZR 9/91, NJW-RR 1992, 919; Urteil vom 3. Juli 2003 - III ZR 326/02, BGHZ 155, 306, 309 f; vom 5. Oktober 2006 - III ZR 283/05, NJW 2007, 224 Rn. 19; vom

4. November 2010 - III ZR 32/10, BGHZ 187, 286 Rn. 14; vom 5. Dezember 2013 - III ZR 73/13, BGHZ 199, 190 Rn. 45).

20            Der Rechtspfleger ist kein Richter im Sinne des Verfassungsrechts (Art. 2, 97 Abs. 1 GG). Gemäß § 9 RPfIG ist er jedoch in seiner Amtsausübung in gleicher Weise sachlich unabhängig und nur an Recht und Gesetz gebunden. Die an ihn im Rahmen seiner Zuständigkeit bei der Rechtsanwendung und Gesetzesauslegung anzulegenden Sorgfaltsmaßstäbe müssen diesem Umstand Rechnung tragen. Ein rechtswidriges und schuldhaftes Handeln des Rechtspflegers kann deshalb ebenfalls nur bejaht werden, wenn die seiner Entscheidung zugrunde gelegte Rechtsansicht objektiv nicht mehr vertretbar erscheint (BGH, Urteil vom 5. Oktober 2006, aaO Rn. 20; vom 22. Januar 2009 - III ZR 172/08, WM 2009, 613 Rn. 13).

21            2. Der Beschluss des Insolvenzgerichts vom 11. April 2008 in der Fassung der Erinnerungsentscheidung vom 25. Januar 2010 im Verfahren 1 erfüllt die genannten Haftungsvoraussetzungen nicht.

22            a) Der Rechtspfleger hat den Antrag auf Festsetzung eines Vorschusses zum einen deshalb zurückgewiesen, weil der Kläger ihm zwar die Berechnung der Teilungsmassen für drei (von fünf) Niederlassungen der Schuldnerin beigelegt habe, nicht jedoch die Belege hierzu.

23            aa) Der Rechtspfleger durfte die Zustimmung zur Entnahme eines Vorschusses von der nachvollziehbaren Berechnung der Teilungsmasse und der Vorlage von Belegen, die dieser Berechnung zugrunde lagen, abhängig machen. Der Vorschrift des § 9 InsVV lässt sich nicht unmittelbar entnehmen, welche Angaben ein Vorschussantrag des Verwalters enthalten muss. Sinn der

Vorschrift des § 9 InsVV ist es jedoch, nach Ablauf eines halben Jahres mindestens die vom Verwalter bis dahin erbrachten Tätigkeiten zu vergüten. Die zu erwartende Berechnungsgrundlage ist deshalb grundsätzlich § 1 InsVV zu entnehmen (BGH, Beschluss vom 1. Oktober 2002 - IX ZB 53/02, WM 2002, 2476, 2478), also nach dem Wert der Masse zu ermitteln, auf die sich voraussichtlich die Schlussrechnung beziehen wird (HK-InsO/Keller, 7. Aufl., § 9 InsVV Rn. 7; Nicht/Schildt, NZI 2010, 466, 467). Wenn der Verwalter keinen weitergehenden Antrag stellt, kann der Vorschuss auch auf der Grundlage desjenigen Betrages berechnet werden, den der Verwalter bis zur Antragstellung bereits realisiert hat (vgl. MünchKomm-InsO/Stephan, 3. Aufl., § 9 InsVV Rn. 20; Graeber/Graeber, InsVV, § 9 Rn. 24; Schulz, NZI 2006, 446, 448). Der Rechtspfleger, der gemäß § 3 Nr. 2 lit. e, § 18 Abs. 1 RPfIG im eröffneten Verfahren über die Zustimmung zur Entnahme eines Vorschusses zu entscheiden hat, ist zur Prüfung des Antrags nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Welche Unterlagen er sich vorlegen lässt, steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen.

- 24           bb) Nach dem festgestellten Sachverhalt, insbesondere nach der im Tatbestand des Berufungsurteils wiedergegebenen Korrespondenz zwischen dem Insolvenzgericht und dem Kläger, hat der Rechtspfleger sein hiernach bestehendes Ermessen nicht in objektiv unvertretbarer Weise ausgeübt. Der Kläger scheint den Vorschuss nach der im Zeitpunkt der Antragstellung vorhandenen Masse berechnet zu haben. In einem an das Insolvenzgericht gerichteten Schreiben vom 6. August 2007 hat er eingeräumt, dass die Berechnung der Teilungsmassen ohne die Belege nicht nachvollziehbar sei, und erklärt, dass er bereit sei, etwa 300 Ordner mit Belegen einzureichen. Die Ermittlung der Teilungsmassen der drei (von fünf) Niederlassungen, auf die sich der Antrag sowie das Schreiben vom 6. August 2007 bezieht, befindet sich nicht bei den Akten.

Darlegungs- und beweispflichtig für das Vorliegen einer Amtspflichtverletzung ist der Kläger.

- 25           cc) Das Berufungsgericht hat gemeint, auf die formellen Mängel des Antrags komme es nicht an, weil dieser jedenfalls zu spät beschieden worden sei. Diese Überlegung ist unverständlich. Die Ablehnung des unvollständigen Antrags kann unabhängig vom Zeitpunkt der Entscheidung über ihn keinen erstattungsfähigen Schaden bewirkt haben. Dem Rechtspfleger kann insoweit auch kein Verfahrensfehler vorgeworfen werden. Er hat dem Kläger bereits mit Schreiben vom 20. Juli 2007 seine Bedenken mitgeteilt und ihm Gelegenheit gegeben, die fehlenden Belege nachzureichen.
- 26           b) Zum anderen hat das Insolvenzgericht die Zustimmung zur Entnahme eines Vorschusses wegen Mängeln der Abwicklungstätigkeit und wegen möglicher Schadensersatzforderungen der Masse gegen den Kläger verweigert.
- 27           aa) Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, unter welchen (engen) Voraussetzungen ein an sich begründeter Vergütungsanspruch eines Insolvenzverwalters entsprechend dem Rechtsgedanken des § 654 BGB verwirkt sein kann. Die Tätigkeit des Insolvenzverwalters wird insbesondere dann nicht vergütet, wenn dieser besonders schwerwiegende schuldhaftes Pflichtverletzungen in Form von Straftaten zum Nachteil der Masse begangen hat. Vergütungsansprüche sind auch dann ausgeschlossen, wenn der Verwalter seine Bestellung in strafbarer Weise erschleicht und damit im eigenen wirtschaftlichen Interesse eine Gefährdung der erfolgreichen Abwicklung des Insolvenzverfahrens in Kauf nimmt (BGH, Beschluss vom 6. Mai 2004 - IX ZB 349/02, BGHZ 159, 122, 132). Diese Rechtsprechung trifft den vorliegenden Fall nicht. Einerseits wurden dem Kläger keine Straftaten zum Nachteil der Masse und kein

Fehlverhalten im Zusammenhang mit seiner Bestellung zum Verwalter vorgeworfen; andererseits wurde ihm nicht jegliche Vergütung aberkannt, sondern nur die Zustimmung zur Entnahme eines Vorschusses verweigert.

28           bb) Der Bundesgerichtshof hat ferner bereits entschieden, dass im Verfahren über die Festsetzung der Verwaltervergütung eine Aufrechnung mit streitigen Gegenforderungen nicht statthaft ist (BGH, Urteil vom 5. Januar 1995 - IX ZR 241/93, ZIP 1995, 290, 291; Beschluss vom 6. Mai 2004, aaO S. 134); denn der insoweit zuständige Rechtspfleger ist nicht befugt, über eine nach Grund und Höhe streitige Gegenforderung zu entscheiden. Auch diese Rechtsprechung ist hier nicht einschlägig. Das Insolvenzgericht hat nicht die Aufrechnung mit den - streitigen - Schadensersatzansprüchen der Masse gegen den Kläger erklärt, sondern die Zustimmung zur Entnahme eines Vorschusses abgelehnt, um die Möglichkeit einer Aufrechnung mit Ansprüchen der Masse gegen die noch festzusetzende endgültige Vergütung offen zu halten.

29           cc) Das Insolvenzgericht hat keine endgültige, sondern nur eine vorläufige Entscheidung über die Vergütung des Klägers getroffen. Unter welchen Voraussetzungen die Zustimmung zur Entnahme eines Vorschusses verweigert werden darf, ist in der Insolvenzrechtlichen Vergütungsverordnung, insbesondere in § 9 InsVV nicht geregelt und ist höchstrichterlich noch nicht geklärt. Nach Auffassung des Amtsgerichts Göttingen (ZIP 2001, 1824) darf die Zustimmung verweigert werden, wenn der Verwalter die Abwicklung vernachlässigt oder verzögert hat oder wenn der Vorschuss außer Verhältnis zur bisherigen Abwicklungstätigkeit steht. Ähnliche Formulierungen finden sich etwa bei FK-InsO/Lorenz, 7. Aufl., Anh. V, § 9 InsVV Rn. 17, bei BK-InsO/Blersch, 2004, § 9 InsVV Rn. 17 und bei Haarmeyer/Mock, InsVV, 5. Aufl., § 9 Rn. 17. Das Berufungsgericht hat diese Rechtsansicht für unvertretbar gehalten, weil die Vergü-

tung des Insolvenzverwalters eine Tätigkeitsvergütung darstelle und der Einwand mangelhafter Leistungen oder fehlender Erfolge daher ausgeschlossen sei. Richtig daran ist, dass eine Tätigkeitsvergütung grundsätzlich nicht gemindert werden kann (vgl. etwa BGH, Urteil vom 4. Februar 2010 - IX ZR 18/09, BGHZ 184, 209 Rn. 55 zur Rechtsanwaltsvergütung). Ob trotz bis dahin unzureichender Pflichterfüllung ein Vorschuss auf die spätere Vergütung verlangt werden kann, ist damit jedoch nicht gesagt. Die Zustimmung zur Entnahme eines Vorschusses ist Teil der Aufsicht, welche das Insolvenzgericht gemäß § 58 InsO über den Verwalter auszuüben hat (BGH, Beschluss vom 1. Oktober 2002 - IX ZB 53/02, WM 2002, 2476, 2477 unter III.1). Es gibt Kommentierungen, in denen es als "zweifelhaft" bezeichnet wird, ob das Insolvenzgericht wegen Mängeln der Abwicklung oder wegen der Befürchtung, dass der Verwalter nach Entnahme des Vorschusses seine Tätigkeit einstellen werde, die Zustimmung verweigern dürfe, weil das Gericht mit (anderen) Mitteln der Aufsicht reagieren könne (Nerlich/Römermann/Madert, InsO, 2006, § 9 InsVV Rn. 6; deutlich ablehnend Graeber/Graeber, InsVV, § 9 Rn. 12). Hier ist jedoch nicht zu entscheiden, ob die Verweigerung der Zustimmung wegen der nach Ansicht des Insolvenzgerichts unzulänglichen Arbeit des klagenden Insolvenzverwalters rechtmäßig war. Es geht nur um die Frage, ob die entsprechende Rechtsansicht des Insolvenzgerichts im Beschluss vom 11. April 2008 objektiv unvertretbar erscheint. Das war im Hinblick auf die offene Rechtslage, die fehlende höchstgerichtliche Klärung der Frage und die unterschiedlichen Ansichten der Kommentarliteratur nicht der Fall.

30            dd) Soweit das Insolvenzgericht auf die vom Sonderinsolvenzverwalter ermittelten Ansprüche der Masse gegen den Kläger verwiesen und hierauf eine Art von "Zurückbehaltungsrecht" in Bezug auf die Zustimmung zur Entnahme eines Vorschusses gestützt hat, lässt sich schließlich ebenfalls nicht von einer



objektiv unvertretbaren Rechtsansicht sprechen. Die Vorschrift des § 273 BGB, welche das zivilrechtliche Zurückbehaltungsrecht regelt, kann zwar nicht unmittelbar, sondern allenfalls ihrem Rechtsgedanken nach Anwendung finden. Bestanden jedoch Erstattungs- und Schadensersatzansprüche der Masse gegen den Kläger, lagen die tatbestandlichen Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts vor, mochten diese Ansprüche auch streitig sein. Auch hier ist zu beachten, dass es nicht um die Vergütung des Klägers als solche, sondern nur um einen Vorschuss auf die möglicherweise bereits verdiente, aber mangels endgültiger Festsetzung durch das Insolvenzgericht (§ 64 Abs. 1 InsO) noch nicht fällige Vergütung ging. Die Funktionen eines Vorschusses - die Vermeidung allzu hoher Vorleistungen und der Schutz des Verwalters vor einem Ausfall wegen Masseunzulänglichkeit - können dann, wenn der Masse Gegenansprüche in die Vergütung des Verwalters übersteigender Höhe zustehen, nicht zum Tragen kommen. Der Verwalter verdient in einem solchen Fall nicht den Schutz, den die Vorschrift des § 9 InsVV bieten will.

31           Eine andere Frage ist, unter welchen tatsächlichen Voraussetzungen das Insolvenzgericht gegenüber dem auf § 9 InsVV gestützten Antrag eines Verwalters von einem Zurückbehaltungsrecht, welches erheblich in dessen durch Art. 12 GG geschützten Rechte eingreift (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Dezember 2003 - IX ZB 48/03, NZI 2004, 249, 251; vom 15. Januar 2004 - IX ZB 96/03, BGHZ 157, 282, 286), Gebrauch machen darf. Objektiv unvertretbar wäre die Verweigerung der Zustimmung gewesen, wenn das Gericht sich auf bloße Vermutungen gestützt hätte, die weder tatsächlich noch rechtlich hinreichend unterlegt waren. Davon kann nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt jedoch nicht ausgegangen werden. Das Insolvenzgericht hat auf einen Prüfbericht des Sonderinsolvenzverwalters vom 21. Dezember 2007 Bezug genommen. Dieser Bericht wurde in den Tatsacheninstanzen nicht vor-

gelegt, so dass der Senat nicht beurteilen kann, ob die genannten Voraussetzungen erfüllt waren. Darlegungs- und beweispflichtig für die tatsächlichen Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 839 BGB ist der Kläger als Anspruchsteller. Der Kläger durfte sich nicht darauf beschränken zu bestreiten, dass Ansprüche gegen ihn bestanden, sondern musste auch diejenigen Tatsachen darlegen und erforderlichenfalls unter Beweis stellen, aufgrund derer die gegenteilige Ansicht des Insolvenzgerichts als objektiv unvertretbar angesehen werden muss.

32            3. Der Beschluss des Insolvenzgerichts vom 8. August 2008 in der Fassung der Erinnerungsentscheidung vom 16. April 2010 im Verfahren 2 stellt ebenfalls keine objektiv unvertretbare Rechtsanwendung dar.

33            a) Das Insolvenzgericht hat den Antrag auf Auslagenvorschuss für den Zeitraum vom 1. Januar 2007 bis zum 30. April 2008 für unbegründet gehalten, weil das Verfahren bei ordnungsgemäßer Verwaltung bis Ende Dezember 2006 hätte abgeschlossen werden können. Davon sei auszugehen, weil der Verwalter nicht ordnungsgemäß Rechnung gelegt habe. Seine mit Schreiben vom 30. November 2005 eingereichte Rechnungslegung habe nur aus einer Einnahmen- und Ausgabenliste bestanden. Auf die Beanstandungen, welche das Insolvenzgericht daraufhin ausgesprochen habe, habe er nicht hinreichend reagiert.

34            aa) Der rechtliche Ansatz des Insolvenzgerichts steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach welcher der Auslagenpauschsatz nach § 8 Abs. 3 InsVV nur bis zu demjenigen Zeitpunkt verlangt werden kann, zu dem bei ordnungsgemäßer Durchführung des Verfahrens die insolvenzrechtlich erforderliche Tätigkeit des Verwalters abgeschlossen worden wä-

re (BGH, Beschluss vom 23. Juli 2004 - IX ZB 255/03, NZI 2004, 590, 591; vom 2. Februar 2006 - IX ZB 167/04, NZI 2006, 232 Rn. 32).

35

bb) Auch hier stellt sich zusätzlich die Frage einer unrichtigen, objektiv nicht mehr vertretbaren Anwendung dieses in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsatzes auf den zu entscheidenden Fall. Der für die tatsächlichen Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 839 Abs. 1 BGB darlegungs- und beweispflichtige Kläger hat in den Tatsacheninstanzen hierzu jedoch nur vorgetragen, ein zur Masse gehörendes Betriebsgrundstück habe erst im Jahr 2008 veräußert werden können; das habe das Insolvenzgericht "genau gewusst". Damit ist eine objektiv unvertretbare Rechtsanwendung nicht dargelegt. Aus dem Beschluss vom 8. August 2008 ergibt sich hinreichend deutlich, dass das Insolvenzgericht Auskünfte verlangt hat, die der Kläger nicht erteilt hat. Der Kläger kann sich nunmehr nicht (im Anschluss an Nicht/Schildt, NZI 2010, 466, 468 f) darauf zurückziehen, das Insolvenzgericht hätte gemäß § 5 InsO selbst den Sachstand ermitteln müssen, um beurteilen zu können, ob das Verfahren abschlussreif war oder nicht. Nach § 58 Abs. 1 Satz 2 InsO kann das Insolvenzgericht im Rahmen seiner Aufsicht über den Insolvenzverwalter von diesem jederzeit Auskünfte oder einen Bericht über den Sachstand und die Geschäftsführung verlangen. Die allgemeine Vorschrift des § 5 Abs. 1 InsO ist nicht geeignet, die speziell die Aufsicht des Insolvenzgerichts über die Amtsführung des Verwalters betreffende Vorschrift des § 58 Abs. 1 Satz 2 InsO zu verdrängen. Jedenfalls war es nicht offensichtlich sachfremd, dass das Insolvenzgericht von eigenen, die unzureichende Berichterstattung des Klägers ersetzenden Ermittlungen abgesehen hat und im Rahmen der Festsetzung eines Vorschusses vorläufig davon ausgegangen ist, dass das Verfahren bereits im Dezember 2006 hätte abgeschlossen werden können.

- 36            b) Die Zustimmung zur Entnahme des für den Zeitraum vom 1. April 2001 bis zum 31. Dezember 2006 festgesetzten Vorschuss hat das Insolvenzgericht verweigert, weil der Kläger seit Jahren nicht ordnungsgemäß Rechnung gelegt und die Beanstandungen, welche das Insolvenzgericht ausgesprochen habe, nicht behoben habe; zudem liege ein Bericht des Sonderinsolvenzverwalters vom 12. Februar 2007 vor, nach welchem Schadensersatzansprüche gegen den Kläger bestünden.
- 37            aa) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts war es nicht objektiv unvertretbar, die Zustimmung zur Entnahme eines Vorschusses auf die Auslagen im Hinblick auf die im Beschluss bezeichneten Mängel der Verwaltungstätigkeit zu verweigern. Auf die obigen Ausführungen wird Bezug genommen. Dass er ordnungsgemäß Rechnung gelegt und die Nachfragen des Insolvenzgerichts beantwortet habe, hat der Kläger selbst nicht behauptet.
- 38            bb) Gleiches gilt hinsichtlich der Frage eines aus dem Rechtsgedanken des § 273 BGB hergeleiteten Zurückbehaltungsrechts. Auch hier hat der Kläger den in Bezug genommenen Bericht des Sonderinsolvenzverwalters nicht vorgelegt. Vorgelegt hat er Urteile des Landgerichts Göttingen vom 26. August 2009 und des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 7. Juli 2011, die eine Klage des Sonderinsolvenzverwalters gegen den Kläger auf Rückzahlung von 38.000 € nebst Zinsen betreffen. Dabei ging es um Entnahmen, welche der Kläger am 6. Dezember 2005, 17. Oktober 2006, 28. Dezember 2006, 28. Juni 2007 und 28. April 2008 getätigt und damit gerechtfertigt hat, dass ihm mit Beschluss vom 20. Juni 2002 die Entnahme eines Vorschusses von 58.000 € gestattet worden sei. Der Sonderinsolvenzverwalter verlor in beiden Instanzen, weil er nicht nachweisen konnte, dass es sich nicht um den im Jahre 2002 genehmigten Vorschuss handelte; mit dem Einwand, den Kläger treffe eine sekundäre Darle-

gungslast, weil er keinerlei Rechnung gelegt und alle Unterlagen einbehalten habe, drang er nicht durch. Der Kläger hat weiterhin einen Beschluss des Landgerichts Göttingen vom 31. August 2011 vorgelegt, mit dem ein Antrag des Sonderinsolvenzverwalters auf Prozesskostenhilfe für eine Klage gegen den Kläger und andere auf Zahlung von 1.827.788,51 € abgelehnt worden ist. Der Kläger soll danach den Erlös aus der Verwertung des Warenbestandes an bestimmte Gläubiger ausgekehrt haben, obwohl die von diesen geltend gemachte Absonderungsrechte nicht bestanden. Diese Unterlagen zeigen zwar, dass der Sonderinsolvenzverwalter die behaupteten Ansprüche der Masse gegen den Kläger nicht durchsetzen konnte, lassen jedoch nicht den Schluss darauf zu, dass das Insolvenzgericht seinerzeit nicht vom Bestand entsprechender Ansprüche hätte ausgehen dürfen.

### III.

39 Das angefochtene Urteil kann damit keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Rechts auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat in der Sache selbst zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das die Klage abweisende

Urteil des Landgerichts wird wieder hergestellt, soweit die Sache nicht durch das Teilurteil des Berufungsgerichts vom 27. Februar 2013 entschieden worden ist. Die Kostenentscheidung ergeht nach § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

Kayser

Vill

Lohmann

Fischer

Pape

Vorinstanzen:

LG Göttingen, Entscheidung vom 28.11.2011 - 4 O 218/08 -

OLG Braunschweig, Entscheidung vom 24.07.2013 - 3 U 218/11 -