



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IX ZR 209/98

Verkündet am:  
26. Juni 2001  
Preuß  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

---

KO § 82

Den Konkursverwalter treffen bei der Einleitung und Führung eines Aktivprozesses grundsätzlich keine konkurrenzspezifischen Pflichten gegenüber dem Prozeßgegner zur Prüfung hinreichender Erfolgsaussicht von Klage und Rechtsmittel.

BGB § 826 B, Gi

- 2 -

Zur Sittenwidrigkeit einer Rechtsverfolgung des Konkursverwalters bei Massearmut im Hinblick auf das Kostenerstattungsrisiko des Prozeßgegners.

BGH, Urteil vom 26. Juni 2001 - IX ZR 209/98 - OLG Düsseldorf

LG Düsseldorf

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. April 2001 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft und die Richter Stodolkowitz, Kirchhof, Dr. Fischer und Raebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 22. April 1998 aufgehoben, soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Der Beklagte nahm in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter die jetzige Klägerin, eine Sparkasse, auf Auszahlung eines Guthabens der Gemeinschuldnerin in Anspruch. Jenes Guthaben stammte aus Zahlungseingängen für ein unvollendetes Bauträgervorhaben, welches die Gemeinschuldnerin während der beiden letzten Jahre vor dem Konkurs durchführte. Sämtliche Kosten des Vorhabens trug die Gemeinschuldnerin zu Lasten eines anderen Kontos bei der Klägerin, mit der sie über die Führung beider Konten im September

1990 eine besondere Übereinkunft getroffen hatte. In dem Vorprozeß umgekehrten Rubrums haben die Parteien insbesondere darüber gestritten, inwieweit die jetzige Klägerin durch diese Übereinkunft und durch Rechtsvorschriften gehindert war, sich nach Eintritt der Krise der Gemeinschuldnerin durch Aufrechnung ihres höheren Kreditsaldos gegen das vom Beklagten für die Masse beanspruchte Guthaben zu befriedigen. Der Beklagte hat sich demgegenüber im Vorprozeß auch auf den Gesichtspunkt der Anfechtung berufen. Daneben verlangte der Beklagte in dem Vorprozeß von der jetzigen Klägerin im Wege der Anfechtung, bestimmte als Sicherheit abgetretene Ansprüche zur Masse zurückzugewähren. Jene Klage hatte in erster Instanz in bezug auf die angefochtenen Abtretungen Erfolg. Nach beiderseitigem Rechtsmittel wurde der Beklagte in zweiter Instanz des Vorprozesses mit sämtlichen Ansprüchen gegen die jetzige Klägerin abgewiesen.

Die Klägerin fiel mit ihrem Kostenerstattungsanspruch gegen die unzulängliche Masse überwiegend aus (erst nach Abschluß des Berufungsverfahrens ist auf sie insoweit eine Quote entfallen) und hatte für die Kosten ihrer Anschlußberufung als Zweitschuldnerin einzutreten. Wegen ihres Kostenschadens macht sie den Beklagten im gegenwärtigen Rechtsstreit persönlich haftbar.

Das Landgericht hat den Beklagten mit Ausnahme eines Teils der Zinsen zur Zahlung verurteilt. Das Oberlandesgericht hat seiner Berufung insoweit stattgegeben, als der geltend gemachte Kostenschaden aus dem - im Verhältnis deutlich kleineren - Streitteil herrührte, in dem der Beklagte im Vorprozeß erst zweitinstanzlich unterlegen war; im übrigen hat es das Rechtsmittel zurückgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte das Ziel vollständiger Klageabweisung weiter, soweit die Parteien den Rechtsstreit nicht während der Revisionsinstanz in der Hauptsache unter gegenläufigen Kostenanträgen für erledigt erklärt haben. Die Klägerin beantragt mit dieser Maßgabe, die Revision zurückzuweisen.

### Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat eine (konkursspezifische) Pflicht des Verwalters im Sinn von § 82 KO bejaht, bei Massearmut von nicht genügend aussichtsreicher Rechtsverfolgung Abstand zu nehmen, um etwaige Prozeßgegner vor dem Ausfall ihrer Kostenerstattungsansprüche zu schützen. Das beanstandet die Revision zu Recht.

II.

Den Konkursverwalter treffen bei der Einleitung und Führung eines Aktivprozesses der Masse keine konkurrenzspezifischen Pflichten zum Schutz der Kosteninteressen seines Gegners, die aus Rücksicht auf diesen Zweck seine Amtsbefugnisse im Vergleich zur Entschließungsfreiheit jedes anderen Klägers beschränken (vgl. in diesem Sinn zur Anfechtungsklage innerhalb und außerhalb des Konkurses schon OLG Köln KTS 1932, 118).

1. Das Berufungsgericht hat eine konkurrenzspezifische Pflicht des Beklagten zum Schutz der jetzigen Klägerin und ihres (bedingten) Kostenerstattungsanspruchs im Vorprozeß aus dem allgemeinen Rechtsgedanken der §§ 57, 60 KO hergeleitet. Es schließt sich damit im Ergebnis der herrschenden Auslegung von § 82 KO an. Der Konkursverwalter soll danach zwar nicht verpflichtet sein, von einem aussichtsreichen Prozeß nur deshalb Abstand zu nehmen, weil die Masse im Falle des Unterliegens für die Kostenerstattung an den Gegner nicht mehr genügt (vgl. KG bei Rothstein, KTS 1932, 105; OLG Karlsruhe ZIP 1989, 1070 f.). Der Konkursverwalter soll aber bei einer Rechtsverfolgung der unzulänglichen Masse, die erkennbar keinen hinreichenden Erfolg verspricht, im Unterliegensfall für den Kostenschaden des Gegners nach § 82 KO persönlich haften (vgl. OLG Düsseldorf JMBl. NW 1994, 55; OLG Hamm ZIP 1995, 1436 f.; Böhle-Stamschräder NJW 1952, 1060; Weber, Festschrift für Lent, 1957, S. 301, 320 f., 323; Jaeger/Weber, KO 8. Aufl. § 82 Rn. 8 a.E.; Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 82 Rn. 9c, 11e; Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 82 KO Anm. 3b; a.A. OLG Köln, aaO; W. Lüke, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, 1986, S. 93; ders., Die persönli-

che Haftung des Verwalters in der Insolvenz, RWS-Skript 267, 2. Aufl. Rn. 95). Diese Auffassung ist mit der Grundwertung der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Haftung des Konkursverwalters bei drohender Masseunzulänglichkeit (vgl. Merz KTS 1989, 277) nicht vereinbar.

2. Der Verwalter muß nach § 82 KO allen Beteiligten den Schaden aus einer schuldhaften Verletzung seiner Pflichten ersetzen. Diese Haftung kommt jedoch nur in Betracht, wenn der Verwalter ihm von der Konkursordnung abverlangte, also konkurrenzspezifische Pflichten verletzt hat. Dazu gehören nicht Pflichten, die dem Konkursverwalter wie jedem Vertreter fremder Interessen gegenüber Dritten obliegen (vgl. BGHZ 99, 151, 154; 100, 346, 350). Der Senat hat in seinem vorgenannten Urteil vom 14. April 1987 (BGHZ 100, 346, 351) ausgeführt, daß nicht die Bestimmungen der Konkursordnung, sondern die allgemeinen Vorschriften ergeben, welche Pflichten den Konkursverwalter als Verhandlungs- und Vertragspartner eines Dritten treffen. Solange das Gesetz nichts anderes vorschreibt (vgl. jetzt § 61 InsO), enthebt keine Eigenhaftung des Konkursverwalters den Geschäftspartner der Notwendigkeit, Vorteile und Erfüllungsrisiken eines in Aussicht genommenen Vertrages abzuwägen und gegebenenfalls Sicherheiten zu fordern. Deshalb muß der Konkursverwalter nicht auf die regelmäßig vorhandenen, im allgemeinen bekannten Gefahren von Geschäften mit einer Konkursmasse hinweisen. Die Eigenhaftung des Konkursverwalters nach § 82 KO scheidet demgemäß in solchen Fällen mangels konkurrenzspezifischer Pflichten aus.

Was für Massegeschäfte des Konkursverwalters gegenüber seinen Geschäftspartnern gilt, hat - soweit nichts anderes gesetzlich bestimmt ist - erst recht für von ihm begründete Prozeßrechtsverhältnisse zu gelten. Rechtsver-

folgung und Rechtsverteidigung im Prozeß werden in erster Linie von der Hauptsache bestimmt, insbesondere von ihrem wirtschaftlichen Gewicht, ihren Erfolgsaussichten und gegebenenfalls ihren Vollstreckungsmöglichkeiten. Üblicherweise ist - wie hier - dem Gegner des Konkursverwalters ein Ausweichen vor dem Prozeß nicht zuzumuten. Dem Konkursverwalter kann freilich dann im Regelfall auch nicht vorgeworfen werden, daß er einen Kostenschaden seines Gegners durch unzureichende Aufklärung über das Erstattungsrisiko erst heraufbeschworen habe. Die Lage des Konkursverwalters, der Masse erst herausprozessieren muß, ist nicht anders als die eines Nachtragsliquidators, der nach anderweitiger Vermögenslosigkeit der aufgelösten Gesellschaft noch eine - bestrittene - Forderung oder Berechtigung vorfindet. Mehr oder weniger deckt sich die Lage des Konkursverwalters hier mit der Situation jedes gesetzlichen Vertreters einer unbemittelten Klagepartei, die nur noch die Gerichtskosten und die eigenen außergerichtlichen Kosten aufbringen kann oder von dritter Seite vorgeschossen erhält. Jeder dieser Vertreter fremder Interessen weiß, daß der bedingte Kostenerstattungsanspruch des Gegners im Vermögen der Klagepartei keine Deckung mehr findet. Gleichwohl darf er im Grundsatz für den Vertretenen klagen, ohne sich der Gefahr einer persönlichen materiellen Kostenerstattungspflicht auszusetzen, nur weil er die Erfolgsaussichten der Klage fahrlässig überschätzt und damit das Risiko einer Kostenhaftung der Masse unterschätzt. Grund dafür ist, daß die Deckung der eigenen Prozeßkosten durch den unterlegenen Gegner zu den allgemeinen Prozeßrisiken einer (ob-siegenden) Partei gehört (vgl. BGHZ 96, 151, 156; 100, 217, 221).

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes können aus den Vorschriften über die Prozeßkostenhilfe keine anderen Schlußfolgerungen gezogen werden. Die Prozeßkostenhilfe berührt das Erstattungsverhältnis zwischen

dem unterlegenen Hilfeempfänger und dem Gegner nicht (§§ 122, 123 ZPO). Die Staatskasse wird nicht Zweitschuldner des obsiegenden Gegners, obgleich ihr Eintreten den Prozeß erst ermöglicht hat. Die Prozeßaussichten als Bewilligungsvoraussetzung prüft das Gericht nicht zum Schutze des Gegners, sondern allein im Interesse der Staatskasse. Insoweit ergeben sich für den Gegner nur günstige Reflexwirkungen (vgl. RGZ 135, 110, 113; 155, 218, 222 f.). Es ist dann aber auch nicht gerechtfertigt, mit dem Berufungsgericht (im Ergebnis ebenso die oben unter II. 1 genannten Stimmen) dem Verwalter einer unzulänglichen Masse konkurrenzspezifisch abzuverlangen, bei fehlender "Vorschaltkontrolle" durch ein Verfahren zur Bewilligung von Prozeßkostenhilfe nun seinerseits Masseansprüche im Kosteninteresse des Gegners nur dann und so weit zu verfolgen, als das Vorgehen i.S. des § 114 ZPO hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet.

Die Vorschrift des § 58 Abs. 2 Satz 2 GKG wirft auf diese Risikoverteilung gleichfalls kein anderes Licht, obschon dem Gegner des Hilfeempfängers hier die Bewilligung ebenfalls zugute kommt. Denn die Inanspruchnahme des Zweitschuldners soll bei Bewilligung von Prozeßkostenhilfe für die unterlegene Partei nur deshalb unterbleiben, weil der Hilfeempfänger nicht trotz Freistellung von den Gerichtskosten (§ 122 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a ZPO) hierfür dem Rückgriff des Zweitschuldners (§ 123 ZPO) ausgesetzt werden soll.

Soweit es an einer allgemeinen Rechtspflicht der unbemittelten Partei fehlt, von der Rechtsverfolgung abzusehen, wenn ein etwaiger Kostenerstattungsanspruch des Gegners nicht gedeckt ist, könnte eine solche Pflicht auch in einem konkurrenzspezifischen Zusammenhang nur angenommen werden, wenn diese Annahme im Gesetz besonderen Ausdruck gefunden hätte. Das ist nach

der Konkursordnung nicht der Fall. Ob eine konkurrenzspezifisch verstärkte Pflichtenstellung des Verwalters in dieser Hinsicht seit dem 1. Januar 1999 aus § 61 InsO folgt, bedarf hier keiner Entscheidung.

Die von der herrschenden Meinung geforderte strengere Prüfung der Prozeßaussichten durch den Konkursverwalter hat demnach zwar Bedeutung für seine Innenhaftung insbesondere gegenüber den Konkursgläubigern. Sie dient aber nicht dem Schutz des Prozeßgegners und der Minderung seiner Kostenerstattungsrisiken. Wenn der Konkursverwalter nicht nur im Rahmen der Binnenhaftung, sondern allgemein verpflichtet wäre, unabhängig von der Kostendeckung durch die Masse Aktivprozesse ohne hinreichende Erfolgsaussicht zu unterlassen, würde ihn in solchen Fällen das Risiko treffen, stets neben der Masse auf Erstattung der Kosten zu haften. Für eine solche persönliche Dritthaftung der Partei kraft Amtes in Ausnahme zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen besteht kein Bedürfnis.

3. Aus dem Senatsurteil vom 5. Juli 1988 (IX ZR 7/88, WM 1988, 1391 = ZIP 1988, 1068) ergibt sich gegenüber dem Vorstehenden nichts Gegenteiliges. Der Senat hat in jener Entscheidung dargelegt, daß der Konkursverwalter bei einer Masse, aus der ein etwaiger Kostenerstattungsanspruch des Gegners noch beglichen werden kann, durch die Aufnahme des Verfahrens Verwalterpflichten gegenüber dem Gegner auch dann nicht verletzt, wenn die Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet. Über die Eigenhaftung des Konkursverwalters bei gleicher Erfolgsprognose und unzulänglicher Masse ist in der genannten Entscheidung - auch als Nebenbemerkung - nichts enthalten. Der Senat hat vielmehr dort die Pflichtverletzung des beklagten Konkursverwalters nur darin gesehen, daß er trotz offenen Prozeßausgangs

nach- oder gleichrangige Massenforderungen anderer Gläubiger ohne Rücksicht auf den bedingten Kostenerstattungsanspruch seines Prozeßgegners bediente. Insoweit zutreffend weist aber schon Weber (Festschrift für Lent, aaO, S. 319 Fn. 50) darauf hin, daß zu unterscheiden sei, ob dem Konkursverwalter die Prozeßführung als solche zur Last gelegt werde oder die anderweitige Masseverkürzung während des Prozesses zum Nachteil des Gegners. Im Streitfall geht es nur um die Rechtsverfolgung des Beklagten im Vorprozeß als solche. Einen schädigenden Verteilungsschritt des Beklagten hat die Klägerin nicht zur Klagegrundlage gemacht.

### III.

Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif.

1. Eine Ersatzpflicht des Konkursverwalters für den gegnerischen Kostenschaden bei erfolglosen Aktivprozessen einer unzulänglichen Masse kann sich nach allgemeinen Vorschriften aus § 826 BGB ergeben. Das Mittel der Klage zur Durchsetzung einer streitigen Rechtsposition ist freilich im allgemeinen rechtlich nicht zu mißbilligen (vgl. BGHZ 36, 18, 21; 74, 9, 12, 14; 95, 10, 19; 118, 201, 206), so daß ohne Hinzutreten besonderer Umstände eine materielle persönliche Kostenhaft nach § 826 BGB bei Aktivprozessen des Konkursverwalters ausscheidet.

Die Klägerin hatte, da ihr von den Vorinstanzen im Umfang der revisionsrechtlichen Nachprüfung Schadensersatz aufgrund von § 82 KO zugesprochen worden ist, bisher keinen Anlaß, ihre Klage auch unter dem zutreffenden

rechtlichen Blickwinkel des § 826 BGB zu begründen. Sie hat zwar dem Beklagten schon in den Tatsacheninstanzen vorgeworfen, leichtfertig einen offensichtlich aussichtslosen Rechtsstreit gegen sie durch zwei Instanzen geführt zu haben. Dieses Vorbringen bedarf jedoch zur möglichen Feststellung einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung von seiten des Beklagten der Vertiefung. Dazu erhält die Klägerin durch Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht Gelegenheit.

2. Für den erneuten Berufungsdurchgang sind nach gegenwärtigem Sach- und Streitstand namentlich folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

a) Das Berufungsgericht wäre hier nicht daran gehindert, (bedingten) Schädigungsvorsatz nach § 826 BGB festzustellen, nur weil der Beklagte auf einen Sieg im Vorprozeß gehofft haben mag, so daß die Klägerin ihre gesetzliche Kostenlast, jedoch keinen Erstattungsausfallschaden davongetragen hätte. Zwar kann bedingter Vorsatz unter Umständen auch dann ausgeschlossen sein, wenn der Schädiger gehofft hat, der Schaden werde nicht eintreten (vgl. BGH, Urt. v. 11. Juli 1988 - II ZR 243/87, WM 1988, 1315, 1319 f, in BGHZ 105, 121 insoweit nicht abgedruckt). Denn der bedingte Vorsatz unterscheidet sich - nicht nur im Strafrecht - von der bewußten Fahrlässigkeit dadurch, daß der Schädiger die erkannte Schadensmöglichkeit darum in Kauf nimmt, weil sich das erstrebte Ziel nicht anders erreichen läßt. Demgegenüber vertraut der bewußt fahrlässig handelnde Schädiger darauf, daß das erkannte Schadensrisiko nicht eintreten werde, und nimmt aus diesem Grund die Gefahr in Kauf (vgl. BGHSt 7, 363, 370). Deshalb kann ein Schädiger, der mit der Möglichkeit des Schadenseintritts rechnet, diese Folge auch dann "billigen", mit ihr "einverstanden sein", wenn ihm jener (Miß-)Erfolg an sich unerwünscht ist und er

denselben lieber vermieden hätte (vgl. BGHSt, aaO, 369; BGH, Urt. v. 9. Februar 1968 - 4 StR 582/67, NJW 1968, 660, 661).

Das Berufungsgericht wird mithin zu prüfen haben, ob der Beklagte den Vorprozeß geführt hat, weil er die Erfolgsaussichten in beiden Instanzen so hoch bewertete, daß er darauf vertraute, das Kostenerstattungsrisiko zu Lasten der jetzigen Klägerin zu vermeiden - dann kein bedingter Vorsatz - oder ob er auch mit einem Unterliegen ernsthaft rechnete, diese Schädigungsmöglichkeit, obwohl unerwünscht, aber um der auch für möglich gehaltenen Erfolgsaussicht willen billigend in Kauf nahm - dann bedingter Vorsatz.

b) Ein Kläger kann sittenwidrig handeln, wenn er gegen den anderen Teil zumindest in grob leichtfertiger Weise ein gerichtliches Verfahren, auch ein Rechtsmittelverfahren, einleitet und durchführt, obwohl er weiß, daß der (bedingte) gegnerische Kostenerstattungsanspruch ungedeckt ist. Grobe Leichtfertigkeit ist einem Kläger etwa vorzuwerfen, wenn er "ins Blaue hinein", ohne jede Prüfung des Anspruchs in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht, einen Rechtsstreit vom Zaune bricht. Diesem Fall kann eine offensichtlich ganz lückenhafte oder sonst auf gänzlich verfehlten Erwägungen beruhende Prüfung der Erfolgsaussichten gleichstehen. Denn auch hieraus kann typischerweise auf die grob leichtfertige Haltung eines Klägers bei seinem prozessualen Vorgehen geschlossen werden. In der besonderen Lage des Verwalters einer unzulänglichen Konkursmasse kann für die Annahme grober Leichtfertigkeit auch bereits genügen, wenn mit Rücksicht auf die offensichtlich geringen Erfolgsaussichten eine bemittelte Partei oder der Verwalter einer Konkursmasse, die auch einen gegnerischen Kostenerstattungsanspruch deckt, bei verständiger Würdigung von dem Vorgehen zweifelsfrei abgesehen hätte. Die Frage der

groben Leichtfertigkeit kann grundsätzlich für jede Instanz, sogar für jede kostenverursachende Prozeßhandlung unterschiedlich beantwortet werden. Hat eine Partei, wie der Beklagte im Vorprozeß, den Klaganspruch auf mehrere, miteinander konkurrierende Grundlagen gestützt, so ist eine sittenwidrige Rechtsverfolgung gegenüber dem Prozeßgegner bereits dann auszuschließen, wenn nur eine der Klaggrundlagen über das notwendige Mindestmaß an Erfolgsaussichten verfügt.

c) Das Berufungsgericht hat sich die Entscheidungsgründe aus dem Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf im Vorprozeß (Urt. v. 30. März 1995 - 12 U 280/93) zu eigen gemacht und daraus die Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung des Beklagten im Vorprozeß entnommen. Diese, am Ergebnis ausgerichtete und auf eine Haftung nach § 82 KO zugeschnittene Wertung wird dem Beurteilungsspielraum eines Konkursverwalters, der bei Prüfung einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung des Prozeßgegners zugrunde zu legen ist, nicht gerecht. In der Bewertung der Prozeßaussichten ist insgesamt eine ex-ante Prognose geboten, in der bei Prüfung einzelner Vorfragen ein für den Kläger günstiges Ergebnis unterstellt werden muß, wenn die Rechtslage insoweit bei verständiger Würdigung noch ungewiß war. Insbesondere ist im Bereich der tatrichterlichen Vertragsauslegung eine grob leichtfertige Rechtsverfolgung bereits dann zu verneinen, wenn überhaupt, obschon möglicherweise fernerliegend, ein Auslegungsergebnis ernstlich in Betracht gezogen werden konnte, nach dem der Prozeßgegner - hier die jetzige Klägerin - hätte unterliegen müssen. Es ist nicht erheblich, ob eine solche Auslegung wirklich geboten war oder ob sie bei kritischer Betrachtung jedenfalls starke Gründe für sich hatte.

Das Berufungsgericht wird in diesem Zusammenhang nach erneuter Verhandlung mithin unter Umständen zu erwägen haben, ob die Auslegung der Abreden zwischen der Gemeinschuldnerin und der jetzigen Klägerin über die Führung der hier fraglichen Konten, zu der das Oberlandesgericht Düsseldorf im Vorprozeß und ihm folgend das Berufungsgericht in dem aufgehobenen Urteil gelangt sind, zwingend erscheint. Möglicherweise hätte der Beklagte, ohne sich dem Vorwurf der groben Leichtfertigkeit auszusetzen, nach dem Schreiben der Klägerin an die Gemeinschuldnerin vom 20. September 1990 (Anlage K 29 des Vorprozesses) die Ansicht vertreten können, daß das kreditorische und das debitorische Konto der Gemeinschuldnerin bei der Klägerin nicht miteinander verrechnet werden sollten und die einseitige Aufrechnung der Verbindlichkeit gegen das Guthaben bis auf weiteres ausgeschlossen war. Vorläufig ist offen, ob das Schreiben vom 20. September 1990 bei einer ex-ante Prognose der Prozeßaussichten nicht auch als die maßgebende kaufmännische Bestätigung vorausgegangener Verhandlungen gewertet werden konnte, an der insoweit durch die weitere Vereinbarung nach beiliegendem Vordruck, die auf den 18. September datiert war, nichts geändert wurde. Im übrigen ist bislang ungeklärt, wer die Streichungen auf diesem Vordruck veranlaßt hat und ob hier möglicherweise infolge eines Irrtums die nach dem Schreiben vom 20. September 1990 nicht gewollte Alternative stehengeblieben ist.

Die Annahme einer Nichtaufrechnungsabrede hätte zu der weiteren Frage geführt, ob eine solche Vereinbarung auch noch in der Krise und im Konkurs der Gemeinschuldnerin Bestand haben konnte; eine Frage, auf die es im Vorprozeß nach der dortigen Vertragsauslegung der Tatsacheninstanzen nicht mehr ankam und die deshalb vom OLG Düsseldorf in seinem Urteil vom 30. März 1995 (aaO S. 10 unter 2.) ausdrücklich offengelassen worden ist.

Diese Frage mußte der Beklagte jedoch in seine Prüfung der Erfolgsaussichten einbeziehen.

Eine Rechtsvermutung des Inhaltes, daß eine individuell ausgehandelte Nichtaufrechnungsabrede in Krise oder Konkurs des Aufrechnungsgegners erlischt, besteht nicht (vgl. BGHZ 23, 131, 136; RGZ 60, 356, 358; 124, 8, 10; Staudinger/Gursky, BGB 13. Bearb. 2000 § 387 Rn. 240), mag ein solches Verbot im Konkursfall auch regelmäßig hinfällig werden (vgl. BGH, Urt. v. 2. Dezember 1974 - II ZR 132/73, WM 1975, 134; v. 26. Februar 1987 - I ZR 110/85, WM 1987, 732, 734). Maßgebend ist freilich der Zweck einer solchen Abrede (vgl. BGH, Urt. v. 6. Juli 1978 - III ZR 65/77, WM 1978, 1042, 1044; v. 12. Oktober 1983 - VIII ZR 19/82, WM 1983, 1359; v. 19. September 1988 - II ZR 362/87, WM 1988, 1592, 1593). Auch insoweit werden die Parteien noch Gelegenheit zu weiterem Vortrag haben. Dabei kann der schriftliche Vertrag vom 7. Mai 1992 von Bedeutung sein und ferner der Umstand, ob und wie sich die Klägerin in dieser Hinsicht bei ihren vorprozessualen Verhandlungen mit dem Beklagten geäußert hat. Auch die Interessenlage der Gemeinschuldnerin und mögliche Sondereinflüsse auf Klägerseite, die sich aus ihren Verpflichtungen gegenüber den Erwerbern der Gemeinschuldnerin ergeben könnten, sind in tatsächlicher Hinsicht noch nicht ausgeschöpft.

Im Hinblick auf die Folgerungen, die im Streitfall aus dem Bauforderungssicherungsgesetz (GSB; BGBl III, 213-2) gezogen werden können, ist zu bemerken: Der Beklagte durfte davon ausgehen, daß die Klägerin sich an dem eingeforderten Guthaben der Gemeinschuldnerin zunächst weder aufgrund eines Pfandrechtes noch im Wege der Verrechnung befriedigen konnte, soweit ihr bekannt war, daß es sich um Baugelder (§ 1 Abs. 3 GSB) aus Einzahlungen

der Erwerber handelte (vgl. BGH, Urt. v. 13. Oktober 1987 - VI ZR 270/86, NJW 1988, 263, 265). Im Schrifttum wird auch angenommen, daß die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Baugeldempfängers allein die Baugeldeigenschaft und die ihr immanente Verwendungspflicht noch nicht aufhebt (vgl. Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 1 Rn. 78, § 30 Rn. 135; Hagenloch, Handbuch zum Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen 1991 Rn. 82, 84, 85; jeweils m.w.N.); dies kann sich allerdings ändern, sobald der Verwalter keine Erfüllung der bestehenden Verträge nach § 17 KO wählt (vgl. Hagenloch, aaO Rn. 85). Bisher ist nicht geklärt, inwieweit sich der Beklagte seinerzeit mit dieser Frage auseinandergesetzt hat. Da in das eingeforderte Guthaben bei der Klägerin aber jedenfalls auch grundstücks- und erschließungsbezogene Entgeltanteile der Erwerber - insoweit daher keine Baugelder - eingeflossen waren und im Rahmen des "Zwei-Konten-Modells" ursprüngliche Baugelder bei der Gemeinschuldnerin wohl auch, möglicherweise vollen Umfanges, durch freie Kreditmittel der Klägerin ersetzt worden sind (§ 1 Abs. 1 Satz 2 GSB; vgl. auch BGH, Urt. v. 14. Januar 1986 - VI ZR 184/84, WM 1986, 489, 490; v. 8. Januar 1991 - VI ZR 109/90, WM 1991, 905, 907), drängte sich für den Beklagten ferner von vornherein die Frage auf, wie hoch der Baugeldanteil an dem umstrittenen Guthaben zu beziffern war; denn allenfalls in dieser Höhe konnte das Bauforderungssicherungsgesetz die Verrechnung durch die Klägerin in Frage stellen. Nachdem der Beklagte in diesem Rechtsstreit selbst behauptet hat, zu einem entsprechenden Sachvortrag im Vorprozeß nicht in der Lage gewesen zu sein (BU S. 9 unten), ist dem Beklagten für diese rechtliche Begründung seiner Rechtsverfolgung eine offensichtlich ganz lückenhafte Prüfung der Schlüssigkeitsvoraussetzungen vorzuwerfen, sofern dazu nicht noch entlastende Feststellungen erfolgen.

Andererseits kann das Berufungsgericht auch erwägen, ob grobe Leichtfertigkeit im Vorgehen des Beklagten gegen die Klägerin darin zum Ausdruck gekommen ist, daß er nicht eine das Kostenerstattungsrisiko mindernde Teilklage erhoben hat. Allerdings läßt das festgestellte Sachverhältnis noch nicht erkennen, ob und mit welcher Deutlichkeit dem Beklagten eine solche Beschränkung hätte zugemutet werden können. Dem Beklagten wäre auch dann keine sittenwidrige Inanspruchnahme der Klägerin vorzuwerfen, wenn er sich nur durch Fehler oder Versäumnisse in der Prozeßführung um vorhandene Chancen seines Vorgehens gebracht hätte.

3. Soweit die Revisionserwiderung darauf verweist, daß die Klägerin hier auch außerhalb des Vorprozesses als größte Konkursgläubigerin, als Massegläubigerin und absonderungsberechtigte Grundschuldgläubigerin Beteiligte im Sinne des § 82 KO war, betrifft dies den Gesichtspunkt der Innenhaftung, der hier nach Voraussetzungen und Höhe (vgl. dazu BGH, Urt. v. 28. Oktober 1993 - IX ZR 21/93, ZIP 1993, 1886, 1887; siehe jetzt auch § 92 InsO) völlig offen ist.

Hierauf ist die Klage in den Tatsacheninstanzen bisher nicht einmal hilfsweise gestützt gewesen. Dieser Anspruch, bei dem es sich um einen anderen Streitgegenstand handelt, unterliegt daher derzeit auch im Rahmen von § 563 ZPO keiner revisionsrechtlichen Prüfung.

Kreft

Stodolkowitz

Kirchhof

Fischer

Raebel