



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IX ZR 310/14

Verkündet am:  
20. Juli 2017  
Preuß  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 826 H; InsO § 208

Dem Insolvenzverwalter steht bei der Frage, zu welchem Zeitpunkt er die (drohende) Masseunzulänglichkeit anzeigt, ein weiter Handlungs- und Entscheidungsspielraum zu. Dessen Einhaltung kann das Gericht des Haftungsprozesses umfassend nachprüfen.

BGB § 826 H; InsO § 63 Abs. 1, § 64 Abs. 1

Die vom Insolvenzverwalter bei der Anzeige der Masseunzulänglichkeit berücksichtigte voraussichtliche Verwaltervergütung kann das Gericht des Haftungsprozesses daraufhin überprüfen, ob der Insolvenzverwalter den ihm dabei zugestehenden Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschritten hat.

BGH, Urteil vom 20. Juli 2017 - IX ZR 310/14 - OLG München  
LG München I

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 2017 durch den Richter Grupp als Vorsitzenden, den Richter Prof. Dr. Gehrlein, die Richterin Lohmann, die Richter Dr. Schoppmeyer und Meyberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 9. September 2014, berichtigt durch Beschluss vom 5. Dezember 2014, aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 26. Zivilkammer des Landgerichts München I vom 9. August 2011 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Rechtsmittelverfahren zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte ist Verwalter in dem auf Eigenantrag vom 13. August 1999 am 1. August 2000 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der U. GmbH (nachfolgend: Schuldnerin). Er wird vom Kläger persönlich auf Schadensersatz in Anspruch genommen.

2           Der Kläger war Geschäftsführer und mittelbarer Gesellschafter der Schuldnerin, die zur M -Gruppe gehörte und 55 Möbelhäuser betrieb. Zusammen mit anderen Investoren betrieb der Kläger eine Sanierung der Schuldnerin, in deren Zusammenhang die Schuldnerin mit Stammkapital und einer Kapitalrücklage ausgestattet wurde, die Geschäftsanteile an der Schuldnerin auf die Investorengruppe übertragen und die Möbelhäuser in jeweils selbständige, sogenannte Vor-Ort-Gesellschaften überführt wurden. Die Schuldnerin verwaltete diese Gesellschaften zentral unter Bildung eines Cash-Pools, vermietete ihnen die Betriebsgrundstücke und verpflichtete sich zum Verlustausgleich in einem festgelegten Zeitraum. Nach Abzug der Kosten für die Umstrukturierung einschließlich des Verlustausgleichs verfügte die Schuldnerin noch über einen Kapitalstock von rund 80 Mio. DM, den sie im Juli 1998 unter Herabsetzung ihres Stammkapitals auf 1 Mio. DM auf eine Enkelgesellschaft übertrug, an welcher der Kläger mittelbar beteiligt war. Sämtliche Vor-Ort-Gesellschaften fielen in Insolvenz.

3           Vor diesem Hintergrund nahm der Beklagte den Kläger in einem Vorprozess u.a. auf Erstattung zurückgewährter Einlagen und auf Schadenersatz wegen existenzvernichtenden Eingriffs, wegen gesellschaftlicher Treuepflichtverletzung, wegen Untreue und wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung der Schuldnerin gerichtlich in Anspruch. Die im Mai 2003 erhobene Klage war zunächst auf Zahlung von 5 Mio. € gerichtet, wurde später auf 15 Mio. € erweitert und in der Berufungsinstanz auf 10,98 Mio. € ermäßigt. Das Landgericht wies die Klage mit Urteil vom 13. Januar 2005 ab, nachdem ein vom Gericht vorgeschlagener Vergleich nicht zustande gekommen war. Die hiergegen vom Beklagten eingelegte Berufung wies das Oberlandesgericht mit Urteil vom 6. Juli 2005 zurück (OLG München, WM 2005, 2231). Die Beschwerde gegen die

Nichtzulassung der Revision wurde mit Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 26. März 2007 zurückgewiesen (Az.: II ZR 262/05).

4 Der Beklagte hatte als Insolvenzverwalter eine Prozessfinanzierungsvereinbarung mit der I. -Board AG (nachfolgend: I. -Board) geschlossen, die als Verwalterin und Treuhänderin für einen Pool tätig war, den die Insolvenzverwalter der Vor-Ort-Gesellschaften zur gemeinschaftlichen Verfolgung und Durchsetzung von Ansprüchen dieser Gesellschaften gegen die Unternehmensgruppe des Klägers gegründet hatten. Der Umfang der Zahlungsverpflichtungen der I. ist streitig; die Vereinbarung sah keine Verpflichtung zum Ersatz der dem Kläger entstandenen Rechtsanwaltskosten vor. Zur anteiligen Bezahlung der Gerichtskosten und der eigenen Anwaltskosten entnahm der Beklagte noch vor der erstinstanzlichen Entscheidung im Vorprozess aus der Insolvenzmasse der Schuldnerin insgesamt 104.184 €. Nach Abweisung seiner Klage in erster Instanz zeigte er am 14. Januar 2005 erstmals Masseunzulänglichkeit an. Die zugunsten des hiesigen Klägers für die erste Instanz auf 93.012 € festgesetzten Kosten sind noch offen. Nach Zurückweisung seiner Berufung zeigte der Beklagte am 3. August 2005 erneut Masseunzulänglichkeit an, auch für die im Berufungsverfahren angefallenen Gerichtskosten in Höhe von 137.824 €. Während der Beklagte die Kosten für das anschließende Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde aus der Masse vollständig beglich, wurde der zugunsten des Klägers mit Beschluss vom 1. Dezember 2005 festgestellte Kostenerstattungsanspruch für die zweite Instanz in Höhe von 96.608,80 € nicht erfüllt.

5 Der Kläger verlangt nunmehr vom Beklagten persönlich Ersatz seiner Anwaltskosten für die zweite Instanz des Vorprozesses. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat den Beklagten zur Zahlung

von 96.608,80 € zuzüglich Zinsen Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche gegen die Insolvenzmasse aus der Kostenfestsetzung verurteilt. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision des Beklagten ist zulässig und hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückweisung der klägerischen Berufung.

I.

7 Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in ZInsO 2015, 1679 veröffentlicht ist, hat ausgeführt, dass als Anspruchsgrundlage einzig § 826 BGB in Betracht komme, dessen Voraussetzungen vorlägen, wie sich aus einer Gesamtschau des Verhaltens des Beklagten und der ihm vorzuwerfenden Pflichtverletzungen ergebe.

8 Der Beklagte habe bewusst rechtswidrig Gerichtskosten und eigene Anwaltskosten aus der Masse beglichen und darauf verzichtet, diese von der I. einzufordern, die nach der getroffenen Prozessfinanzierungsvereinbarung zu einer weitergehenden Tragung dieser Kosten verpflichtet gewesen sei. Er habe so die angezeigte, bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten aber nicht gegebene Masseunzulänglichkeit erst herbeigeführt. Auch habe der Beklagte unter bewusster Missachtung der höchstgerichtlichen Grundsätze zur

Anrechnung von aus der Masse bezahlten Kosten für eingeschaltete Hilfskräfte seinen eigenen noch offenen Vergütungsanspruch überhöht dargestellt und diesen zudem verwirkt. So habe er das Insolvenzgericht über die Schlüssigkeit der behaupteten Masseunzulänglichkeit getäuscht. Außer Betracht bleiben könne, dass der Beklagte entgegen § 209 InsO noch nach der zweiten Masseunzulänglichkeitsanzeige Kosten seiner Anwälte für die erste Instanz beglichen habe, mit denen er überdies ohne Beteiligung des Insolvenzgerichts oder der Gläubigerversammlung eine der Masse gemessen am gesetzlichen Honorar nachteilige Honorarvereinbarung geschlossen habe.

9 Der Beklagte habe mit Schädigungsvorsatz gehandelt. Die aufgezeigten Gesetzesverstöße und der zum Teil unrichtige Prozessvortrag des Beklagten ließen erkennen, dass dessen Ziel die nachhaltige Abwehr berechtigter Ansprüche insbesondere des Klägers gewesen sei, zumal der Beklagte die auf seiner Seite tätigen Massegläubiger zum Teil unter Verstoß gegen § 209 InsO befriedigt habe.

10 Das Verhalten des Beklagten sei auch sittenwidrig. Bereits die Nichteinforderung von erheblichen Ansprüchen der Masse und die beiden unzutreffenden Masseunzulänglichkeitsanzeigen zusammen mit überhöhten Vergütungsforderungen drängten zu der Annahme, dass der Beklagte die I. zu Lasten des Klägers habe schonen und, nachdem er spätestens nach Abweisung der Klage in der ersten Instanz erkannt gehabt habe, dass ein Erfolg im Vorprozess höchst ungewiss sei, die noch vorhandene Restmasse für seinen eigenen Gebührenerfolg habe nutzen wollen. Hinzu kämen weitere Indizien, die zwar nicht für sich allein aber zusammengenommen belegten, dass es dem Beklagten gerade darauf angekommen sei, dass der Kläger unter keinen Umständen eine Kostenerstattung erhalte: Der Beklagte habe entgegen § 160

Abs. 2 Nr. 3 InsO eine Gläubigerversammlung nicht durchgeführt und Forderungsanmeldungen der Vor-Ort-Gesellschaften nicht geprüft. Dass die Prozessfinanzierungsvereinbarung die Risiko-Ertrag-Relation gegenüber üblicherweise vereinbarten Konditionen zugunsten des Prozessfinanzierers verschiebe und eine Regelung enthalte, dass Kostenerstattungsansprüche des Klägers bei Masseunzulänglichkeit nicht erfüllt werden dürften, sei ein weiteres Indiz für die Willensrichtung des Beklagten.

11           Keine Rolle spiele, ob der Beklagte den Vorprozess mit vertretbarer Aussicht auf Erfolg habe führen dürfen. Das sittenwidrige Verhalten, mit dem er unmittelbar die Masse und über die falschen Masseunzulänglichkeitsanzeigen den Kläger beeinträchtigt habe, sei hiervon unabhängig.

## II.

12           Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Zwar liegen entgegen der Ansicht der Revision die Voraussetzungen des § 547 Nr. 6 ZPO nicht vor. Aber die getroffenen Feststellungen tragen die Annahme einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gemäß § 826 BGB nicht.

13           1. Zunächst zutreffend bejaht das Berufungsgericht die Zulässigkeit der Klage. Entgegen der Revision fehlen dem Kläger weder die Prozessführungsbefugnis noch das Rechtsschutzbedürfnis.

14           Mit der den Streitgegenstand bildenden Behauptung, durch ein Verhalten des Insolvenzverwalters gezielt in seinem eigenen Vermögen geschädigt worden zu sein, macht der Kläger einen Individualschaden geltend, der von § 92

InsO nicht erfasst wird. Ob der Kläger nach Abschluss des Insolvenzverfahrens mit seiner Forderung gegen die Insolvenzmasse tatsächlich ausfällt und ihm deshalb ein Schaden entstanden ist, ist eine Frage der Begründetheit der Klage und berührt das Rechtsschutzbedürfnis einer Leistungsklage nicht. Überdies hatte der beklagte Insolvenzverwalter Masseunzulänglichkeit angezeigt. Es liegen keine Umstände vor, die gleichwohl eine Deckung erwarten ließen. Insbesondere bestehen keine ohne weiteres durchsetzbaren Ansprüche, aus denen der Kläger befriedigt werden könnte (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 - IX ZR 48/03, BGHZ 159, 104, 108; vom 17. Dezember 2004 - IX ZR 185/03, ZIP 2005, 311, 312; vom 13. Februar 2014 - IX ZR 313/12, NZI 2014, 400 Rn. 16).

15           2. Indes tragen die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht die Annahme, der Beklagte habe - vergleichbar einer Vollstreckungsverteilung - die Durchsetzung des dem Kläger gegen die Insolvenzmasse zustehenden Kostenerstattungsanspruchs in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise im Sinne von § 826 BGB verhindert. Auf die vom Berufungsgericht nicht erörterte Frage der Verjährung kommt es folglich nicht an.

16           a) Ein Verhalten ist sittenwidrig, wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt (st. Rspr. seit RGZ 48, 114, 124). In diese rechtliche Beurteilung ist einzubeziehen, ob es nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren ist (BGH, Urteil vom 6. Mai 1999 - VII ZR 132/97, BGHZ 141, 357, 361; vom 19. Juli 2004 - II ZR 402/02, BGHZ 160, 149, 157; vom 3. Dezember 2013 - XI ZR 295/12, WM 2014, 71 Rn. 23 mwN). Für die Annahme einer Sittenwidrigkeit genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde vertragliche Pflichten oder das Gesetz verletzt oder bei einem anderen einen Vermögensschaden hervorruft (BGH,



Urteil vom 15. Oktober 2013 - VI ZR 124/12, NJW 2014, 1380 Rn. 8 mwN). Ein Unterlassen verletzt die guten Sitten nur dann, wenn das geforderte Tun einem sittlichen Gebot entspricht. Hierfür reicht die Nichterfüllung einer allgemeinen Rechtspflicht, aber auch einer vertraglichen Pflicht nicht aus. Es müssen besondere Umstände hinzutreten, die das schädigende Verhalten wegen seines Zwecks oder wegen des angewandten Mittels oder mit Rücksicht auf die dabei gezeigte Gesinnung nach den Maßstäben der allgemeinen Geschäftsmoral und des als "anständig" Geltenden verwerflich machen (BGH, Urteil vom 19. Oktober 2010 - VI ZR 124/09, WM 2010, 2256 Rn. 12; vom 20. November 2012 - VI ZR 268/11, WM 2012, 2377 Rn. 25; jeweils mwN).

17 Die Bewertung eines Verhaltens als sittenwidrig ist eine Rechtsfrage und unterliegt der uneingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 175/02, BGHZ 154, 269, 274 f; vom 4. Juni 2013, aaO Rn. 14; vom 3. Dezember 2013 - XI ZR 295/12, NJW 2014, 1098 Rn. 23). Die Feststellungen zu den - äußeren und inneren - Tatsachen, die der Beurteilung eines Verhaltens als sittenwidrig zugrunde liegen, unterliegen hingegen nur eingeschränkter revisionsrechtlicher Überprüfung. Sie sind nur darauf zu überprüfen, ob der Tatrichter alle Umstände vollständig berücksichtigt und nicht gegen Denk- oder Erfahrungssätze verstoßen hat (BGH, Urteil vom 4. Juni 2013 - VI ZR 288/12, ZIP 2013, 1429 Rn. 11 mwN), was beispielsweise der Fall ist, wenn der Tatrichter Tatsachen eine Indizwirkung beimisst, die sie nicht haben können (BGH, Urteil vom 14. Januar 1993 - IX ZR 238/91, NJW 1993, 935, 938).

18 b) Das festgestellte Verhalten des Beklagten rechtfertigt es nicht, dieses als sittenwidrig zu qualifizieren. Zu Unrecht stützt das Berufungsgericht die Verurteilung des Beklagten auf Umstände, die den Beklagten zur Anzeige der

Masseunzulänglichkeit geführt haben. Diese sind im Streitfall nicht geeignet, den Schluss auf ein den Kläger in vorsätzlich sittenwidriger Weise schädigendes Verhalten zu tragen.

19           aa) Fehl geht allerdings die Rüge der Revision, das Berufungsgericht sei an der Berücksichtigung der bewerteten Umstände wegen des Grundsatzes rechtlichen Gehörs oder aufgrund von Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Willkürverbot weitgehend gehindert. Der Kläger hat bereits im erstinstanzlichen Verfahren klargestellt, dass er sein Begehren nicht nur auf die Berufungseinlegung, sondern auch auf das Verhalten des Beklagten im Vorfeld und während des Vorprozesses stütze, etwa die Prozessfinanzierungsvereinbarung und die Anzeige der Masseunzulänglichkeit. Ein Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO oder den Beibringungsgrundsatz scheidet aus. Der Kläger hat die in den gerichtlichen Hinweisen angesprochenen Gesichtspunkte aufgegriffen und unter Berücksichtigung der Erklärungen des Beklagten zum Gegenstand des Rechtsstreits gemacht.

20           bb) Die mit der I.           getroffenen Vereinbarungen über die Finanzierung des Prozesses gegen den Kläger und die Handhabung der hieraus zugunsten der Masse folgenden Ansprüche durch den Beklagten geben kein ausreichendes Indiz für eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung des Klägers ab.

21           Soweit das Berufungsgericht meint, die Anzeige der Masseunzulänglichkeit sei unzutreffend, weil der Beklagte Kosten des Vorprozesses bei der I.           nicht eingefordert habe, nimmt es nicht hinreichend in den Blick, dass - wie es selbst feststellt - der Umfang der Zahlungspflicht der I.           streitig war. Stehen der Insolvenzmasse Ansprüche aus einem Prozessfinanzierungsvertrag zu, ist der Insolvenzverwalter zwar verpflichtet, im Interesse der Masse

solche Ansprüche geltend zu machen. Sieht er hiervon ab und zeigt stattdessen die Unzulänglichkeit der Masse an, erlaubt dies jedoch nicht ohne weiteres den Schluss auf eine verwerfliche, auf die Schädigung eines Massegläubigers zielende Gesinnung. Das Verhalten des Beklagten kann im Streitfall allein durch die Schwierigkeiten motiviert gewesen sein, die angesichts der vertraglichen Unklarheiten bei der Verfolgung der in Rede stehenden Ansprüche zu erwarten waren.

22           Eine gegen den Kläger gerichtete verwerfliche Gesinnung kann auch nicht aus der Vereinbarung einer aus Sicht des Berufungsgerichts ungewöhnlich hohen Erlösbeteiligung mit dem Prozessfinanzierer abgeleitet werden. Diese kommt naturgemäß nur zum Tragen, wenn und soweit ein Erlös des Rechtsstreits oder eines Vergleichs vereinnahmt wird. Unterliegt der Kläger vollständig, hat er keinen Kostenerstattungsanspruch gegen die Insolvenzmasse, der vereitelt werden könnte. Unterliegt er nur teilweise, wäre die zur Befriedigung eines Kostenerstattungsanspruchs zur Verfügung stehende Insolvenzmasse auch bei einer höheren Beteiligungsquote zugunsten des Prozessfinanzierers größer als bei einer unterlassenen Prozessführung.

23           cc) Soweit das Berufungsgericht beanstandet, die zweite Masseunzulänglichkeitsanzeige sei unrichtig, weil der Beklagte seinen Vergütungsanspruch überhöht dargestellt und diesen zudem verwirkt habe, misst das Berufungsgericht Umständen eine Indizwirkung für die Annahme sittenwidrigen Verhaltens zu, die diese nicht haben können.

24           (1) Allerdings ist entgegen der Auffassung der Revision das Gericht des Haftungsprozesses nicht durch die Rechtsprechung des Senats zur Bindung des Insolvenzgerichts an die Masseunzulänglichkeitserklärung des Verwalters

oder des nach einer Anzeige mit einer Altmasseverbindlichkeit befassten Prozessgerichts (BGH, Urteil vom 3. April 2003 - IX ZR 101/02, BGHZ 154, 358, 360; vom 4. Dezember 2003 - IX ZR 222/02, WM 2004, 295, 298; Beschluss vom 19. November 2009 - IX ZB 261/08, WM 2010, 130 Rn. 12 f mwN) an einer umfassenden Nachprüfung gehindert, ob der Verwalter zu Recht von Masseunzulänglichkeit ausging (Uhlenbruck/Ries, InsO, 14. Aufl., § 208 Rn. 16; Hmb-Komm-InsO/Weitzmann, 6. Aufl., § 208 Rn. 22; Mohrbutter/Ringstmeier/Pape, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 8. Aufl., IV. Rn. 69; Pape/Uhländer/Schmittmann, InsO, § 208 Rn. 12 und 17; Pape in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2004, § 208 Rn. 3). Die mit der Verlagerung der alleinigen Feststellungskompetenz auf den Insolvenzverwalter einhergehende Einschränkung von Rechtsschutzmöglichkeiten reicht nur so weit, wie es nach der gesetzgeberischen Bewertung der beteiligten Interessen und der vom Gesetzgeber getroffenen Wertentscheidung erforderlich und notwendig ist. Der Regelungszweck des besonderen Verwertungs- und Verteilungsverfahrens nach den §§ 208 ff InsO, dem Insolvenzverwalter trotz Vorliegens einer "Insolvenz in der Insolvenz" die vollständige Abwicklung des Schuldnervermögens zu ermöglichen und ihm die zur Fortsetzung seiner Tätigkeit unerlässliche Handlungsfreiheit zurück zu geben (vgl. BGH, Beschluss vom 27. September 2007 - IX ZB 172/06, WM 2007, 2201 Rn. 7 mwN; HK-InsO/Landfermann, 8. Aufl., § 208 Rn. 4), und der damit verfolgte Vereinfachungs- und Beschleunigungsgewinn (BAG, ZIP 2002, 628, 630) wird durch eine Nachprüfung der Anzeige in einem späteren Haftungsprozess nicht berührt.

25 Bei dieser Nachprüfung ist zu berücksichtigen, dass dem Verwalter bei der Frage, zu welchem Zeitpunkt er die (drohende) Masseunzulänglichkeit anzeigt, ein weiter Handlungs- und Entscheidungsspielraum zusteht (für die Haftung nach §§ 60 f InsO BGH, Urteil vom 21. Oktober 2010 - IX ZR 220/09, WM

2010, 2321 Rn. 8, 10, mwN). Dieser Beurteilungsspielraum bezieht sich auch auf die Ermittlung, ob Masseunzulänglichkeit droht oder bereits vorliegt, und damit auf die Bewertung, ob die Verfahrens- und Massekosten auch gedeckt sind (vgl. für die Entlastung gemäß § 61 Satz 2 InsO BGH, Urteil vom 17. Dezember 2004 - IX ZR 185/03, ZIP 2005, 311, 312; vgl. auch Uhlenbruck/Ries, aaO § 208 Rn. 5; Pape in Kübler/Prütting/Bork, aaO § 208 Rn. 13; Gundlach/Frenzel/Jahn, DZWIR 2011, 177, 179). Der Verwalter hat die Anknüpfungstat-sachen und wirtschaftlichen Eckdaten sorgfältig zu ermitteln und seinen Bewer-tungsspielraum nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Insolvenzverwaltung auszuüben (HmbKomm-InsO/Weitzmann, aaO § 208 Rn. 4 und 9). Er muss von den im Zeitpunkt seiner Prüfung verfügbaren Erkenntnissen und Tatsachen ausgehen, zugleich aber die Geschäftsentwicklung für die Dauer der Fortfüh-rung des Insolvenzverfahrens berücksichtigen und die aus der Fortführung re-sultierenden tatsächlichen und rechtlichen Ungewissheiten einbeziehen (für § 61 Satz 2 InsO BGH, Urteil vom 17. Dezember 2004 - IX ZR 185/03, ZIP 2005, 311, 312; HK-InsO/Lohmann, 8. Aufl., § 61 Rn. 18). Bewertungsschwie-riigkeiten und Schätzungsungenauigkeiten sind einer solchen Prognoseberech-nung immanent und hinzunehmen.

26           (2) Diese Grundsätze gelten auch im Hinblick auf die Bewertung der vor-aussichtlichen Vergütung und Auslagen des Insolvenzverwalters. Deren gericht-liche Nachprüfung im Rahmen des Haftungsprozesses ist nicht deshalb ausge-schlossen oder beschränkt, weil nach § 64 Abs. 1 InsO allein das Insolvenzge-richt zur Festsetzung der Vergütung befugt ist. Anders als in den von der Revi-sion zitierten Urteilen des Senats vom 17. November 2005 (IX ZR 179/04, BGHZ 165, 96) und 16. Oktober 2014 (IX ZR 190/13, WM 2014, 2236) berührt die gerichtliche Überprüfung der vom Verwalter in seine Masseunzulänglich-keitsberechnung eingestellten Vergütungsprognose weder die gerichtliche Ent-

scheidungsbefugnis nach § 64 Abs. 1 InsO noch die im dortigen Verfahren vorgesehenen Beteiligungsrechte von Schuldner und Insolvenzgläubiger (hierzu BGH, Urteil vom 17. November 2005, aaO S. 105 f; vom 16. Oktober 2014, aaO Rn. 15; HK-InsO/Keller, 8. Aufl., § 64 Rn. 16 f). Bei der Nachprüfung der Masseunzulänglichkeitsanzeige im Rahmen eines Haftungsprozesses geht es nicht um die verbindliche Festlegung der Vergütungshöhe. Sie hat auch keine Auswirkungen für das in den §§ 64 f InsO, §§ 1 ff InsVV geregelte besondere Festsetzungsverfahren.

27           Allerdings muss sich in einem Haftungsprozess die gerichtliche Überprüfung auch insoweit darauf beschränken, ob der Insolvenzverwalter einen ihm zuzugestehenden Beurteilungsspielraum überschritten hat. Die Vergütung des Verwalters ist eine Gesamtvergütung für die Tätigkeit im gesamten Verfahren (HK-InsO/Keller, aaO § 63 Rn. 6). Ihre endgültige Höhe steht entsprechend erst bei Beendigung des Insolvenzverfahrens fest und kann vom Verwalter zum Zeitpunkt einer Masseunzulänglichkeitsanzeige nur geschätzt werden.

28           (3) Seinen Bewertungsspielraum hat der Beklagte überschritten, soweit er die an den Zeugen K.       aus der Masse entrichteten Zahlungen nicht auf seinen Vergütungsanspruch angerechnet hat. Gleichwohl kann hieraus vorliegend nicht auf eine auf Schädigung des Klägers gerichtete Gesinnung geschlossen werden.

29           (a) Die Tätigkeiten des Zeugen K.       sind nach den getroffenen Feststellungen dem Beklagten als Insolvenzverwalter zu- und auf seinen Vergütungsanspruch anzurechnen, weil der Zeuge bei diesem beschäftigt und für Tätigkeiten eingeschaltet war, die zu den allgemeinen Geschäften eines Insolvenzverwalters gehören (vgl. für die Ermittlung von Anfechtungsansprüchen

BGH, Beschluss vom 8. März 2012 - IX ZB 162/11, WM 2012, 666 Rn. 11; vom 14. November 2012 - IX ZB 95/10, ZVI 2013, 167 Rn. 4; anders für die Beiordnung eines Rechtsanwalts im Rahmen einer Prozesskostenhilfe im Anfechtungsrechtsstreit BGH, Beschluss vom 23. März 2006 - IX ZB 130/05, WM 2006, 1298 Rn. 9). Ist die kostenträchtige Einschaltung eines Externen nicht erforderlich oder darf der Insolvenzverwalter für die Erledigung der betreffenden Aufgabe keine Sondervergütung verlangen, kann die festzusetzende Vergütung um den zu Unrecht aus der Masse entnommenen Betrag gekürzt werden (BGH, Beschluss vom 11. November 2004 - IX ZB 48/04, ZIP 2005, 36, 37; vom 19. April 2012 - IX ZB 23/11, ZInsO 2012, 928 Rn. 20; vom 4. Dezember 2014 - IX ZB 60/13, WM 2015, 134 Rn. 18 mwN). Diesen Maßstäben entspricht die Bewertung durch das Berufungsgericht, wonach die Aufarbeitung vorgefundener Akten nach bestimmten Gesichtspunkten, die Zusammenstellung von Sachverhalten zur Prüfung von Anfechtungsmöglichkeiten, die Prüfung von Zahlungsströmen zur Erforschung noch vorhandenen Vermögens und die Aufarbeitung von Buchhaltungsfehlern in diesem Zusammenhang sowie die Suche nach Prozessfinanzierern als Regeltätigkeiten anzusehen sind. Zutreffend hat das Berufungsgericht auch den Umstand, dass der Zeuge K. in keinem Fall verantwortlich gegenüber Gerichten oder Behörden aufgetreten war und der Beklagte für bestimmte Tätigkeiten auch tatsächlich Sonderfachleute bestellt hatte, als Indiz gegen eine Tätigkeit des Zeugen K. als Sonderfachmann angesehen.

30 (b) Die Feststellungen tragen aber nicht die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe die vergütungsrechtliche Einordnung der vom Zeugen K. geleisteten Tätigkeiten in bewusster Abkehr von der höchstrichterlichen Rechtsprechung vorgenommen. Allein die Kenntnis des Beklagten vom Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 11. November 2004 im Zeitpunkt der

zweiten Masseunzulänglichkeitsanzeige lässt einen derartigen Schluss nicht zu. Zu diesem Zeitpunkt war für die vergütungsrechtliche Einordnung einer Tätigkeit allgemein darauf abzustellen, ob die Aufgabe - gleich, ob gerichtliche oder außergerichtliche Tätigkeit - besonderer Fähigkeiten bedurfte und daher von einem Verwalter bei sachgerechter Arbeitsweise in der Regel einem Sonderfachmann hätte übertragen werden müssen (vgl. zur KO: BGH, Urteil vom 17. September 1998 - IX ZR 237/97, BGHZ 139, 309, 312). Diese Formulierung war auch Ausgangspunkt der Prüfung in dem vom Berufungsgericht herangezogenen Beschluss vom 11. November 2004 (ZIP 2005, 36, 37 unter II. 2. a) und b)). Erst mit den Beschlüssen aus den Jahren 2006 und 2012 hat der Senat seine vergütungsrechtliche Rechtsprechung für Insolvenzanfechtungsfälle konkretisiert. Die unzutreffende vergütungsrechtliche Einordnung der vom Beklagten im Einzelnen dargelegten Tätigkeiten des Zeugen K. war daher nicht so grob leichtfertig oder gewissenlos, dass dies den Schluss auf eine verwerfliche, gegen den Kläger als Massegläubiger gerichtete Gesinnung zuließe.

31 (4) Der Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens lässt sich hier auch nicht mit den vom Berufungsgericht geäußerten Zweifeln an der Richtigkeit der Vergütungsansätze begründen. Dies würde die Maßstäbe, die insoweit an die Prognose des Verwalters zu stellen sind, überspannen. Weder aus den vom Beklagten geltend gemachten Zuschlägen noch aus den hieran vom Berufungsgericht geäußerten Zweifeln noch aus dem Umstand, dass der Beklagte den bei der Masseunzulänglichkeitsanzeige in Ansatz gebrachten Vergütungsanspruch variiierend begründet hat, kann sich ein Indiz für eine verwerfliche Zweckrichtung seines Handelns ergeben.

32 Der im Vergütungsfestsetzungsverfahren geltende strenge Maßstab, wonach es einer genauen trichterlichen Überprüfung und Beurteilung aller in



Frage kommenden Tatbestände bedarf und die vom Verwalter geltend gemachten Zuschlagstatbestände und in Betracht kommenden Abschlagstatbestände im Einzelnen zu beurteilen sind (BGH, Beschluss vom 11. Mai 2006 - IX ZB 249/04, NZI 2006, 464 Rn. 11 mwN), kann nicht ohne weiteres auf die Prognose der Vergütungshöhe in der Masseunzulänglichkeitsberechnung übertragen werden. Der Beklagte hat nachvollziehbar und nachprüfbar dargelegt, wie sich die von ihm in die Masseunzulänglichkeitsberechnung eingestellte Vergütungshöhe von 300.000 € errechnet. Er hat die Berechnungsgrundlage angegeben und die jeweils angesetzten Zu- und Abschläge begründet. Dass der Beklagte dabei seinen Beurteilungsspielraum so deutlich überschritten hätte, dass hieraus auf ein verwerfliches Handeln im Sinne einer Sittenwidrigkeit geschlossen werden könnte, zeigen die einzelnen Beanstandungen des Berufungsgerichts nicht auf. Daher lässt auch der Umstand, dass der Beklagte auf die gerichtlichen Bedenken hin und diesen Rechnung tragend eine - ebenfalls nachvollziehbare - Neuberechnung vorgelegt hat, die bei verändertem Ansatz zu einer Vergütung in der bereits ursprünglich angesetzten Höhe gelangt, den vom Berufungsgericht gezogenen Schluss auf ein sittenwidriges Verhalten nicht zu.

- 33 (5) Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen auch nicht die Beurteilung, der Beklagte habe seinen Vergütungsanspruch verwirkt. Der Insolvenzverwalter verwirkt 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. Dies kommt im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht. Für die Versagung jeglicher Vergütung genügt nicht jede objektiv erhebliche Pflichtverletzung. Sie kommt vielmehr nur bei einer schweren, subjektiv in hohem Maße vorwerfbaren Verletzung der Treuepflicht in Betracht, etwa wenn

der Insolvenzverwalter besonders schwerwiegende Pflichtverletzungen in Form von Straftaten zum Nachteil der Masse begangen hat (BGH, Beschluss vom 6. Mai 2004 - IX ZB 349/92, BGHZ 159, 122, 132; vom 9. Juni 2011 - IX ZB 248/09, WM 2011, 1522 Rn. 6; vom 14. Juli 2016 - IX ZB 52/15, WM 2016, 1610 Rn. 6 mwN). Derart schwerwiegende Pflichtverletzungen liegen nicht vor.

34 (6) Offen bleiben kann, inwieweit ein Indiz für eine sittenwidrige Schädigung des Klägers darin liegen kann, dass der Insolvenzverwalter - hier der Beklagte - sich vom Insolvenzgericht ermächtigen lässt, überhöhte Vorschüsse auf seine Vergütungsforderungen aus der Masse zu entnehmen. Dies setzt jedenfalls voraus, dass der Insolvenzverwalter gegenüber dem Insolvenzgericht bewusst unzutreffende Angaben über seinen Vergütungsanspruch macht. Daran fehlt es im Streitfall.

35 c) Auch die sonstigen vom Berufungsgericht festgestellten Umstände können weder für sich genommen noch in einer Gesamtschau eine sittenwidrige Schädigung durch ein auf Vereiteln berechtigter Ansprüche des Klägers gerichtetes Handeln des Beklagten indizieren.

36 (1) Das gilt zunächst für das Zahlungsverhalten des Beklagten im Hinblick auf die Rangordnung des § 209 InsO. Die Annahme des Berufungsgerichts, bezahlt würden allein die auf Seiten des Beklagten tätigen Massegläubiger, lässt außer Acht, dass der Beklagte auch sämtliche Kosten des anschließenden Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde einschließlich der entsprechenden Forderungen des Klägers aus der Masse beglichen hatte. Zudem waren die vom Berufungsgericht als rangwidrig bewerteten anderen Zahlungen im Hinblick auf die geltend gemachten Forderungen des Klägers sowie auf die eigenen Vergütungsansprüche des Beklagten nur geringfügig.

37 (2) Ebenso wenig ergibt sich aus dem festgestellten Verstoß gegen § 160 Abs. 2 Nr. 3 InsO - fehlende Zustimmung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung - ein Indiz für eine Sittenwidrigkeit im Handeln des Beklagten. Denn die zustimmungsbedürftige Rechtshandlung liegt hier in der Führung eines Gerichtsverfahrens, so dass die Sittenwidrigkeit nicht bejaht werden kann, ohne zugleich zu den Erfolgsaussichten des geführten Prozesses Feststellungen zu treffen. Auch aus den Erklärungen des Beklagten in dem vom Berufungsgericht zitierten Schreiben an die I. vom 19. Juli 2002 lässt sich nicht der Schluss auf einen Schädigungswillen im Hinblick auf die Durchsetzung des Kostenerstattungsanspruchs ziehen. Das Berufungsgericht lässt außer Acht, dass der Beklagte ergebnisoffene Überlegungen zur angemessenen Höhe der zu erhebenden Klage anstellt und er seine Skepsis zum materiellrechtlichen Bestand der von den Vor-Ort-Gesellschaften angemeldeten Forderungen auch nach außen kundgetan hat.

### III.

38 Das Berufungsurteil stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

39 1. Zutreffend hat das Berufungsgericht für den Anspruch auf Ersatz eines zielgerichtet dem Kläger individuell zugefügten Schadens eine persönliche Haftung des Beklagten nach §§ 60, 61 InsO verneint. Zwar handelt es sich bei dem Prozesskostenerstattungsanspruch des Klägers um eine Masseverbindlichkeit. Jedoch erfasst der Zweck des § 61 InsO, die Bereitschaft zur Kreditgewährung an die Masse zu fördern, diesen Anspruch eines Prozessgegners nicht. Viel-

mehr gehört es zu den allgemeinen Risiken einer obsiegenden Prozesspartei, ob sie die von ihr aufgewendeten Prozesskosten vom unterliegenden Gegner erstattet erhält (BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004 - IX ZR 142/03, BGHZ 161, 236, 239 f). § 60 Abs. 1 Satz 1 InsO begründet keine Verpflichtung des Insolvenzverwalters, vor der Erhebung einer Klage oder während des Prozesses die Interessen des Prozessgegners an einer eventuellen Erstattung seiner Kosten zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004, aaO S. 240 mwN; für die Konkursordnung BGH, Urteil vom 26. Januar 2001 - IX ZR 209/98, BGHZ 148, 175, 177 ff).

40            2. Eine Haftung des Beklagten aus § 826 BGB kann nicht darauf gestützt werden, dass der Beklagte gegen den Kläger in zumindest grob leichtfertiger Weise ein gerichtliches Verfahren eingeleitet und durchgeführt hätte, obwohl er wusste, dass der bedingte gegnerische Kostenerstattungsanspruch ungedeckt sein würde (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004 - IX ZR 142/03, BGHZ 161, 236, 241). Ein leichtfertiges Verhalten scheidet aus, weil der Beklagte dem Rechtsschutzbegehren Erfolgsaussichten beimessen durfte. Ob die Annahme einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung im Zusammenhang mit dem Führen eines Aktivprozesses an noch strengere Voraussetzungen geknüpft ist (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 175/02, BGHZ 154, 269, 273 ff; hierzu BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004, aaO), bedarf keiner Erörterung.

41            a) 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. Dem kann eine offensichtlich ganz lückenhafte oder sonst auf gänzlich verfehlten Erwägungen beruhende Prüfung der Erfolgsaussichten gleichstehen, weil auch hieraus typischerweise auf die grob leichtfertige Haltung des Klägers bei seinem prozessualen Vorge-

hen geschlossen werden kann. Bei 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. Zudem ist bei der Prüfung einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung des Prozessgegners der dem Insolvenzverwalter zustehende Beurteilungsspielraum zugrunde zu legen (zur KO: BGH, Urteil vom 26. Juni 2001 - IX ZR 209/98, BGHZ 148, 175, 183, 184).

42            b) Nach diesen Maßstäben war die Durchführung des Berufungsverfahrens nicht grob leichtfertig. Die Klage und damit das gegen die Klageabweisung gerichtete Rechtsmittel hatten nicht offensichtlich nur geringe Erfolgsaussichten.

43            Der Vorprozess zeichnete sich durch einen zwar in wesentlichen Teilen unstreitigen, aber hoch komplexen Sachverhalt infolge der mehrfachen gesellschaftsrechtlichen Verschachtelung unter Beteiligung des Klägers und der mehrstufigen Umstrukturierungsakte aus. Die Erfolgsaussichten der Klage hingen dementsprechend - wie bereits das Landgericht herausgearbeitet hat - vor allem von der Beantwortung gesellschafts- und bilanzrechtlich schwieriger Rechtsfragen ab. Der Beklagte hatte sich hierzu anwaltlicher Hilfe bedient. Die im Vorprozess ergangenen Entscheidungen lassen nicht erkennen, dass die vom Beklagten vertretene Rechtsauffassung in Gänze so unvertretbar gewesen wäre, dass allein deswegen das Führen des Prozesses als grob leichtfertig erscheinen müsste. Die im Verfahren eingereichten und den Parteien mit Gelegenheit zur Stellungnahme zur Kenntnis gebrachten Unterlagen zeigen ferner, dass die maßgeblichen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte des dem Vorprozess zugrunde liegenden Sachverhalts geprüft und die Aussichten und

Angriffspunkte eines Berufungsverfahrens herausgearbeitet worden waren. Die anwaltliche Beratung kam zu dem Ergebnis, dass die rechtliche Bewertung und Lösung durch das Landgericht fehlerhaft, eine Berufung also nicht ohne Erfolgsaussicht sei. Der Versuch, diese geprüften Ansprüche im Interesse der Masse zu wahren, war jedenfalls nicht leichtfertig. Die vom Berufungsgericht nicht in den Blick genommenen gerichtlichen Vergleichsbemühungen im Vorprozess belegen diesen Befund zusätzlich.

- 44 c) Folglich können all die Umstände, die in so engem Zusammenhang mit der Einleitung und dem Führen des Vorprozesses stehen, dass sie nicht isoliert betrachtet werden dürfen, keine Indizwirkung für eine sittenwidrige Schädigung entfalten. Der Insolvenzverwalter ist berechtigt, gegebenenfalls sogar verpflichtet, erfolgsversprechende oder nach sorgfältiger Prüfung für erfolgsversprechend erachtete Prozesse zugunsten der Masse zu führen. Deshalb können weder der Verstoß gegen § 160 Abs. 2 Nr. 3 InsO noch Inhalt oder Zustandekommen der Prozesskostenfinanzierungsvereinbarung noch das mit den den Insolvenzverwalter vertretenden Rechtsanwälten vereinbarte Honorar, zu dessen Tragung das Berufungsgericht ohnedies die I. verpflichtet sieht, eine besondere Verwerflichkeit im Handeln des Beklagten belegen.

#### IV.

- 45 Das Berufungsurteil kann deshalb keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Aufhebung nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist, kann der Senat selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Weitere tatsächliche Feststellungen sind nicht zu

erwarten. Sämtliche denkbaren Umstände, aus denen sich im Streitfall eine Sittenwidrigkeit des Verhaltens des Beklagten im Zusammenhang mit der Führung des Vorprozesses ergeben könnte, waren bereits Gegenstand des Vortrags im Berufungsverfahren. Der Kläger hat keine weiteren Gesichtspunkte vorgetragen, die geeignet wären, die erstinstanzliche Beurteilung in Frage zu stellen. Die Berufung des Klägers ist zurückzuweisen, weil das Landgericht die Klage im Ergebnis zu Recht insgesamt abgewiesen hat.

Grupp

Gehrlein

Lohmann

Schoppmeyer

Meyberg

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 09.08.2011 - 26 O 1647/08 -

OLG München, Entscheidung vom 09.09.2014 - 5 U 3864/11 -