

NZI

Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung

Das gesamte Verfahren der Unternehmens- und Verbraucherinsolvenz

Dr. Gero Fischer

Haftungsrisiken für Insolvenzverwalter
bei unterlassener Inanspruchnahme
gewerblicher Prozessfinanzierung



7/2014

26. März 2014
17. Jahrgang S. 241–247

Sonderdruck

Haftungsrisiken für Insolvenzverwalter bei unterlassener Inanspruchnahme gewerblicher Prozessfinanzierung

Seit etwa 15 Jahren gibt es Unternehmen, die eine gewerbliche Prozessfinanzierung anbieten. Die entsprechenden Verträge sehen in der Regel vor, dass der Finanzierer sich verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits, insbesondere im Unterliegensfall, zu übernehmen. Für das übernommene Prozessrisiko erhält er im Erfolgsfall aus dem Erlös eine Erfolgsbeteiligung, die in den meisten Fällen zwischen 20 und 30 Prozent liegt und von der Höhe des erfolgreich geltend gemachten Betrags abhängig sein kann. Die Rechtsnatur solcher Verträge ist bisher nicht hinreichend geklärt¹. Jedenfalls können solche Verträge grundsätzlich rechtswirksam geschlossen werden². Demzufolge steht dieses Rechtsinstitut im Insolvenzverfahren auch dem Insolvenzverwalter zur Verfügung. Die Entschließung zu einer Prozessfinanzierung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn es um die Durchsetzung von Ansprüchen mit hohem Streitwert geht und die infolge eines solchen Rechtsstreits zunächst anfallenden Kosten dem Verwalter in der Masse nicht zur Verfügung stehen. Der Beitrag behandelt die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine insolvenzspezifische Pflicht des Verwalters besteht, eine solche Möglichkeit zu prüfen und einen Vertrag zur Finanzierung der Prozesskosten abzuschließen, und welche haftungsrechtlichen Folgen sich aus einer pflichtwidrigen Unterlassung ergeben können. Abschließend wird zu erörtern sein, ob auch für den

vorläufigen Insolvenzverwalter und den Gutachter Rechtspflichten in diesem Bereich entstehen können.

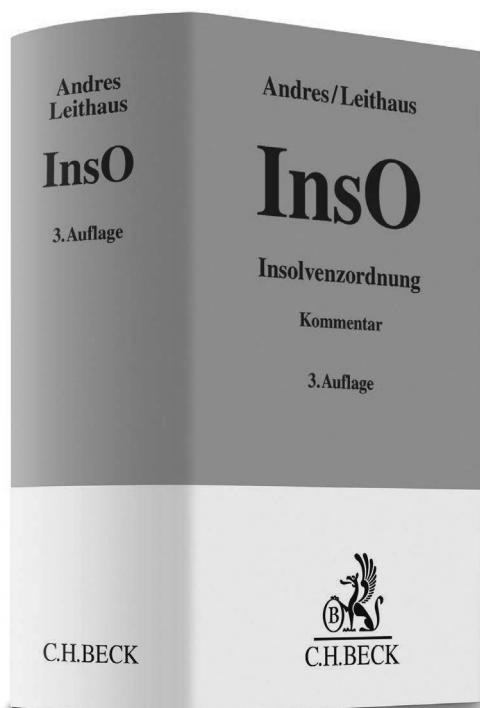
I. Pflichtenkreis des Insolvenzverwalters

1. Aufgabe der Massemehrung

Gemäß § 148 I InsO hat der Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens das gesamte zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen in Besitz und Verwaltung zu neh-

* Der Autor war bis März 2008 Vorsitzender Richter des IX. Zivilsenats des BGH. – Der Beitrag ist aus einer Anfrage der Praxis entstanden.

- 1 Die überwiegende Meinung in der Literatur versteht den Vertrag als eine Gesellschaft iSv § 705 BGB oder eine stille Gesellschaft, vgl. *Palandt/Sprau*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 705 Rn. 42; *Homburg*, Erfolgsorientierte Prozessfinanzierung, 2006, 102 ff.; *Dethloff*, NJW 2000, 2225 (2226 f.); *Frechen/Kochheim*, NJW 2004, 1213 (1214); *Grunewald*, BB 2000, 729 (730); *Maubach*, Gewerbliche Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung, 2002, 95 ff. Demgegenüber sehen *LG Bonn*, NJW-RR 2007, 132 (134 ff.) und *Sturm*, Zivilrechtliche, prozessuale und anwaltsrechtliche Probleme der gewerblichen Prozessfinanzierung, 2005, 64 f., den Vertrag mit beachtlichen Erwägungen als partiarisches Rechtsgeschäft an.
- 2 Zur Unwirksamkeit von Prozessfinanzierungsverträgen, welche die Geltendmachung einer anwaltlichen Honorarforderung zum Gegenstand haben, oder mit denen das Verbot von anwaltlichen Erfolgshonoraren umgangen werden soll, vgl. *OLG Köln*, NJW 2008, 589; *OLG München*, NJW 2012, 2207 = WM 2012, 2108.



InsO ausgewogen und kompakt.

InsO für den ersten Zugriff

Kommentiert wird die komplette Insolvenzordnung mit aktueller Schwerpunktsetzung. Die Kommentierung ist **besonders ausgewogen** und eignet sich gleichermaßen für die Gläubiger- und Schuldnerseite wie für die Gerichtspraxis.

Auf dem neuesten Stand

Die 3. Auflage berücksichtigt aktuell das **Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens** und zur **Stärkung der Gläubigerrechte** mit seinen Änderungen zum **1.7.2014**. Daneben sind die Neuerungen durch das ESUG von großer Bedeutung.

3. Auflage. 2014. LVII, 1059 Seiten.
In Leinen € 99,-
ISBN 978-3-406-64814-4
Neu im März 2014

men. Nach dem Berichtstermin ist das zur Masse gehörende Vermögen unverzüglich zu verwerten, soweit dem nicht Beschlüsse der Gläubigerversammlung entgegenstehen (§ 159 InsO). Aus dem Verwaltungsauftrag folgt, dass grundsätzlich alle der Masse gegen Dritte zustehenden vermögensrechtlichen Ansprüche geltend zu machen sind³. Die Aufgabe des Verwalters erstreckt sich sowohl auf Ansprüche, die schon in der Person des Schuldners gegeben, also bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits begründet waren, als auch auf solche, die erst infolge der Eröffnung des Verfahrens entstanden sind. Dies betrifft insbesondere solche aus Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO sowie gegen Geschäftsführer nach § 64 GmbHG. Die Pflicht zur Einziehung erstreckt sich darüber hinaus auf alle Arten von gesetzlichen und vertraglichen Forderungen, deren Durchsetzung den Gläubigern einen wirtschaftlichen Vorteil bringen. Daher hat der Verwalter in der Insolvenz einer Kapitalgesellschaft auch sorgfältig zu prüfen, ob die gesetzlichen Regeln der Kapitalaufbringung und -erhaltung verletzt worden sind⁴.

Wird die Erfüllung solcher Ansprüche verweigert, gehört es zu den insolvenzspezifischen Pflichten des Verwalters, diese gerichtlich geltend zu machen, sofern die hinreichende Aussicht besteht, einen für die Masse günstigen und in der Zwangsvollstreckung werthaltigen Titel zu erlangen⁵. Bei der Abwägung, welche Maßnahmen geboten erscheinen, hat sich der Insolvenzverwalter ausschließlich davon leiten zu lassen, auf welche Weise die Gläubigerinteressen bestmöglich gewahrt werden⁶.

Gerade in größeren Verfahren steht der Insolvenzverwalter daher immer wieder vor der Aufgabe, mittels einer Kosten-Nutzen-Analyse zu prüfen, ob es sich für die Masse – unter Berücksichtigung der mit der Prozessführung verbundenen Risiken – lohnt, einen Rechtsstreit zu führen⁷. Die Entscheidung wird dann, abgesehen von der Einschätzung der Erfolgsaussichten, ganz wesentlich von der Höhe des Streitwerts sowie von der Frage bestimmt werden, auf welche Weise die für die Prozessführung benötigten finanziellen Mittel aufgebracht werden können.

2. Fehlende finanzielle Mittel zur Prozessführung

a) *Prozesskostenhilfe*. Ist der Insolvenzverwalter der Ansicht, die in Betracht kommende Klage habe hinreichende Aussicht auf Erfolg und den am Gegenstand des Rechtsstreits wirtschaftlich beteiligten Gläubigern sei es nicht zuzumuten, die dafür benötigten Kosten aufzubringen (§§ 114 S. 1, 116 S. 1 Nr. 1 ZPO), wird er im Allgemeinen zunächst daran denken, einen Prozesskostenhilfeantrag zu stellen, zumal auf diesem Wege die Hemmung der Verjährung des Anspruchs nach § 204 I Nr. 14 BGB erreicht werden kann⁸. Der Rechtsverfolgung des Insolvenzverwalters im Rahmen eines geordneten Insolvenzverfahrens ist auch grundsätzlich ein eigenständiges, schutzwürdiges öffentliches Interesse beizumessen⁹.

Gleichwohl kann je nach den Umständen des Einzelfalls die Prüfung geboten sein, ob dem Prozesskostenhilfeverfahren der Vertrag mit einem gewerblichen Prozessfinanzierer und in dessen Folge die sofortige gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs als Alternative vorzuziehen ist.

Die Rechtsprechung neigt dazu, hohe Anforderungen an die Erfolgsaussichten der Klage und besonders an das Erfordernis zu stellen, dass den beteiligten Gläubigern nicht zuzumuten ist, die Kosten aufzubringen. Nach Auffassung des BGH sind Vorschüsse auf die Prozesskosten solchen Beteiligten zuzumuten, die die erforderlichen Mittel unschwer aufbringen können und für die der zu erwartende Nutzen bei ver-

nünftiger, auch das Eigeninteresse sowie das Prozesskostenrisiko angemessen berücksichtigender Betrachtungsweise bei einem Erfolg der Rechtsverfolgung deutlich größer sein wird als die von ihnen als Vorschuss aufzubringenden Kosten. Bei der danach erforderlichen Abwägung sind insbesondere eine zu erwartende Quotenverbesserung im Falle des Obsiegens, das Verfahrens- und Vollstreckungsrisiko sowie die Gläubigerstruktur zu berücksichtigen¹⁰. Der Umstand, dass der Insolvenzverwalter bei einem Versuch, die Kosten von den wirtschaftlich Beteiligten zu erhalten, eine Lösung mit mehr als 20 Gläubigern finden muss, soll noch kein Umstand sein, der die Gewährung von Prozesskostenhilfe rechtfertigt¹¹.

An der für Parteien kraft Amtes nach § 116 S. 1 Nr. 1 InsO geltenden zusätzlichen Voraussetzung scheitern in der Praxis sehr viele Gesuche. Bei komplexen Sachverhalten können PKH-Verfahren zudem nicht selten ein bis zwei Jahre dauern. Die dadurch eintretende Verzögerung kann die Realisierung des Anspruchs erschweren oder vereiteln und für die Gläubiger Gesamtheit besonders dann mit erheblichen Nachteilen verbunden sein, wenn das Unternehmen fortgeführt wird.

Davon abgesehen werden durch die Gewährung von Prozesskostenhilfe nur die eigenen Verfahrenskosten abgedeckt. Die Bewilligung von Prozesskostenhilfe hat auf die Verpflichtung, im Falle des Unterliegens die dem Gegner entstandenen Kosten zu tragen, keinen Einfluss (§ 123 ZPO). Insbesondere dann, wenn das Prozessrisiko aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nur schwer einzuschätzen ist und der Masse im Falle einer Klageabweisung eine Kostenbelastung droht, die zur Masseunzulänglichkeit oder jedenfalls zu schweren finanziellen Nachteilen für die Gläubiger Gesamtheit führt, wird der Insolvenzverwalter zu prüfen haben, ob eine alsbaldige Klageerhebung auf der Basis eines Prozessfinanzierungsvertrags trotz der dann geschuldeten Erlösbeteiligung sowie der Bindung an die Zustimmung des Prozessfinanzierers für eine Reihe von bedeutsamen Prozesshandlungen¹² der Beantragung von Prozesskostenhilfe vorzuziehen ist¹³.

b) *Verweigerung der Prozesskostenhilfe*. Hat der Prozesskostenhilfeantrag des Insolvenzverwalters keinen Erfolg und ist die ablehnende Entscheidung des Prozessgerichts rechtskräf-

3 MüKoInsO/Brandes/Schoppmeyer, 3. Aufl. 2014, § 60 Rn. 11 ff.; Karsten Schmidt/Thole, InsO, 18. Aufl. 2013, § 60 Rn. 15; Karsten Schmidt/Jungmann, § 148 Rn. 4 ff.; Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 148 Rn. 2 f.; Bork, ZIP 2005, 1120.

4 BGH, NZI 2009, 771 Rn. 12.

5 MüKoInsO/Brandes/Schoppmeyer (o. Fn. 3), § 60 Rn. 14; Lüke in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 55. EL 10/2013, § 60 Rn. 26; Bork, ZIP 2005, 1120 (1121).

6 BGHZ 131, 325 (329) = NJW 1996, 850; Onusseit in Kübler/Prütting/Bork (o. Fn. 5), § 159 Rn. 5.

7 Pape in Pape/Graeber, Hdb. der Insolvenzverwalterhaftung III, 2009, Rn. 1348.

8 Allein die Einreichung des PKH-Antrags bewirkt allerdings noch nicht die Hemmung. Diese tritt erst ein, wenn das Gericht die Bekanntgabe an den Gegner veranlasst. Dies hat auf Antrag unabhängig von den Erfolgsaussichten des Prozesskostenhilfesuchs zu geschehen, s. BGH, NJW 2008, 1939; vgl. auch BVerfG, NJW 2010, 3083.

9 BGH, NJW 1990, 40 (41 f.); BGHZ 119, 372 (376) = NJW 1993, 135; BGH, NZI 2007, 348.

10 BGH, ZInsO 2012, 2198 = BeckRS 2012, 22654 Rn. 2; NZI 2013, 82 Rn. 2; NZI 2013, 968 = WM 2013, 2025 Rn. 12.

11 BGH, ZIP 2011, 98 = BeckRS 2010, 30932.

12 Die einschlägigen Verträge sehen in der Regel vor, dass insbesondere Vergleiche, Rechtsmittel, Anspruchsverzicht sowie Anerkenntnis von Gegenansprüchen nur mit Zustimmung des Prozessfinanzierers erfolgen sollen und eine entsprechende Handlung gegen das Votum des Finanzierers dessen Kündigung und Schadensersatzansprüche auslösen können; nähere Einzelheiten bei Böttger, Gewerbliche Prozessfinanzierung und staatliche Prozesskostenhilfe, 2008, 10 f., 144 ff.; vgl. auch die Vertragsmuster von Prozessfinanzierungsverträgen bei Homberg (o. Fn. 1), 387 ff.; Kochheim, Die gewerbliche Prozessfinanzierung, 2003, 317 ff.

13 Vgl. auch Pape in Pape/Graeber (o. Fn. 7), Rn. 1355.

tig geworden, so hat sich damit für den Verwalter die Frage der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs nicht ohne Weiteres erledigt. Vielmehr wird auch dann in nicht wenigen Fällen zu erwägen sein, ob es sinnvoll erscheint, die Kosten für eine Klage durch Einschaltung eines gewerblichen Prozessfinanzierers aufzubringen. Dies wird allerdings häufig nur bei Streitwerten von mindestens 50.000 Euro in Betracht kommen, weil für andere Fälle entweder die Prozessfinanzierung generell abgelehnt oder eine Erfolgsbeteiligung verlangt wird, die den mit der Prozessführung erzielbaren wirtschaftlichen Vorteil für die Masse sehr stark einschränkt¹⁴.

aa) *Mangelnde Erfolgsaussicht*. Hat das Gericht Prozesskostenhilfe mangels hinreichender Erfolgsaussicht versagt, scheint auf den ersten Blick alles dafür zu sprechen, dass der Insolvenzverwalter von einer Prozessführung absehen muss, weil er nur Ansprüche gerichtlich geltend machen darf, wenn die Klage Erfolg verspricht¹⁵. Wer jedoch meint, die der Masse ungünstige Entscheidung zur Prozesskostenhilfe rechtfertige es in jedem Falle, dass der Insolvenzverwalter den betreffenden Anspruch nicht mehr weiterverfolgt, hat dessen Pflichtenumfang bei der Geltendmachung von Masseforderungen nicht hinreichend beachtet.

Ist der Verwalter Rechtsanwalt, so schuldet er, wenn es um die Durchsetzung von Ansprüchen der Masse geht, den Beteiligten grundsätzlich dieselbe Sorgfalt wie ein Rechtsanwalt seinem Mandanten¹⁶. Dieser muss selbst angesichts einer vom Berufungsgericht auf der Grundlage einer vorläufigen Beratung angeregten Rücknahme des Rechtsmittels seinen Auftraggeber über alle gegen die Empfehlung des Gerichts sprechenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte aufklären¹⁷. Einen vergleichbar vorläufigen Charakter hat die auf einer summarischen Prüfung beruhende Entscheidung zur Prozesskostenhilfe. Folglich gehört es zu den Aufgaben des Insolvenzverwalters, die sein Begehren abweisende gerichtliche Entscheidung darauf zu überprüfen, ob die Gründe, aus denen eine hinreichende Erfolgsaussicht verneint wurde, rechtlich und tatsächlich überzeugend erscheinen. Bestehen erhebliche Bedenken gegen die gerichtlichen Erwägungen, kann dies Veranlassung geben, sich an eine Gesellschaft zu wenden, die gewerbsmäßig Prozesse finanziert, zumal diese schon im eigenen Interesse nur dazu bereit ist, eine entsprechende vertragliche Verpflichtung einzugehen, wenn sie nach eigener Prüfung der Sach- und Rechtslage zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Klage aussichtsreich erscheint¹⁸.

bb) *Zumutbarkeit der Kosten für die wirtschaftlich Beteiligten*. Wird die Prozesskostenhilfe dagegen nur deshalb verweigert, weil den wirtschaftlich beteiligten Gläubigern die Aufbringung der Kosten, die für die Prozessführung erforderlich sind, zumutbar sei, sind diese aber, wie meistens, nicht bereit, den auf sie entfallenden Anteil vorzuschießen, so hat der Insolvenzverwalter in der Regel keinen Anlass, die Erfolgsaussichten eines Rechtsstreits ungünstiger einzuschätzen als im Zeitpunkt der Einbringung des PKH-Antrags. Kann im Hinblick auf den Umfang des geltend zu machenden Anspruchs davon ausgegangen werden, dass ein Vertrag mit einem gewerblichen Prozessfinanzierer möglich ist, so ist jedenfalls häufig kein Grund ersichtlich, auf diese Möglichkeit zu verzichten. Der Insolvenzverwalter übt ein im öffentlichen Interesse bestehendes privates Amt aus. Er zählt daher selbst dann nicht zu den wirtschaftlich Beteiligten iSv § 116 S. 1 Nr. 1 InsO, wenn der Prozess hauptsächlich der Sicherung seines Vergütungsanspruchs dient¹⁹. Zudem wäre die Leistung eines Vorschusses aus persönlichen Mitteln des Verwalters schwerlich mit der gesetzlich gebotenen Unabhängigkeit (§ 56 I 3 InsO) sowie der daraus folgenden

Pflicht zur Neutralität gegenüber allen Beteiligten²⁰ vereinbar.

Da der Prozessfinanzierer sich in der Regel verpflichtet, alle anfallenden Prozesskosten zu übernehmen, bewirkt die Durchführung des Rechtsstreits auf der Grundlage des Prozessfinanzierungsvertrags für die Gläubigergesamtheit eine realistische Aussicht auf eine nicht unerhebliche Massemehrung, ohne mit wirtschaftlichen Nachteilen verbunden zu sein. Daher verletzt der Insolvenzverwalter, der trotzdem keine Prozessfinanzierung in Anspruch nimmt, seine Pflicht, die Masse zu mehren, nur dann nicht, wenn er die Unterlassung auf Gründe stützen kann, die unter Beachtung der Interessen der Insolvenzgläubiger auf Grund aller im jeweiligen Verfahren bedeutsamen Umstände vertretbar erscheinen. Dies mag etwa der Fall sein, wenn durch die Klageerhebung eine Veräußerung des Unternehmens vereitelt oder das Gelingen der Betriebsfortführung erheblich gefährdet worden wäre²¹.

c) *Masseunzulänglichkeit*. Der Insolvenzverwalter kann auch nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit (§ 208 InsO) noch Prozesskostenhilfe beanspruchen, sofern die Voraussetzungen der §§ 114, 116 ZPO gegeben sind; ein entsprechender Antrag darf nicht als mutwillig behandelt werden²². Nach § 207 I 1 InsO ist ein eröffnetes Verfahren nur dann einzustellen, wenn die Insolvenzmasse nicht die Kosten des Verfahrens deckt. Liegt diese Voraussetzung nicht vor, reicht die Masse aber nicht aus, um die fälligen Masseverbindlichkeiten zu erfüllen, hat der Verwalter die Masseverbindlichkeiten in der von § 209 InsO vorgeschriebenen Reihenfolge zu berichtigen. Daher sind auch bei Masseunzulänglichkeit die der Masse zustehenden Ansprüche, soweit möglich, gerichtlich geltend zu machen²³.

Daher kann selbst bei Masseunzulänglichkeit, wenn das Prozessgericht die Gewährung der Prozesskostenhilfe versagt, zu prüfen sein, ob der Anspruch mit Aussicht auf Erfolg in der Weise durchgesetzt werden kann, dass die Kosten für den Prozess fremdfinanziert werden.

3. Ausreichende finanzielle Mittel der Masse

Sind in der Masse die finanziellen Mittel vorhanden, die für die Durchführung des Rechtsstreits benötigt werden, wird im Allgemeinen keine Veranlassung gegeben sein, die Prozesskosten fremd zu finanzieren, wenn in Anbetracht eines geringen Prozessrisikos die an den Prozessfinanzierer zu leistende Quote als unverhältnismäßig hoher Nachteil erscheint. Können jedoch bei Einsatz der vorhandenen Mittel für den Prozess Maßnahmen, die für die Fortführung des Unternehmens wichtig sind, nicht durchgeführt werden oder ist die Durchführung des Rechtsstreits voraussichtlich mit beträchtlichen Risiken verbunden, kann gleichwohl eine Finanzierung über eine gewerblich tätige Gesellschaft geboten sein. Der Insol-

14 Vgl. die Aufstellung bei Böttger (o. Fn. 12), 10.

15 BGH, NJW 1994, 323 = WM 1994, 33 (34), insoweit nicht abgedr. in BGHZ 124, 27.

16 BGH, NJW 1994, 323 = WM 1994, 33 (35); MüKoInsO/Brandes/Schoppmeyer (o. Fn. 3), § 60 Rn. 14.

17 BGH, NJW 2013, 2036 = WM 2013, 1426.

18 Vgl. Böttger (o. Fn. 12), 14 f.

19 BGH, NJW 1998, 1229 (1230); NZI 2004, 26 (27).

20 Vgl. Karsten Schmidt/Ries (o. Fn. 3), § 56 Rn. 21.

21 Bork, ZIP 2005, 1120 (1122).

22 BGH, NZI 2008, 431 = WM 2008, 880; NZI 2009, 602 = WM 2009, 1673.

23 Prozesskostenhilfe ist sogar dann zu gewähren, wenn die Forderung, die der Insolvenzverwalter durchsetzen will, lediglich dazu dient, die eingetretene Massekostenarmut zu beseitigen, BGH, NZI 2013, 79 = WM 2013, 54.

venzverwalter wird dann abzuwägen haben, was unter Berücksichtigung der Interessen der Gläubiger, deren Belange er durch die Prozessführung wahren soll, wirtschaftlich vorteilhafter erscheint.

4. Beteiligung des Gläubigerausschusses/der Gläubigerversammlung

Gemäß § 160 I 1 InsO ist die Zustimmung für alle Rechts-handlungen einzuholen, die für das Insolvenzverfahren von besonderer Bedeutung sind. Ob die entsprechende Wertung nach quantitativen oder qualitativen Maßstäben zu erfolgen hat, wird im Schrifttum unterschiedlich beurteilt²⁴. Bestimmte Schwellenwerte festzusetzen, erscheint wenig überzeugend, weil dieselbe Rechtshandlung je nach Gegenstand und Umfang des Insolvenzverfahrens ganz unterschiedliche Bedeutung haben kann. Anhaltspunkte für die Wertung können dagegen den in § 160 II InsO normierten Regelbeispielen entnommen werden²⁵.

Die Zustimmung des Gläubigerausschusses/der Gläubigerversammlung ist nach Abs. 2 Nr. 3 der Vorschrift insbesondere erforderlich, wenn ein Rechtsstreit mit erheblichem Streitwert anhängig gemacht oder die Aufnahme eines solchen Rechtsstreits abgelehnt werden soll. Dabei stellt das Gesetz ersichtlich darauf ab, dass in solchen Fällen eine Klageerhebung für die Masse mit einem ins Gewicht fallenden Kostenrisiko verbunden ist und durch das Unterlassen einer gerichtlichen Geltendmachung möglicherweise auf einen für die Gläubiger wesentlichen Vermögenswert verzichtet wird. Bei Einschaltung eines Prozessfinanzierers entfällt zwar für die Masse das Kostenrisiko, sie verzichtet aber auf den Teil ihres Anspruchs, welcher der finanzierenden Gesellschaft im Erfolgsfall am erzielten Erlös zusteht. Dieser sind zudem, wenn die Klage nur teilweise Erfolg hat, aus dem Erlös diejenigen Kosten zu erstatten, welche der Gegner nicht zu tragen hat. Die Frage, ob ein Rechtsstreit mit erheblichem Streitwert anhängig gemacht werden soll, ist deshalb unabhängig davon, ob die Kosten aus der Masse oder von den Beteiligten aufgebracht werden, ein Prozesskostenhilfesuch oder die Beauftragung eines gewerblichen Finanzierers in Betracht kommt, als eine nach § 160 InsO zustimmungspflichtige Rechtshandlung anzusehen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Insolvenzverwalter den Rechtsstreit führen oder von einer Klage absehen möchte.

Damit stellt sich die Frage, ob es zu den Pflichten des Verwalters gehört, das für die EntschlieÙung über die Prozessführung zuständige Organ auch auf die Alternative der Prozessfinanzierung hinzuweisen. Den Mandanten hat der Anwalt über die Möglichkeit, Prozesskostenhilfe zu erlangen, aufzuklären, wenn er erkennen kann, dass der Mandant auf Grund seiner Einkommens- und Vermögensverhältnisse möglicherweise anspruchsberechtigt ist²⁶. Bringt der Mandant zum Ausdruck, dass er den Rechtsstreit wegen des Kostenrisikos nicht führen kann oder will, so ist der Anwalt in aller Regel jedenfalls dann verpflichtet, ihn über die Möglichkeit einer Prozessfinanzierung zu belehren, wenn die für die Prozessführung notwendigen Kosten auf andere Weise nicht aufzubringen sind²⁷. Der Insolvenzverwalter hat bei Einholung der Zustimmung nach § 160 InsO alle Informationen zur Sach- und Rechtslage zu erteilen, die für eine sachgerechte Entscheidung benötigt werden²⁸. Im Allgemeinen wird vor der Entscheidung über die Zustimmung zur Klageerhebung noch nicht feststehen, wie die zur Prozessführung erforderlichen Kosten aufgebracht werden können. Dann gehört es zu der dem Verwalter obliegenden Information, auch die Frage der Prozessfinanzierung zu behandeln.

Lehnt der Gläubigerausschuss oder die Gläubigerversammlung es ab, einen Anspruch mit einem bedeutsamen Streitwert gerichtlich durchzusetzen, obwohl einer Klage hinreichende Erfolgsaussicht eingeräumt wird, ohne über die Möglichkeit der Prozessfinanzierung ins Bild gesetzt worden zu sein, so beruht die Entscheidung auf einem pflichtwidrigen Verhalten des Verwalters, es sei denn, diese ist auf besondere Gründe des konkreten Verfahrens gestützt, die auch bei Einbeziehung der Möglichkeit, einen Prozessfinanzierer zu beauftragen, durchgreifen, also unter Beachtung der Interessen der Gläubigergesamtheit in jedem Fall vertretbar sind.

Erhält der Verwalter dagegen die Zustimmung des Gremiums zur Durchführung des Rechtsstreits, so steht die Entscheidung, auf welchem Wege die Prozesskosten aufgebracht werden sollen, ob durch Gewährung von Prozesskostenhilfe oder durch Vereinbarung mit einem Prozessfinanzierer, grundsätzlich in seinem pflichtgemäÙen Ermessen²⁹. Veranlassung, in dieser Frage die Zustimmung nach § 160 InsO einzuholen, ist nur dann geboten, wenn die Entscheidung über die mit ihr typischerweise verbundenen Rechtsfolgen hinaus einschneidende Bedeutung für die Belange der Gläubigergesamtheit zur Folge hat.

Unterlässt der Insolvenzverwalter die Klageerhebung, weil er keine Prozesskostenhilfe erlangen kann, obwohl die Kosten für eine aussichtsreiche Klage über einen gewerblichen Finanzierer hätten aufgebracht werden können, und hat er für diese Entscheidung nicht die Zustimmung des nach § 160 InsO dazu berufenen Organs eingeholt, liegt in seinem Verhalten ebenfalls eine Pflichtverletzung, die zur Haftung auf Schadensersatz führen kann³⁰.

II. Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen versäumter Prozessfinanzierung

1. Anspruchsgrundlage

Da die Prozessfinanzierung zur Durchsetzung von Ansprüchen, die dem Interesse der Gläubiger entspricht, zum Bereich der dem Insolvenzverwalter obliegenden Massemehrung gehört, handelt es sich um eine insolvenzspezifische Pflicht, für deren Verletzung im Falle des Verschuldens der Verwalter den Beteiligten nach § 60 InsO einzustehen hat.

Eine pflichtwidrig unterlassene Prozessfinanzierung kann auch zur Folge haben, dass dem Verwalter die Mittel fehlen, eine von ihm begründete Masseverbindlichkeit zu erfüllen. Dann stellt sich die Frage, ob dem Massegläubiger gegenüber auch eine Haftung nach § 61 InsO in Betracht kommt. Dies ist indessen nicht der Fall; denn die Norm setzt voraus, dass der Insolvenzverwalter schon bei Begründung der entsprechenden Masseschuld pflichtwidrig gehandelt hat. Nur wenn er schon zu diesem Zeitpunkt hätte erkennen können, dass

24 Vgl. die Nachw. bei in MüKoInsO/Görg/Janssen (o. Fn. 3), § 160 Rn. 8 Fn. 13 bis 15.

25 Vgl. MüKoInsO/Görg/Janssen (o. Fn. 3), § 160 Rn. 9 f.; Karsten Schmidt/Jungmann (o. Fn. 3), § 160 Rn. 19 f.; Uhlenbruck (o. Fn. 3), § 160 Rn. 16 ff.

26 BGH, NJW 1998, 136 (137); Vill in Zuehör/G.Fischer/Vill/D.Fischer/Rinkler/Chab, Anwaltshaftung, 3. Aufl. 2011, Rn. 720; Vollkommer/Greger/Heinemann, AnwaltshaftungsR, 3. Aufl. 2009, § 12 Rn. 36.

27 Vill in Zuehör/G.Fischer/Vill/D.Fischer/Rinkler/Chab (o. Fn. 26), Rn. 722 mwN; Homberg (o. Fn. 3), 320 ff.; Kochheim (o. Fn. 12), 219; Sturm (o. Fn. 1), 199; a. A. Vollkommer/Greger/Heinemann (o. Fn. 26), § 12 Rn. 36.

28 BGH, WM 1985, 422 (424) = BeckRS 2009, 03720; MüKoInsO/Görg/Janssen (o. Fn. 3), § 160 Rn. 36; Uhlenbruck (o. Fn. 3), § 160 Rn. 29.

29 Im Ergebnis ebenso Böttger (o. Fn. 12), 81 ff.; Sturm (o. Fn. 1), 271.

30 MüKoInsO/Görg/Janssen (o. Fn. 3), § 160 Rn. 36; Karsten Schmidt/Jungmann (o. Fn. 3), § 160 Rn. 1, 13, 17; Uhlenbruck (o. Fn. 3), § 160 Rn. 29; vgl. auch BGH, NZI 2008, 490 Rn. 10.

die Masse voraussichtlich zur Erfüllung der Masseverbindlichkeiten nicht ausreicht, greift § 61 InsO ein. Dem entspricht die Beweislastregel des S. 2 der Vorschrift. Dagegen lassen sich aus § 61 InsO Pflichten zur Durchsetzung von Masseansprüchen, um die zuvor begründeten Masseschulden erfüllen zu können, nicht herleiten³¹.

Gleichwohl kann die Unterlassung einer Prozessfinanzierung sich mittelbar auch im Rahmen einer Haftung nach § 61 InsO für den Verwalter ungünstig auswirken. Dies ist etwa dann der Fall, wenn er bei Begründung der Masseverbindlichkeit hätte erkennen können, dass die Masse voraussichtlich nicht ausreicht, er jedoch nach dem weiteren Verlauf des Verfahrens die Verbindlichkeit gleichwohl hätte erfüllen können, wenn er den Masseanspruch mittels einer Finanzierung durchgesetzt hätte.

2. Pflichtverletzung

Die Unterlassung der Prozessführung, obwohl die dafür entstehenden Kosten durch die Vereinbarung mit einem gewerblichen Prozessfinanzierer hätten aufgebracht werden können, ist insbesondere dann als Pflichtverletzung anzusehen, wenn der Insolvenzverwalter sich mit dieser Frage überhaupt nicht befasst hat, obwohl Veranlassung dazu bestand, und der Anspruch deshalb nicht gerichtlich geltend gemacht worden ist. Entsprechende Voraussetzungen sind in der Regel gegeben, wenn aus der Sicht *ex ante* für die Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bestand und Prozesskostenhilfe nicht erlangt werden konnte.

Hat der Verwalter die Einschaltung eines Prozessfinanzierers erwogen und die Frage negativ entschieden, kommt es darauf an, ob dies aus vertretbaren Erwägungen geschehen ist. Grundsätzlich steht dem Verwalter bei solchen Entscheidungen ein erheblicher Ermessensspielraum zu³². Daher ist es in aller Regel rechtlich nicht zu beanstanden, wenn er sich für den Weg der Prozesskostenhilfe entschieden und auf dieser Grundlage den Rechtsstreit geführt hat. Hat er dagegen keine PKH erhalten und gleichwohl die gerichtliche Durchsetzung im Wege der Prozessfinanzierung nicht versucht, obwohl eine weitere Alternative für ihn nicht zur Verfügung stand, ist ein solches Verhalten im Hinblick auf seine Aufgabe, die Masse zu mehren, in aller Regel pflichtwidrig. Dies wird jedenfalls dann anzunehmen sein, wenn selbst das Scheitern der Klage keine über den Verlust des Anspruchs hinausgehenden Nachteile für die Gläubiger zur Folge gehabt hätte und der Verwalter keine Gründe aufzuzeigen vermag, die sein Verhalten als unter Berücksichtigung der in dem betreffenden Verfahren gegebenen besonderen Umstände wirtschaftlich vertretbar erscheinen lassen.

3. Verschulden

a) *Grundsatz*. Der Insolvenzverwalter hat für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters einzustehen. Dabei ist ein objektiver Maßstab zu Grunde zu legen³³. Ergibt sich aus der Art der Pflichtverletzung, dass das Verhalten nicht dem in § 60 I 2 InsO normierten Maßstab entsprach, so indiziert die Pflichtwidrigkeit bereits das Verschulden³⁴. Es ist dann lediglich noch zu prüfen, ob aus fallbezogenen Umständen der objektive Sorgfaltsverstoß nicht zugerechnet werden kann. Hat der Verwalter dadurch, dass er eine Prozessfinanzierung nicht erwogen oder aus sachlich nicht haltbaren Gründen abgelehnt hat, pflichtwidrig gehandelt, so ist er den von § 60 I 2 InsO genannten Anforderungen nicht gerecht geworden, es sei denn, es liegen besondere Gründe vor, die geeignet sind, ihn persönlich im Einzelfall zu entlasten.

b) *Zustimmung des Gläubigerausschusses/der Gläubigerversammlung*. Hat der Insolvenzverwalter nach ordnungsgemäßer Information einen Beschluss des Gläubigerausschusses bzw. der Gläubigerversammlung erwirkt, der die Zustimmung dazu erteilt, einen bestimmten Anspruch nicht gerichtlich durchzusetzen, obwohl die Klage hinreichende Aussicht auf Erfolg hätte, ist dieser Beschluss jedoch rechtswidrig, weil er dem Interesse der Gläubiger widerspricht, so fragt sich, ob der Verwalter, der daraufhin die nur mit der Hilfe eines Prozessfinanzierers mögliche Durchsetzung des Anspruchs unterlässt, gleichwohl schuldhaft handelt.

In Literatur und Rechtsprechung ist bisher nicht abschließend geklärt, ob einem Insolvenzverwalter, der entsprechend einem nach § 160 InsO gefassten Beschluss verfährt, schon deshalb kein schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden kann. Überwiegend wird angenommen, dass die nach § 160 InsO ergangene Entschließung den Verwalter nicht von jeglicher Eigenverantwortung befreit³⁵. Dem ist zuzustimmen. Hat der Gläubigerausschuss oder die Gläubigerversammlung eine mit den gemeinsamen Interessen der Gläubiger nicht zu vereinbarende Entscheidung getroffen, kann der Insolvenzverwalter deren Aufhebung nach § 78 InsO erwirken³⁶. Jedenfalls ist er an solche Entscheidungen nicht gebunden³⁷. Folgt der Verwalter Beschlüssen nach § 160 InsO, die er als insolvenzzweckwidrig hätte mit Erfolg angreifen können, trifft ihn ein eigenes Verschulden. Dies gilt natürlich erst recht dann, wenn er das beschließende Gremium unvollständig oder fehlerhaft informiert oder in unsachlicher Weise beeinflusst hat³⁸. Die Befolgung der nach § 160 InsO getroffenen Entscheidung entlastet den Verwalter daher nur unter der Voraussetzung, dass das für die Beschlussfassung zuständige Gremium von dem ihm zustehenden Ermessen in vertretbarer Weise Gebrauch gemacht hat³⁹.

4. Kausalität und Schaden

Infolge des Absehens von einer gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs müssen einem oder mehreren Gläubigern, deren Interessen der Insolvenzverwalter zu wahren hat, finanzielle Nachteile entstanden sein. Soweit dieser Schaden in einer Verringerung der auf die Insolvenzgläubiger entfallenden Quote besteht, kann er gem. § 92 2 InsO während der Dauer des Insolvenzverfahrens nur durch einen neuen Insolvenzverwalter oder einen Sonderinsolvenzverwalter geltend gemacht werden. Massegläubiger können ihren Schaden dagegen selbstständig einklagen⁴⁰.

Wer befugt ist, einen nach § 60 InsO zu ersetzenden Schaden geltend zu machen, muss zunächst beweisen, dass der

31 BGHZ 159, 104 (108 f.) = NZI 2004, 435; BGH, NZM 2011, 783 = WM 2010, 2321 Rn. 6.

32 BGHZ 150, 353 (360) = NZI 2002, 375; MüKoInsO/Brandes/Schoppmeyer (o. Fn. 3), § 60 Rn. 14; Karsten Schmidt/Thole (o. Fn. 3), § 60 Rn. 13; Bork, ZIP 2005, 1120 (1121).

33 MüKoInsO/Brandes/Schoppmeyer (o. Fn. 3), § 60 Rn. 89 ff.; Karsten Schmidt/Thole (o. Fn. 3), § 60 Rn. 36; Uhlenbruck (o. Fn. 3), § 60 Rn. 91.

34 Vgl. Karsten Schmidt/Thole (o. Fn. 3), § 60 Rn. 7.

35 BGH, WM 1985, 422 (423) = BeckRS 2009, 03720; NZI 2008, 490 (491); HK-InsO/Lohmann, InsO, 5. Aufl. 2008, § 60 Rn. 35; Pape in Pape/Graeber (o. Fn. 7), III Rn. 63, 1673, 1692; Jaeger/Henckel/Gerhardt, InsO, 2007, § 60 Rn. 144; MüKoInsO/Brandes/Schoppmeyer (o. Fn. 3), § 60 Rn. 96 ff.; Uhlenbruck (o. Fn. 3), § 60 Rn. 102.

36 BGH, NZI 2008, 490 (491); MüKoInsO/Brandes/Schoppmeyer (o. Fn. 3), § 60 Rn. 100; HK-InsO/Lohmann (o. Fn. 35), § 60 Rn. 36.

37 Jaeger/Henckel/Gerhardt (o. Fn. 35), § 60 Rn. 144; Uhlenbruck (o. Fn. 3), § 60 Rn. 102.

38 HK-InsO/Lohmann (o. Fn. 35), § 60 Rn. 36; MüKoInsO/Brandes/Schoppmeyer (o. Fn. 3), § 60 Rn. 98.

39 Vgl. BGH, NZI 2008, 490 (491).

40 BGHZ 159, 25 = NZI 2004, 496; BGHZ 138, 211 = NZI 1998, 38.

Verwalter bei sachgerechtem Verhalten einen Prozessfinanzierer für die Durchsetzung des fraglichen Anspruchs zu vertretbaren Konditionen gefunden hätte. Darüber hinaus ist ein Schadensersatzanspruch aber nur dann begründet, wenn die betreffende Klage Erfolg gehabt hätte und aus dem erstrittenen Titel nötigenfalls mit Erfolg hätte vollstreckt werden können. Das Ergebnis des hypothetischen Rechtsstreits muss somit im Rahmen der Haftungsklage gegen den Insolvenzverwalter ermittelt werden. Die danach notwendigen Feststellungen sind nach § 287 ZPO zu treffen, weil es sich um Merkmale der haftungsausfüllenden Kausalität handelt⁴¹.

Dies hat nach den Grundsätzen zu geschehen, die im Anwaltshaftungsrecht gelten, wenn der Anwalt versäumt hat, einen für den Mandanten aussichtsreichen Rechtsstreit sachgerecht zu führen⁴². Zu fragen ist daher nicht, wie jener Prozess mutmaßlich tatsächlich ausgegangen wäre, sondern wie von Rechts wegen auf der Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Begründetheit dieser Klage hätte beurteilt werden müssen⁴³.

Im Haftungsprozess ist der Insolvenzverwalter, ebenso wie im Regressprozess der Anwalt, nicht gehindert, entgegen der eventuell früher vertretenen Ansicht, nunmehr geltend zu machen, dass der unterlassene Prozess für die Masse ungünstig ausgegangen wäre, und dafür auch Beweis anzutreten. Er tritt gleichsam in die Rolle der Gegenpartei des nicht geführten Rechtsstreits ein, so dass auch die Beweislastregeln dieses Prozesses für ihn gelten. Der Schadensersatzkläger muss so gestellt werden, wie er stände, wenn der Verwalter den Rechtsstreit mit der Hilfe eines Prozessfinanzierers geführt hätte. Folglich obliegt die Beweislast, soweit sie im versäumten Prozess den Gegner getroffen hätte, nunmehr dem aus § 60 InsO in Anspruch genommenen Insolvenzverwalter⁴⁴.

III. Pflichtverletzungen im Eröffnungsverfahren

1. Vorläufiger Insolvenzverwalter

Der vorläufige Insolvenzverwalter hat nicht die Aufgabe, das Schuldnervermögen zu verwerten. Er darf daher – außerhalb eines laufenden Geschäftsbetriebs – fällige Ansprüche der Masse nicht allein deshalb geltend machen, um die Masse anzureichern oder Verfahrenskosten zu decken, unabhängig davon, ob ihm die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übertragen oder er gem. § 22 II 1 Nr. 2 InsO nur mit einem Zustimmungsvorbehalt („mitbestimmender vorläufiger Verwalter“) ausgestattet worden ist. Klagen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens kommen daher regelmäßig nur in Betracht, wenn andernfalls die Uneinbringlichkeit oder die Verjährung der Forderung droht⁴⁵. Sind diese Voraussetzungen gegeben, vermag auch der mitbestimmende Verwalter mit Wirkung für die Masse einen Prozessfinanzierungsvertrag zu schließen und anschließend Klage zu erheben, sofern er zuvor entsprechende Befugnisse durch eine Einzelanordnung des Insolvenzgerichts erlangt hat⁴⁶.

Da Klagen, die dem beschriebenen Aufgabenbereich entsprechen, in aller Regel eilbedürftig sind, besteht nicht selten die Gefahr, dass die Vorschaltung des PKH-Verfahrens den Klageerfolg erschwert oder vereitelt, vor allem dann, wenn die Prozesskostenhilfe versagt wird. Je nach den Umständen des Falles kann der vorläufige Verwalter daher gehalten sein zu prüfen, ob er, statt einen PKH-Antrag zu stellen, sich besser sogleich an einen Prozessfinanzierer wendet. Sind die für die Klageerhebung notwendigen finanziellen Mittel zwar in der Masse vorhanden, sprechen aber wichtige Gründe dafür, sie

für andere Zwecke zu verwenden, besteht für ihn ebenfalls Anlass, den Versuch zu unternehmen, die genannten Ansprüche auf dem Wege einer Prozessfinanzierung durchzusetzen.

Einem PKH-Antrag darf das Prozessgericht im Übrigen nur stattgeben, wenn der starke vorläufige Verwalter glaubhaft macht, dass die Klage wegen ansonsten drohender Uneinbringlichkeit des Anspruchs erforderlich ist, und der mitbestimmende Verwalter eine entsprechende Einzelanordnung vorlegt. Ohne diese Voraussetzung ist die beabsichtigte Rechtsverfolgung mutwillig i. S. von § 114 S. 1 ZPO.

Gelingt es dem vorläufigen Verwalter nicht, die Ansprüche durchzusetzen, die er zulässigerweise bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens einklagen durfte, weil er die Möglichkeit der Prozessfinanzierung nicht erwogen oder aus nicht haltbaren Gründen verworfen hat, kommt unter den oben zu II genannten Voraussetzungen eine Haftung nach §§ 24 II 1 Nr. 1, 60 InsO in Betracht. Ein Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens ist begründet, wenn bei pflichtgemäßem Verhalten ein der Masse günstiger Titel erwirkt und auch durchgesetzt worden wäre.

2. Sachverständiger

Bestellt das Insolvenzgericht weder einen starken vorläufigen Verwalter, dem die Aufgabe zu prüfen, ob das Vermögen des Schuldners die Kosten des Verfahrens decken wird, kraft Gesetzes obliegt (§ 22 I 2 Nr. 3 InsO), noch einen mitbestimmenden Verwalter, dem es diese Verpflichtung durch Beschluss auferlegt, so wird es bei einem zulässigen Insolvenzantrag meistens einen Sachverständigen mit der Klärung dieser Frage beauftragen. Die genannten Personen haben jeweils die für die richterliche Entscheidung über die Eröffnung des Verfahrens benötigten Tatsachen zu ermitteln und fachkundig darzustellen. Sie sollen durch eigene Nachforschungen dem Gericht einen möglichst vollständigen Eindruck von den Vermögensverhältnissen des Schuldners verschaffen. In diesem Zusammenhang ist auch zum Wert und der Realisierbarkeit von Forderungen Stellung zu nehmen⁴⁷.

Hängt die Frage, ob das Vermögen ausreicht, die Kosten des Verfahrens zu decken, möglicherweise von der Durchsetzung bestimmter Ansprüche ab, so kann es bei der Bewertung dieser Ansprüche geboten sein, dazu Stellung zu nehmen, ob durch die Inanspruchnahme gewerblicher Prozessfinanzierung die Realisierungsaussichten erheblich verbessert werden können und es im Hinblick darauf gerechtfertigt ist, die Eröffnung des Verfahrens nicht nach § 26 InsO wegen fehlender Kostendeckung abzulehnen. Ein Sachverständiger, der dies in Fällen versäumt, die zur Behandlung dieser Frage Veranlassung geben, handelt pflichtwidrig⁴⁸.

41 Vgl. BGH, NJW-RR 2007, 569 = WM 2007, 419 Rn. 21; NJW 2009, 1591 = WM 2009, 715 Rn. 7.

42 Ausführliche Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung G.Fischer in *Zugehör/G.Fischer/Vill/D.Fischer/Rinkler/Chab* (o. Fn. 26), Rn. 1189 ff.

43 BGHZ 133, 110 (111) = NJW 1996, 2501; BGHZ 145, 256 (261 ff.) = NJW 2001, 146; BGHZ 174, 205 = NJW 2008, 1309 Rn. 9; BGH, NJW 2009, 987 Rn. 16; vgl. auch Karsten *Schmidt/Thole* (o. Fn. 3), § 60 Rn. 16; Böttger (o. Fn. 12), 112.

44 BGHZ 72, 328 (330) = NJW 1979, 819; BGH, NJW-RR 2007, 569 = WM 2007, 419 Rn. 38; vgl. auch die Beispiele bei G.Fischer in *Zugehör/G.Fischer/Vill/D.Fischer/Rinkler/Chab* (o. Fn. 26), Rn. 1206.

45 BGHZ 146, 165 (172 f.) = NZI 2001, 191; BGHZ 154, 72 (79) = NZI 2003, 259; BGH, NZI 2012, 365 = WM 2012, 713 Rn. 11.

46 BGHZ 151, 353 ff. = NZI 2002, 543; *Sturm* (o. Fn. 1), 262 f.

47 Jaeger/Henckel/Schilken (o. Fn. 35), § 26 Rn. 17; MüKoInsO/Schmahl/Vuia (o. Fn. 3), § 16 Rn. 46, 67 f.

48 Vgl. MüKoInsO/Haarmeyer (o. Fn. 3), § 26 Rn. 22.

Die Haftung des Sachverständigen richtet sich nach § 839 a BGB. Dies gilt auch für den vorläufigen Insolvenzverwalter, soweit er als Sachverständiger tätig wird⁴⁹. Der Sachverständige, der vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten erstattet, ist danach zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, die auf diesem Gutachten beruht. Hat der Sachverständige in einem Fall, bei dem eine Abweisung mangels Masse nach § 26 InsO möglicherweise dadurch verhindert werden kann, dass Ansprüche des Schuldners mit Erfolg durchgesetzt werden, nicht auf die Möglichkeit hingewiesen, dieses Ziel mit Hilfe eines Prozessfinanzierers zu erreichen, kann darin nach den Umständen des jeweiligen Falles ein Mangel des Gutachtens zu sehen sein, der auf grober Fahrlässigkeit beruht. Da die Entscheidung über die Eröffnung des Verfahrens zwingend einen Antrag voraussetzt, sind nur die den Antrag stellenden Gläubiger und der Schuldner Verfahrensbeteiligte, denen der Gutachter haftet. Versäumen diese schuldhaft die Einlegung eines Rechtsmittels gegen die Entscheidung des Insolvenzgerichts, eine Eröffnung des Verfahrens nach § 26 InsO abzulehnen, so scheidet eine Haftung des Sachverständigen aus (§ 839 a II, III BGB).

IV. Zusammenfassung

1. Die Entscheidung, ob für die Durchsetzung eines Masseanspruchs Prozesskostenhilfe beantragt oder ein Vertrag mit einem Prozessfinanzierer geschlossen wird, steht grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen des Insolvenzverwalters.
2. Hat das Prozessgericht Prozesskostenhilfe versagt, kann gleichwohl Veranlassung bestehen zu prüfen, ob der Anspruch mit Hilfe eines Prozessfinanzierers eingeklagt werden soll.
3. Hat der Insolvenzverwalter die Zustimmung des Gläubigerausschusses bzw. der Gläubigerversammlung nach § 160 InsO einzuholen, weil es um einen Rechtsstreit mit erheblichem Streitwert geht, erstreckt sich die ihm obliegende Informationspflicht im Allgemeinen auch auf die Möglichkeit einer Prozessfinanzierung.
4. Lehnt das nach § 160 InsO zuständige Organ eine Klage aus Gründen ab, die rechtlich und wirtschaftlich nicht vertretbar sind, ist der Insolvenzverwalter an eine solche Entscheidung nicht gebunden. Er kann sogar verpflichtet sein, den Rechtsstreit mit Hilfe eines gewerblichen Prozessfinanzierers zu führen.
5. Für einen Schadensersatzprozess gegen den Insolvenzverwalter nach § 60 InsO wegen pflichtwidriger Unterlassung der Information über gewerbliche Prozessfinanzierung oder der Durchsetzung von Masseansprüchen auf diesem Wege gelten die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Anwaltshaftungsprozess entwickelten Beweis- und Verfahrensregeln entsprechend.
6. Ein vorläufiger Insolvenzverwalter oder ein Gutachter, der zu prüfen hat, ob das Vermögen des Schuldners die Kosten des Verfahrens decken wird, kann je nach den Umständen verpflichtet sein, auf die gewerbliche Prozessfinanzierung hinzuweisen, wenn die Kostendeckung des Verfahrens möglicherweise vom Erfolg einer Klage abhängt, die hinreichend aussichtsreich erscheint. Die Haftung richtet sich in diesen Fällen aber ausschließlich nach § 839 a BGB. ■

⁴⁹ HK-InsO/Kirchhof (o. Fn. 35), § 22 Rn. 88; Uhlenbruck/Vallender (o. Fn. 3), § 22 Rn. 227.

Schnelle Hilfe im Insolvenzrecht.



Herausgegeben von Dr. Eberhard Braun, RA und WP,
Fachanwalt für Insolvenzrecht.

6. Auflage. 2014. Rund 1600 Seiten. In Leinen ca. € 119,-
ISBN 978-3-406-65755-9 | Neu im Mai 2014

Der »Braun«

erläutert die Insolvenzordnung gründlich und kompakt in praxisgerechter Konzentration und in nur einem Band. Der Kommentar steht für größten Praxisnutzen und effektive Lösungen, denn das Werk zeigt alle rechtlichen, steuerlichen und betriebswirtschaftlichen Wege zur Insolvenzbewältigung.

Die Neuauflage

berücksichtigt den neuesten Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung, insbesondere:

- die tiefgreifenden Änderungen durch die Reform der **Verbraucherinsolvenz** und des Restschuldbefreiungsverfahrens zum 1.7.2014
- erste Erfahrungen und Lösungen hinsichtlich der **ESUG-Novelle**

Zudem sind jetzt noch mehr Praxishinweise enthalten.

Erhältlich im Buchhandel oder bei: beck-shop.de | Verlag C.H. BECK oHG ·
80791 München | bestellung@beck.de | Preise inkl. MwSt. | 162655

