

Schriftleitung:

Andreas Konecny

Herbert Fink

Gunther Nagele

Otto Zotter

Stephan Riel:

Zur Haftung des Masseverwalters für Prozessführung bei Masseunzulänglichkeit

Stephanie Reiter:

Der Privatankläger im Konkurs

International

Jasnica Garašić:

Grundzüge des Verfahrens der Anerkennung eines ausländischen Hauptkonkursverfahrens nach kroatischem Recht

Judikatur

Volles Stimmrecht für durch Dritte besicherte Gläubiger

Absonderungsgläubiger sind beim Freihandverkauf nicht rekurslegitimiert

Masseunzulänglichkeit: Haftung des Masseverwalters für Kostenschaden

Genossenschaftswohnung als Exekutionsobjekt



■ ZIK 2007/246, 146

Zur Haftung des Masseverwalters für Prozessführung bei Masseunzulänglichkeit

Anmerkungen zu OGH 18. 4. 2007, 8 Ob 3/07k

Der OGH hat in 8 Ob 3/07k¹⁾ – soweit zu sehen – erstmals ausführlich zur Frage Stellung genommen, unter welchen Voraussetzungen ein Masseverwalter seinem obsiegenden Prozessgegner bei Massearmut persönlich für die Prozesskosten haftet.

RA Dr. Stephan Riel
Wien

1. Problemstellung

Es ist ein wiederholt und zu Recht betontes rechtspolitisches Ziel, dass auch bei zweifelhafter Kostendeckung möglichst viele Konkursverfahren eröffnet werden, damit „der Masseverwalter im Interesse der Gläubiger die Vermögenssituation der Gesellschaft genau überprüfen und allenfalls die notwendigen Prozesse führen kann“²⁾. Es gehört somit zweifellos zu den Aufgaben des Masseverwalters, auch und gerade bei „armen“ Massen die von ihm (oft unter schwierigen faktischen Umständen) festgestellten Ansprüche der Masse nötigenfalls gerichtlich geltend zu machen³⁾. Unterliegt der Masseverwalter im Prozess, ist die Prozesskostenforderung des Gegners der Masse – soweit sie für Verfahrenshandlungen nach Konkurseröffnung zusteht – eine Masseforderung⁴⁾. Dem Prozessgegner droht hieraus dann ein Nachteil, wenn die Masse nicht zur Deckung der Masseforderungen ausreicht⁵⁾. Nicht höchststrichtrichlerlich geklärt war bisher,

unter welchen Voraussetzungen der Masseverwalter dem Prozessgegner⁶⁾ persönlich für die Prozesskosten haftet.

2. Die bisher herrschende Auffassung

Nach bisher hA ist der Gegner der Masse mit seiner Prozesskostenforderung Massegläubiger und als solcher Beteiligter iSd § 81 Abs 3 KO. Kann diese Masseforderung aus der Konkursmasse nicht bezahlt werden, haftet der Masseverwalter (nur) dann persönlich gem § 81 Abs 3 KO wegen Verletzung einer konkursspezifischen Pflicht, wenn die voraussichtliche Unzulänglichkeit der Masse zur Deckung der gegnerischen Kosten und die Aussichtslosigkeit (nicht bloß die Zweifelhafteigkeit) seines Prozessstandpunktes erkennbar waren⁷⁾. Die Haftung des Masseverwalters für die Prozesskostenforderung des Gegners wird nach dieser Auffassung nach den zu § 81 Abs 3 KO entwickelten Regeln behandelt. Das bedeutet insb, dass leichte Fahrlässigkeit ausreicht und die Beweislastumkehr gem § 1298 ABGB anzuwenden ist⁸⁾.

3. Die Auffassung des OGH

Der OGH wendet sich in 8 Ob 3/07k für die Frage der Haftung für Prozesskosten von dem von der hA vertretenen Konzept einer Verantwortlichkeit nach den Grundsätzen der Vertragshaftung ab: Eine konkursspezifische Pflicht, die Interessen eines Prozessgegners der Masse in besonderer, über die allgemeinen Vorschriften hinausgehender Weise zu wahren, sei nicht ersichtlich. Im Anschluss an die Jud des BGH⁹⁾ führt der 8. Senat aus, dass nicht die insolvenzrechtlichen Bestimmungen, sondern die allgemeinen Vorschriften festlegen, welche Pflichten den Verwalter als Verhandlungs- und Vertragspartner eines Dritten treffen. Dies gelte auch für von ihm begründete Prozessrechtsverhältnisse. Der Masseverwalter hafte daher für den Kosten Schaden des Gegners bei einem erfolglosen Aktivprozess und unzulänglicher Masse nicht nach § 81 Abs 3 KO.

1) OGH 18. 4. 2007, 8 Ob 3/07k, in diesem Heft der ZIK 2007/287, 173 = Zak 2007/389, 219; s dazu bereits *Nunner-Krautgasser*, Masseverwalterhaftung für Prozesskosten, Zak 2007/373, 212.

2) ErläutRV zum IRÄG 1997, 734 BlgNR 20. GP 32.

3) Vgl *Mohr*, Insolvenzrecht 2002 (2002) 84.

4) S nur *Engelhart in Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (18. Lfg; 2004) § 46 KO Rz 294; OGH 8 Ob 289/00h ZIK 2001/216, 132; OGH 3 Ob 138/03w ZIK 2004/75, 60.

5) Das Risiko liegt freilich oft eher beim Masseverwalter: Nach einer neueren Entscheidung soll die gerichtliche Geltendmachung von (Anfechtungs-)Ansprüchen oder die Weiterführung von anhängigen Prozessen nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit ungeachtet des Prozessausganges auf zur Verwertung der Konkursmasse gebotenen Rechtshandlungen gem § 124a Abs 1 Satz 2 KO beruhen; die Prozesskosten des obsiegenden Gegners für das Verfahren ab der Anzeige der Masseunzulänglichkeit seien daher privilegierte Masseforderungen gem § 124a Abs 1 Satz 3 KO (OGH 3 Ob 26/06d ZIK 2006/123, 100; vgl dazu auch *Nathschläger*, Ersatz der Prozesskosten bei Masseunzulänglichkeit, ZIK 2005/32, 47 ff; *Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht⁴ IV [2006] § 124a KO Rz 32). Solche Neumasseforderungen gehen allen anderen Masseforderungen unabhängig von der Rangordnung des § 47 Abs 2 KO vor (vgl ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 34: „unverzüglich“ bedeutet „vorrangig und unabhängig von der Reihenfolge des § 47 Abs 2“; s auch *Konecny*, Masseunzulänglichkeit und ihre Folgen, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2002 [2003] 61 ff, 90). Sie sind damit auch dann „unverzüglich zu befriedigen“, wenn in der Folge die Entlohnungsansprüche des Masseverwalters nicht mehr (zur Gänze) befriedigt werden können (anders die Rechtslage in Deutschland, wo gem § 209 Abs 1 Z 1 InsO den Kosten des Verfahrens in jedem Fall der Vorrang vor den Neumasseverbindlichkeiten zukommt; vgl dazu *Uhlenbruck in Uhlenbruck*, InsO¹² [2003] § 206 Rz 8). Ein Unterliegen im Aktivprozess nach angezeigter Masseunzulänglichkeit kann daher den Masseverwalter um seine Entlohnung bringen, obwohl die Regelung des § 124a KO ja eigentlich der Rangordnung des § 47 Abs 2 KO zum Durchbruch verhelfen soll. Auf diese Frage kann hier nicht weiter eingegangen werden.

6) Denkbar ist daneben eine Haftung gegenüber der Masse, wenn der Masseverwalter diese durch Einleitung eines aussichtslosen Verfahrens pflichtwidrig mit Masseforderungen belastet hat (vgl etwa *Nunner-Krautgasser*, Zak 2007/373, 212); auch auf diese Frage kann hier nicht weiter eingegangen werden.

7) *F. Bydlinski*, Schadenersatz wegen materiell rechtswidriger Verfahrenshandlungen, JBl 1986, 626 ff, 638 f; ebenso *Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert*, KO (2. Lfg; 1997) §§ 81, 81a Rz 22; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, KO⁴ III (2002) § 81 Rz 114; aA *Shamiyeh*, Die zivilrechtliche Haftung des Masseverwalters (1995) 99 ff.

8) Vgl nur *Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert*, KO §§ 81, 81a Rz 12 mwN.

9) Nachweise unten in FN 23.

Denkbar sei hingegen eine Haftung nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen, somit nach § 1295 Abs 2 ABGB wegen absichtlicher, sittenwidriger Schädigung. Dabei sei – so der OGH – die besondere Lage des Masseverwalters einer unzulänglichen Konkursmasse nicht außer Acht zu lassen und ein Vergleich dahin anzustellen, wie sich ein pflichtgemäß handelnder Masseverwalter einer nicht unzulänglichen Masse in der konkreten Situation verhalten hätte. Hätte dieser bei verständiger Würdigung der Prozessaussichten von der Verfahrenseinleitung Abstand genommen, weil er das Prozess- und damit das Kostenrisiko für die Masse als zu hoch eingeschätzt hätte, indiziere die Verfahrensführung durch den Masseverwalter der unzulänglichen Masse dessen zumindest bedingten Vorsatz, sich mit einer Schadenszufügung gegenüber dem Prozessgegner in Ansehung der Kosten billigend abzufinden. In diesem Fall hafte der Masseverwalter nicht nur bei „absoluter“ Aussichtslosigkeit der Führung des Aktivprozesses, sondern bereits dann, wenn er bei sorgfältiger Prüfung der Sach- und Rechtslage zum Ergebnis gelangen konnte, dass ein Prozesserfolg im Aktivprozess mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen ist.

Entgegen der E 8 Ob 3/07k haftet der Masseverwalter dem obsiegenden Prozessgegner der Masse bei Masseunzulänglichkeit gem § 81 Abs 3 KO persönlich für die Prozesskosten, wenn die voraussichtliche Unzulänglichkeit der Masse zur Deckung der gegnerischen Kosten und die Aussichtslosigkeit (nicht bloß die Zweifelhaftigkeit) seines Prozesstandpunktes erkennbar waren.

4. Stellungnahme

4.1. Haftung gem § 1295 Abs 2 ABGB?

Da die „gewöhnlichen Gründe für Rechtswidrigkeit auch bei der hier interessierenden Schädigung durch Verfahrenshandlung maßgebend bleiben“¹⁰), setzt eine Haftung nach allgemeiner Regel einen Eingriff in ein absolut geschütztes Recht, einen Verstoß gegen eine Schutznorm, die Verletzung vertraglicher (oder sonst obligatorischer) Pflichten oder einen Verstoß gegen die guten Sitten voraus¹¹). Da der Masseverwalter ja nicht selbst Prozessgegner, sondern „Dritter“ im Rechtsstreit ist, prüft der OGH außerhalb des § 81 Abs 3 KO zutreffend nur eine Haftung für absichtliche sittenwidrige Schädigung.

Dem OGH ist nun jedenfalls dahin gehend zuzustimmen, dass die Verfahrensführung durch den Masseverwalter der unzulänglichen Masse dessen zumindest bedingten¹²) Vorsatz indiziert¹³), sich mit einer Schadenszufügung gegenüber dem Prozessgegner in Ansehung der Kosten billigend abzufinden, wenn ein pflichtgemäß handelnder Masseverwalter einer nicht unzulänglichen Masse in der konkreten Situation bei verständiger Würdigung der Prozessaussichten von der Verfahrenseinleitung Abstand genommen hätte, weil er das Prozess- und damit das Kostenrisiko

für die Masse als zu hoch eingeschätzt hätte. Es ist zwar bemerkenswert, dass der OGH, der ja „konkurspezifische Pflichten“ des Masseverwalters gegenüber dem Prozessgegner ablehnt, doch aus der Verwalterstellung besondere haftungsbegründende Pflichten ableitet¹⁴). Wenn aber ein Verwalter „mit Masse“ das Verfahren zweifellos nicht geführt hätte, dann kann aus der Prozessführung des „masselosen“ Verwalters tatsächlich auf den (bedingten) Vorsatz geschlossen werden, sich mit einer Schadenszufügung gegenüber dem Prozessgegner in Ansehung der Kosten billigend abzufinden, den Prozessgegner also nöti-

genfalls „einfahren“ zu lassen. Man kann von einer „Evidenz des prozesswidrigen Verhaltens“ sprechen¹⁵). Dies ist – soweit zu sehen – im Wesentlichen auch Stand der deutschen Jud. Der IX. Senat des BGH hält etwa in der vom OGH zitierten LeitE BGHZ 148, 175¹⁶) „in der besonderen Lage des Verwalters einer unzulänglichen Konkursmasse“ eine Haftung gem § 826 BGB wegen sittenwidriger Schädigung für möglich, wenn „mit Rücksicht auf die offensichtlich geringen Erfolgsaussichten (...) der Verwalter einer Konkursmasse, die auch einen gegnerischen Kostenersatzanspruch deckt, bei verständiger Würdigung von dem Vorgehen zweifelsfrei abgesehen hätte“. Der VI. Senat des BGH hat (im zweiten Rechtsgang desselben Verfahrens) strengere Voraussetzungen für eine Haftung wegen sittenwidriger Schadenszufügung aufgestellt¹⁷): Eine Haftung gem § 826 BGB setzt demnach nicht nur voraus, dass der Verwalter die materielle Unrichtigkeit seines Prozessbegehrens kennt; vielmehr müssen besondere Umstände aus der Art und Weise der Prozesseinleitung oder -durchführung hinzutreten, die das Vorgehen als sittenwidrig erscheinen lassen¹⁸).

Der OGH geht aber möglicherweise einen Schritt weiter: Er verlangt zwar ausdrücklich „Schädigungsvorsatz“ dahin gehend, dass der Masseverwalter wusste, dass die Masse nicht in der Lage sein werde, die Kostenforderung zu decken, lässt es aber im Übrigen offenbar genügen, dass der Masseverwalter „bei sorgfältiger Prüfung der Sach- und Rechtslage zum Ergebnis gelangen konnte, dass ein Prozesserfolg im Aktivprozess mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen ist.“ Soweit damit im Hinblick auf die Aussichten des Prozesstandpunktes der Masse eine Haftung für Fahrlässigkeit postuliert wird¹⁹), ist hierfür im Bereich der Vorsatzhaftung gem § 1295 Abs 2 ABGB eine Rechtsgrundlage nicht zu erkennen. Der Masseverwalter muss gem § 1295 Abs 2

10) F. Bydliński, JBl 1986, 632.

11) So wurde die Haftung in der vom OGH in diesem Zusammenhang zit E OGH 1 Ob 600/86 SZ 59/159 bejaht, weil die beklagte Partei aufgrund eines Vertrages über die Einräumung des Vorkaufsrechtes verpflichtet war, nach Wegfall der vertraglichen Hauptleistung infolge Todes des Vorkaufsberechtigten die Löschung des Vorkaufsrechtes im Grundbuch nicht durch ungerechtfertigte Rechtsmittel zu verzögern. In der vom OGH weiter zit E OGH 4 Ob 168/93 SZ 67/10 ging es um Ansprüche gem § 1330 ABGB.

12) Im Bereich des § 1295 Abs 2 ABGB genügt trotz des Gesetzeswortlautes („absichtlich“) bedingter Vorsatz; vgl Harrer in Schwimann, ABGB³ VI (2006) § 1295 Rz 146 mwN.

13) Die Beweislast liegt aber allein beim Geschädigten; vgl OGH 18. 3. 2004, 1 Ob 223/03f JBl 2004, 655.

14) Darauf weist Berger, Die persönliche Haftung des Insolvenzverwalters gegenüber dem Prozessgegner bei erfolgloser Prozessführung für die Masse, KTS 2004, 185 ff, 193 zur in FN 23 nachgewiesenen Jud des BGH zutreffend hin.

15) Vgl F. Bydliński, JBl 1986, 638.

16) BGHZ 148, 175 = KTS 2001, 488 = WM 2001, 1478.

17) BGHZ 154, 269 = KTS 2003, 498 = NJW 2003, 1934; der XI. Senat des BGH hat auf den Auffassungsunterschied in BGHZ 161, 236 = KTS 2005, 489 = NZI 2005, 155 (Vallender) hingewiesen, ohne Anlass zu sehen, hierauf näher einzugehen.

18) Vgl Fischer, Aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Haftung von Insolvenzverwaltern und Gesellschaftsorganen, in Konecny, Insolvenz-Forum 2006 (2007) 43 ff, 48.

19) Dafür spricht, dass nach dem Referat der Feststellungen in der besprochenen E offenbar nur festgestellt wurde, dass die Aussichtslosigkeit für den Masseverwalter erkennbar gewesen ist. Auch in BGHZ 148, 175 = KTS 2001, 488 = WM 2001, 1478 ist einerseits vom bedingten Vorsatz des Verwalters, andererseits aber auch von „grob leichtfertiger“ Verfahrensführung ohne jede Prüfung des Anspruchs in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht die Rede.

ABGB bloß für den vom Vorsatz umfassten Schaden einstehen²⁰⁾). Nur wenn die Unterlassung der „sorgfältigen Prüfung der Sach- und Rechtslage“ darauf zurückzuführen ist, dass dem „masselosen“ Verwalter ein Unterliegen im Prozess wegen der Masseunzulänglichkeit gleichgültig ist, kann daraus eventuell auf einen (bedingten) Schädigungsvorsatz geschlossen werden. Darüber hinaus haftet der Masseverwalter aber für bloß auf Fahrlässigkeit beruhende inhaltliche Fehler bei der Prüfung der Sach- und Rechtslage mE nicht gem § 1295 Abs 2 ABGB²¹⁾.

4.2. Keine konkurrenzspezifischen Pflichten gegenüber dem Prozessgegner?

Die Auffassung des OGH, dass den Masseverwalter gegenüber dem Prozessgegner keine konkurrenzspezifischen Pflichten treffen, ist offensichtlich durch die dt Jud inspiriert²²⁾: Danach treffen den Verwalter bei der Einleitung und Führung eines Prozesses keine konkurrenzspezifischen Pflichten zum Schutz des Kosteninteresses seines Gegners²³⁾. Dies wird einerseits damit begründet, dass die Deckung der eigenen Prozesskosten durch den unterlegenen Gegner zu den allgemeinen Prozessrisiken einer obsiegenden Partei gehöre²⁴⁾. Andererseits wird – und diese Argumentationslinie findet sich auch in der besprochen E – darauf verwiesen, dass „nicht die Bestimmungen der Konkursordnung, sondern die allgemeinen Vorschriften ergeben, welche Pflichten den Konkursverwalter als Verhandlungs- und Vertragspartner treffen.“ Was für „Massegeschäfte“ des Verwalters gelte, habe aber „erst recht für von ihm begründete Prozessrechtsverhältnisse zu gelten“²⁵⁾. Der Prozessgegner des Masseverwalters sei demnach nicht Teilnehmer iSd § 82 dKO/§ 81 Abs 3 KO.

Das zentrale Argument, mit dem eine konkurrenzspezifische Pflicht gegenüber dem Prozessgegner abgelehnt wird, ist, dass den Masseverwalter gegenüber dem Prozessgegner der Masse nur die gleichen „allgemeinen“ Pflichten wie jeden anderen Teilnehmer im Geschäftsverkehr gegenüber Dritten oder Geschäftspartnern oder beim Vertragsabschluss treffen, die keine Haftung gem § 81 Abs 3 KO, sondern allenfalls eine Haftung nach allgemeinen Grundsätzen auslösen. Für den OGH ist „eine konkurrenzspezifische Pflicht, also eine in der KO verankerte Pflicht, die Interessen des Prozessgegners der Masse in besonderer, über die allgemeinen Vorschriften hinausgehender Weise zu wahren, nicht ersichtlich.“ Gerade dass der OGH aber bei der Erörterung der Haftung gem § 1295 Abs 2 ABGB die „besondere Lage des Masseverwalters einer unzulänglichen Konkursmasse“ bemüht, zeigt, dass es auch nach Einschätzung des 8. Senats sehr wohl eine besondere Pflichtensituation für den „masselosen“ Verwalter gibt. Der OGH ist nur der Meinung, dass diese nicht in der KO zum Schutz des Prozessgegners verankert ist.

Eine Auseinandersetzung mit dieser Auffassung kann von der in mancher Hinsicht vergleichbaren Haftung des Masseverwalters für nicht gedeckte Masseforderungen bei der Unternehmensfortführung ausgehen: Gem § 115 KO hat der Masseverwalter die Schließung des Unternehmens zu beantragen, wenn „feststeht“, dass die Unternehmensfortführung zu einer weiteren Masseverminderung führen würde²⁶⁾. Diese in der KO geregelte, also konkurrenzspezifische Pflicht schützt nach völlig hA auch die Neugläubiger, die erst dann Masseforderungen erwerben, wenn bereits „feststeht“, dass diese in der Folge nicht befriedigt werden können²⁷⁾. Es wird also aus einer „Handlungsanweisung“ der KO an den Masseverwalter für eine bestimmte Situation, nämlich bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 115 Abs 1 Satz 1 KO einen Schließungsantrag zu stellen, eine Haftung gegenüber den im Gesetz an dieser Stelle nicht ausdrücklich erwähnten, aber nach dem Zweck der Regelung geschützten Massegläubigern abgeleitet.

Die KO enthält nun – worauf *Nunner-Krautgasser*²⁸⁾ schon zutreffend hingewiesen hat – auch für den Fall der Masseunzulänglichkeit eindeutige Handlungsanweisungen an den Masseverwalter: Er darf gem § 124a Abs 1 Satz 2 KO²⁹⁾ Rechtshandlungen vornehmen, die zur Verwaltung und zur Verwertung iS einer Restabwicklung geboten sind³⁰⁾. Dazu darf er durchaus auch Prozesse führen³¹⁾. § 124a Abs 1 Satz 2 und Satz 3 (und die Ausnahme für „Neumasseforderungen“ von der in § 124a Abs 2 Satz 2 angeordneten Exekutionssperre) sollen eine „Kontrahierungssperre“ für den Masseverwalter verhindern³²⁾. Es soll ihm ungeachtet des zur Durchsetzung der Gläubigergleichbehandlung bzw der Rangordnung des § 47 Abs 2 KO angeordneten Zahlungs- und Exekutionsstopps für Massegläubiger möglich sein, die Verwaltung und Verwertung der Masse abzuschließen³³⁾. Aber gem § 124a Abs 1 Satz 3 KO hat der Masseverwalter die daraus herrührenden Masseforderungen unverzüglich zu befriedigen. Er muss also – wie es *Konecny* formuliert hat – die Restabwicklung bei Masseunzulänglichkeit so planen, dass die Neumasseforderungen bezahlt werden können³⁴⁾. Das sind eindeutig konkurrenzspezifische Pflichten, die mE auch und gerade den Massegläubiger schützen, der trotz eingetretener Masseinsuffizienz durch eine Rechtshandlung des Masseverwalters eine Masseforderung erwirbt.

Da nach hA auch die Kostenforderung des Prozessgegners eine solche unverzüglich zu befriedigende Neumasseforderung sein kann³⁵⁾, fällt der Prozesskostengläubiger jedenfalls wenn und soweit er Neumassegläubiger iSd § 124a Abs 1 Satz 2 und 3 KO ist³⁶⁾, in den Schutzbereich der konkurrenzspezifischen Pflichten

20) Vgl *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹³ II (2007) 339.

21) Auch nach *Nunner-Krautgasser*, Zak 2007/373, 212, ist fraglich, ob nicht ein stärkerer subjektiver Vorwurf zu verlangen ist, als vom OGH angenommen.

22) In Österreich hat vor allem *Shamiyeh*, Haftung 99 ff, insb 102 f (zur Rechtslage vor Einführung des § 124a KO), diese Ansicht vertreten. Nach diesem Autor ist der Masseverwalter befugt, Verfahren mit nicht ausreichenden Erfolgsaussichten trotz fehlender Deckung der Kosten des Gegners zu führen, solange die Masse die eigenen Prozesskosten aufbringen kann (*Shamiyeh*, Haftung 101 mit allerdings zweifelhaftem Hinweis auf OLG Wien JBl 1981, 439).

23) StRsp zur dKO und zur dInsO seit der LeitE BGHZ 148, 175 = KTS 2001, 488 = WM 2001, 1478; s weiters BGHZ 154, 269 = KTS 2003, 498 = NJW 2003, 1934; BGHZ 161, 236 = KTS 2005, 489 = NZI 2005, 155 (*Vallender*); BGH ZIP 2006, 194 = NZI 2006, 169; vgl dazu *Fischer in Konecny*, Insolvenz-Forum 2006, 45.

24) BGHZ 148, 175 = KTS 2001, 488 = WM 2001, 1478.

25) BGHZ 148, 175 = KTS 2001, 488 = WM 2001, 1478.

26) Vgl dazu nur *Lovrek in Bartsch/Pollak/Buchegger*, KO⁴ IV § 115 Rz 6.

27) S nur *Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert*, KO §§ 81, 81a Rz 25 mwN; aus der Jud vgl OGH 9 ObA 2-4/95 SZ 68/48 = ZIK 1995, 55; OGH 1 Ob 2050/96v SZ 69/170 = ZIK 1997, 24; OGH 4 Ob 134/99f ZIK 1999, 169.

28) *Nunner-Krautgasser*, Zak 2007/373, 212.

29) Die am 1. 7. 2002 auch für laufende Verfahren in Kraft getretene (*Konecny in Konecny*, Insolvenz-Forum 2002, 64) Bestimmung des § 124a KO idF InsNov 2002 BGBl I 2002/75 war auf den Sachverhalt in 8 Ob 3/07k anwendbar, in dem nach Konkurseröffnung am 28. 11. 2000 die „schädigende“ Klage des Masseverwalters am 12. 3. 2003 eingebracht und die Masseunzulänglichkeit am 25. 3. 2004, offenbar kurz nach Zustellung des klagsabweisenden Berufungsurteils vom 25. 2. 2004, angezeigt wurde.

30) Dazu nur *Konecny in Konecny*, Insolvenz-Forum 2002, 85 ff; *Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger*, KO⁴ IV § 124 a Rz 36 f.

31) *Mohr*, Insolvenzrecht 2002, 84.

32) ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 34.

33) ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 34.

34) So *Konecny in Konecny*, Insolvenz-Forum 2002, 85 mit Hinweis auf sonst drohende Haftungsfolgen; ebenso *Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger*, KO⁴ IV § 124a Rz 35.

35) So OGH 3 Ob 26/06d ZIK 2006/123, 100; *Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger*, KO⁴ IV § 124a Rz 32; vgl dazu oben in FN 5.

36) Und dennoch einen Schaden erleidet (s oben in FN 5)!

über die Restabwicklung bei Masseunzulänglichkeit. Diese sollen auch verhindern, dass er trotz eingetretener Masseinsuffizienz durch eine Rechtshandlung des Masseverwalters Massegläubiger wird und dann keine Befriedigung erhält. Eine Haftung gem § 81 Abs 3 KO für die Verletzung einer konkurspezifischen Pflicht ist daher in der hier interessierenden Situation sehr wohl möglich.

Offen ist damit mE nur mehr die konkrete Erfassung der aus § 124a Abs 1 Satz 2 und 3 KO ableitbaren konkurspezifischen Pflicht. Bereits 2002 hat dazu *Konecny* den Lösungsansatz geliefert: „Wie auch sonst bei Masseforderungen darf der Masseverwalter keine Neumasseforderungen begründen, die er wahrscheinlich nicht bezahlen kann“³⁷⁾. Tatsächlich ist die Pflichtensituation des Masseverwalters gegenüber Neumassegläubigern bei Masseunzulänglichkeit nicht anders als gegenüber den allgemeinen Massegläubigern bei Massezulänglichkeit: Der Masseverwalter haftet nicht „automatisch“, wenn eine (Neu-)Masseforderung nicht bezahlt werden kann. Eine Haftung setzt vielmehr voraus, dass es bereits bei Begründung der Neumasseforderung überwiegend wahrscheinlich war, dass deren Tilgung aus Massemitteln nicht möglich sein werde, und dies der Masseverwalter bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkennen und die Begründung der Masseforderung hätte vermeiden können³⁸⁾.

Im hier interessierenden Fall der Prozesskostenforderung des Gegners der Masse geht es aber – anders als zB bei der Bestellung von Waren im Fortbetrieb – nicht (nur) um die Frage der Bezahlung einer (Neu-)Masseforderung, denn die Prozesskostenforderung des Gegners der Masse entsteht ja nur bedingt durch den Prozessverlust. Dies muss bei der Definition der konkurspezifischen Pflichten des trotz Masseunzulänglichkeit prozessierenden Masseverwalters berücksichtigt werden. Allgemein ist bei der Haftung für Verfahrenshandlungen nach hA „ein milder Maßstab anzulegen; vor allem ist zu berücksichtigen, dass das Recht jedes Rechtssuchenden, bei Meinungsverschiedenheiten die Hilfe der Behörden in Anspruch zu nehmen, nicht mit einer abschreckenden Verantwortlichkeit für die Rechtsverteidigung belastet werden darf“³⁹⁾. Für Verfahrenshandlungen wird daher nur gehaftet, wenn der Schädiger bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass sein Prozessstandpunkt aussichtslos (nicht bloß zweifelhaft) ist⁴⁰⁾. Diese aus allgemeinen Grundsätzen ableitbare „Milderung“ der Schadenersatzpflicht für Verfahrenshandlungen gilt auch für den Masseverwalter⁴¹⁾. Der Fahrlässigkeitsvorwurf muss sich daher auch auf die Erkennbarkeit der Aussichtslosigkeit des Prozessstandpunktes erstrecken. Für diese Einschränkung spricht auch, dass der Masseverwalter gegenüber der Masse bzw den Gläubigern verpflichtet ist, aussichtsreiche Ansprüche nötigenfalls auch gerichtlich zu verfolgen⁴²⁾.

37) *Konecny* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2002, 85.

38) Vgl OGH 1 Ob 2050/96v SZ 69/170 = ZIK 1997, 24.

39) OGH 4 Ob 168/93 SZ 67/10.

40) Ausführlich *F. Bydlinski*, JBI 1986, 634 f.

41) *F. Bydlinski*, JBI 1986, 638 f und die in FN 7 nachgewiesene hA.

42) Auf das Risiko einer Pflichtenkollision weist *Häsemeyer*, Insolvenzrecht³ (2003) Rz 6.39 zutreffend hin.

5. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend ist die besprochene E 8 Ob 3/07k im Ergebnis wohl zutreffend. Es ist aber an der hA festzuhalten, dass der Masseverwalter dem mit seiner Kostenforderung ausfallenden Prozessgegner dann gem § 81 Abs 3 KO haftet, wenn die voraussichtliche Unzulänglichkeit der Masse zur Deckung der gegnerischen Kosten und die Aussichtslosigkeit (nicht bloß die Zweifelhaftheit) seines Prozessstandpunktes erkennbar waren. Für eine Haftung gem § 1295 Abs 2 ABGB, die Vorsatz sowohl im Hinblick auf die Masseunzulänglichkeit als auch die Aussichtslosigkeit des Prozessstandpunktes voraussetzt, bleibt dann kein wesentlicher praktischer Anwendungsbereich.

In der dt Lehre wurde erkannt, dass mit der dem OGH als Vorbild dienenden BGH-Jud neue Wege bei der Interpretation des Beteiligtenbegriffes beschritten wurden⁴³⁾. Bei dieser besteht ja tatsächlich stets die Gefahr, zu schnell eine Haftung des Verwalters zu bejahen. Es ist auch wichtig und richtig zu betonen, dass die Verletzung von Pflichten, die den Masseverwalter wie jeden anderen Teilnehmer im Geschäftsverkehr gegenüber Dritten oder Geschäftspartnern oder beim Vertragsabschluss treffen, keine Haftung gem § 81 Abs 3 KO, sondern allenfalls nach allgemeinen Grundsätzen auslöst. Auch darf man nie aus den Augen verlieren, dass im Geschäftsverkehr die Konkursmasse und nicht der Masseverwalter selbst berechtigt und verpflichtet wird. Es würde zu einer uferlosen Ausweitung der Haftung führen, wenn gleichsam aus der Gesamtverantwortung des Masseverwalters für die Verfahrensabwicklung geschlossen würde, dass er persönlich für alles einzustehen hätte, was ex post schiefliegt. Die kritische Auseinandersetzung des 8. Senats mit der hA zur Haftung des Masseverwalters für Prozessführung bei Masseunzulänglichkeit ist somit – auch wenn man ihr nicht zu folgen vermag – durchaus als positives Signal zu werten, dass es auch für Masseverwalter keine „Haftungsautomatik“ gibt und auch in Zukunft mit der Überprüfung der einen oder anderen vielleicht zu strengen Judikaturlinie gerechnet werden darf.

Aus praktischer Sicht ist abschließend darauf zu verweisen, dass die beschriebene Haftungssituation und der durch die E 3 Ob 26/06d⁴⁴⁾ begründete „Vorrang“ der Prozesskostenforderung des Gegners der Masse vor dem Entlohnungsanspruch des Masseverwalters⁴⁵⁾ die Prozessführung bei Masseunzulänglichkeit – entgegen den einleitend dargelegten rechtspolitischen Zielsetzungen – für den Masseverwalter nicht gerade attraktiv macht.

43) *Berger*, KTS 2004, 188 f; *Vallender*, NZI 2005, 157.

44) OGH 3 Ob 26/06d ZIK 2006/123, 100.

45) Dazu oben in FN 5; eigentlich sollte gem § 47 Abs 2 KO der Entlohnungsanspruch des Masseverwalters vorrangig sein; vgl nur *Riel*, Prozesskosten des Masseverwalters bei Masseunzulänglichkeit, ZIK 2005/78, 85 mwN.



Der Autor:

Dr. Stephan Riel, Rechtsanwalt in Wien mit dem Tätigkeitsschwerpunkt Insolvenz- und Sanierungsrecht, Partner in der Kanzlei Jaksch Schoeller & Riel, Masse- und Ausgleichsverwalter in Wien und Niederösterreich, Mitglied der im BMJ tagenden Insolvenzrechtsreformkommission, Mitglied des Beirats der ZIK.

Publikationen des Autors:

Zahlreiche Publikationen zum Insolvenzrecht (ua Kommentierung der §§ 80 bis 101 KO und 114 bis 123 KO in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen [1997 ff]; *Konecny/Riel*, Entlohnung im Insolvenzverfahren [1999]).