
Datum: 23.12.2014
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 27. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 27 U 4/14
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2014:1223.27U4.14.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 4 O 244/11

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 11.12.2013 verkündete Urteil des Landgerichts Bochum teilweise dahingehend abgeändert, dass der Beklagte verurteilt bleibt, an den Kläger 61.059,17 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28.07.2011 zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die weitergehende Berufung des Beklagten und die Anschlussberufung des Klägers werden zurückgewiesen.

Von den Kosten der ersten Instanz tragen der Kläger 34 Prozent und der Beklagte 66 Prozent.

Von den Kosten der Berufungsinstanz tragen der Kläger 31 Prozent und der Beklagte 69 Prozent.

Der Kläger trägt 31 Prozent der Kosten der Streithelferin in der Berufungsinstanz.

Die Streithelferin trägt ihre weiteren Kosten selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der jeweilige Vollstreckungsschuldner darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der

- A.** 1
- Der Kläger macht in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Firma G GmbH & Co. KG Schadensersatzansprüche nach § 60 InsO wegen einer pflichtwidrigen Prozessführung des Beklagten in seiner Eigenschaft als früherer Insolvenzverwalter der Schuldnerin geltend. 2
- Der Kläger wirft dem Beklagten das Verursachen von Kosten in dem Rechtsstreit vor dem Landgericht Bochum (4 O 283/01) vor. In diesem Rechtsstreit nahm die Fa. Dr. C GbR (nachfolgend: Vermieter-GbR) den Beklagten auf Zahlung von Mietzins für Juli bis September 2001 im Urkundenprozess in Anspruch. 3
- Das ergangene Vorbehaltsurteil im Urkundenprozess des Landgerichts focht der Beklagte in der Berufungsinstanz vor dem Oberlandesgericht Hamm (30 U 25/02) an. Die Vermieter-GbR legte Anschlussberufung ein und nahm mit Einwilligung des Beklagten vom Urkundenprozess Abstand. Im Laufe des Berufungsrechtszugs erhob der Beklagte eine Drittwiderklage gegen die Gesellschafter der Vermieter-GbR. 4
- Die Berufung des Beklagten vor dem Oberlandesgericht war erfolglos, und die Anschlussberufung erfolgreich. Der Beklagte legte Nichtzulassungsbeschwerde vor dem Bundesgerichtshof (II ZR 305/03) ein, die ebenfalls keinen Erfolg hatte. 5
- Der Kläger hat in der ersten Instanz zunächst eine Stufenklage erhoben. Im weiteren Verlauf der ersten Instanz hat der Kläger neben der begehrten Auskunft eine teilweise Bezifferung vorgenommen. Schließlich hat der Kläger nur noch im Wege des Leistungsantrags die Zahlung von 92.047,42 € begehrt. 6
- Der Kläger hat die einzelnen Positionen, welche den vorstehenden Betrag ergeben, weitgehend aus von ihm vorgefunden Urkunden (Schriftstücken, Quittungen, Zahlungsbelegen etc.) rekonstruiert. Obwohl die einzelnen Positionen zwischen den Parteien „unstreitig“ sind, sind einzelne Positionen ungenau bezeichnet, was der Senat nachfolgend im Rahmen der rechtlichen Beurteilung näher ausführt. 7
- Im Einzelnen handelt es sich nach der Bezeichnung in der ersten Instanz um folgende Kosten, die in dem vorstehend dargestellten Rechtsstreit entstanden und von dem Beklagten aus der Masse bezahlt worden waren: 8

4.340,87 €	eigene Rechtsanwaltskosten 1. Instanz	9
3.908,83 €	eigene Rechtsanwaltskosten 2. Instanz (Kanzlei P)	
10.539,60 €	weitere eigene Rechtsanwaltskosten 2. Instanz (RAe Dr. K)	
4.832,00 €	eigene Rechtsanwaltskosten Nichtzulassungsbeschwerde	

2.438,86 €	Gerichtskosten 1. Instanz
1.192,59 €	Gerichtskosten 2. Instanz
2.000,00 €	Sachverständigenvorschuss 2. Instanz
14.744,43 €	Gerichtskosten 2. Instanz
4.412,00 €	Gerichtskosten (Nichtzulassungsbeschwerde)
13.662,77 €	Kostenfestsetzung Klage (1. und 2. Instanz)
18.566,71 €	Kostenfestsetzung Widerklage
237,00 €	Vollstreckungskosten bzgl. KfB (1. und 2. Instanz)
261,00 €	Vollstreckungskosten bzgl. KfB (Widerklage)
25,00 €	Rechtsmittelkosten bzgl. KfB (1. und 2. Instanz)
25,00 €	Rechtsmittelkosten bzgl. KfB (Widerklage)
1.116,61 €	Zinsen bzgl. Kostenfestsetzung, davon:
	370,28 € bzgl. KfB (1. und 2. Instanz)
	177,80 € bzgl. KfB (1. und 2. Instanz)
	331,88 € bzgl. KfB (Widerklage)
	201,80 € bzgl. KfB (Widerklage)
11,28 €	weitere Zinsen bzgl. Kostenfestsetzung
9.732,87 €	in Folge der Kostenfestsetzung (Nichtzulassungsbeschwerde) insgesamt vom Beklagten aufgebracht wie folgt:
92.047,42 €	

Das Landgericht hat der Klage durch Urteil vom 11.12.2013 weitgehend stattgegeben und den Beklagten zur Zahlung von 84.979,24 € verpflichtet. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, der Kläger habe gegen den Beklagten einen Schadensersatzanspruch aus § 60

InsO. Hiernach sei ein Insolvenzverwalter allen Beteiligten zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft die nach diesem Gesetz für ihn bestehenden Pflichten verletze. Der Beklagte habe diese Pflichten schuldhaft verletzt, da er den damaligen Rechtsstreit durch Säumnis oder Anerkenntnis hätte beenden müssen. Die weitere Durchführung des Rechtsstreits und die Erhebung der (unzulässigen) Drittwiderklage stelle hingegen eine grobe Pflichtverletzung mit zunehmender Intensität je weiterer Instanz dar, was das Landgericht näher ausführt.

Der Beklagte sei daher im Hinblick auf die Kosten der zweiten und dritten Instanz zur Zahlung von Schadensersatz verpflichtet. Hinsichtlich der ersten Instanz wäre bei sachgerechter Prozessführung zudem nur eine Gerichtsgebühr angefallen. Der Schaden setze sich insoweit wie folgt zusammen:

3.908,83 €	eigene Rechtsanwaltskosten 2. Instanz (Kanzlei P)
10.539,60 €	weitere eigene Rechtsanwaltskosten 2. Instanz (RAe Dr. K)
4.832,00 €	eigene Rechtsanwaltskosten Nichtzulassungsbeschwerde
3.625,02 €	Gerichtskosten (1. Instanz mit einer Gebühr)
1.192,59 €	Gerichtskosten 2. Instanz
2.000,00 €	Sachverständigenvorschuss 2. Instanz
14.744,43 €	Gerichtskosten 2. Instanz
4.412,00 €	Gerichtskosten (Nichtzulassungsbeschwerde)
9749,30 €	Kostenfestsetzung Klage (2. Instanz)
18.566,71 €	Kostenfestsetzung Widerklage
237,00 €	Vollstreckungskosten bzgl. KfB (1. und 2. Instanz)
261,00 €	Vollstreckungskosten bzgl. KfB (Widerklage)
25,00 €	Rechtsmittelkosten bzgl. KfB (1. und 2. Instanz)
25,00 €	Rechtsmittelkosten bzgl. KfB (Widerklage)
1.116,61 €	Zinsen bzgl. der Kostenfestsetzung
11,28 €	weitere Zinsen bzgl. der Kostenfestsetzung
<u>9.732,87 €</u>	in Folge der Kostenfestsetzung (Nichtzulassungsbeschwerde)

12

84.979,24 €	
-------------	--

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes bis zum Abschluss der ersten Instanz einschließlich der Anträge im Einzelnen wird auf das angefochtene Urteil einschließlich der Entscheidungsgründe Bezug genommen. 13

Gegen das Urteil wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung. 14

Der Kläger hat Anschlussberufung hinsichtlich der Differenz bezüglich der einklagten Position „Kostenfestsetzung Klage (1. und 2. Instanz)“ gegenüber der zugesprochenen Position „Kostenfestsetzung (2. Instanz)“ in Höhe von 3.913,47 € (13.662,77 € ./. 9.749,30 €) eingelegt. Ferner begehrt er Zinsen in einem weitergehenden Umfang unter den Gesichtspunkten eines pauschalierten Schadensersatzanspruchs und den Besonderheiten des Sachverhalts im Hinblick auf einen Verzugsschaden bei Entbehrlichkeit einer Mahnung. 15

Die Streithelferin – Vermögensschadenhaftpflichtversicherer des Beklagten - ist im Berufungsverfahren dem Rechtsstreit auf Seiten des Beklagten beigetreten. 16

Der Beklagte bringt vor, seine damalige Entscheidung habe sich im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens gehalten. Zudem sei wegen der Erforderlichkeit der Einheitlichkeit der Beurteilung im Innen- und Außenverhältnis der im Außenverhältnis gegenüber einem Prozessgegner geltende Haftungsmaßstab des § 826 BGB maßgeblich, der nicht erfüllt sei. In der Sache sei die von ihm im damaligen Rechtsstreit vertretende Rechtsansicht hinsichtlich des Bestehens von Einwänden gegen die Mietzinsforderung im Rahmen eines Beurteilungsspielraums nicht zu beanstanden. Sein Rechtsstandpunkt, der sich mittlerweile sogar als zutreffend herausgestellt habe, sei zumindest als ermessensfehlerfrei anzusehen. Die Widerklage habe auf sachgerechten Erwägungen beruht, insbesondere sei eine Gesamtregelung durch Gesamtvergleich angestrebt worden, was der Beklagte näher ausführt. 17

Die Streithelferin schließt sich dem Vorbringen des Beklagten mit ergänzenden und vertiefenden Ausführungen an. 18

Der Beklagte und die Streithelferin beantragen, 19

das angefochtene Urteil (teilweise) abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen 20

und 21

die Anschlussberufung zurückzuweisen. 22

Der Kläger beantragt, 23

die Berufung des Beklagten zurückzuweisen

und 24

25

(im Wege der Anschlussberufung)

das angefochtene Urteil dahingehend abzuändern, dass

1.) der Beklagte zur Zahlung weiterer 3.913,47 € an den Kläger verurteilt wird	26
und	27
2.) der Beklagte verurteilt wird, Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus den nachfolgend aufgeführten Beträgen ab den nachfolgend aufgeführten Daten an den Kläger zu zahlen,	28
aus 3.483,43 € ab dem 12.03.2002	29
aus 425,40 € ab dem 26.11.2002	30
aus 10.539,60 € ab dem 05.11.2002	31
aus 4.832,00 € ab dem 20.10.2003	32
aus 3.625,02 € ab dem 19.12.2001	33
aus 14.744,43 € ab dem 28.02.2006	34
aus 2.000,00 € ab dem 25.02.2003	35
aus 1.192,59 € ab dem 24.04.2002	36
aus 4.412,00 € ab dem 16.06.2005	37
aus 3.913,47 € ab dem 05.04.2004	38
aus 9.749,30 € ab dem 05.04.2004	39
aus 237,00 € ab dem 22.08.2005	40
aus 261,00 € ab dem 22.08.2005	41
aus 25,00 € ab dem 16.06.2006	42
aus 25,00 € ab dem 01.08.2006	43
aus 1.116,61 € ab dem 06.10.2006	44
aus 11,28 € ab dem 11.10.2006	45
aus 6.830,28 € ab dem 21.09.2005	46
aus 1.257,77 € ab dem 24.03.2006	47
aus 461,76 € ab dem 16.06.2006	48
aus 89,25 € seit dem 22.06.2006 und	49
	50

aus 1.093,81 € seit dem 01.08.2006.

Der Kläger verteidigt die angefochtene Entscheidung und begründet die Anschlussberufung damit, dass der Beklagte hinsichtlich der Schadenshöhe keine Einwände vorgebracht habe. Es sei unverständlich, dass das Landgericht von den unstreitigen Kosten, die der Beklagte im Hinblick auf den Kostenfestsetzungsbeschluss bezüglich der Klage erbracht habe, einen Abzug in Höhe von 3.913,47 € vorgenommen habe. 51

Der Kläger ist weiter der Ansicht, der Beklagte sei zur Verzinsung der jeweiligen Schadensersatzposition ab dem Zeitpunkt der Entnahme aus der Masse verpflichtet, was der Kläger näher ausführt. Da die Parteien keine Verbraucher seien, bestehe ein Anspruch auf Zahlung von Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz. 52

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird Bezug genommen auf ihre in zweiter Instanz zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen. 53

B. 54

Die Berufung und die Anschlussberufung sind zulässig. Die Berufung des Klägers ist teilweise begründet, während die Anschlussberufung unbegründet ist. 55

Der Beklagte ist dem Kläger wegen eines Teils der zugesprochenen Positionen zum Schadensersatz verpflichtet. Die Kosten in Höhe von insgesamt 61.059,17 €, die durch die Erhebung der isolierten Drittwiderklage in zweiter Instanz und die anschließende Nichtzulassungsbeschwerde entstanden sind, kann der Kläger erfolgreich geltend machen. Im Übrigen besteht kein Anspruch. Im Einzelnen: 56

I. 57

Die Erhebung der isolierten Drittwiderklage in der Berufungsinstanz und die anschließende Nichtzulassungsbeschwerde stellen schuldhaftes Pflichtverletzung des Beklagten nach § 60 InsO dar. Hinsichtlich der damaligen Prozessführung im Übrigen steht keine Pflichtverletzung des Beklagten fest. 58

1.) Eine Haftung des Beklagten ist nach § 60 Abs.1 InsO anzunehmen, wenn der Beklagte als Insolvenzverwalter schuldhaft die Pflichten verletzt hat, die ihm nach der Insolvenzordnung obliegen, also eine pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung des Beklagten in Bezug auf eine insolvenzspezifische Pflicht vorliegt. 59

Grundsätzlich ist in Bezug auf Rechtsstreitigkeiten maßgeblich, ob die Entscheidung über ein Einlassen auf den Rechtsstreit bzw. dessen Verursachung aus einer ex ante Sicht auf einer sachgerechten Bewertung der Erfolgsaussichten beruht hat. Der Insolvenzverwalter hat die Entscheidung nach pflichtgemäßen Ermessen zu treffen, wobei der ihm zustehende Beurteilungsspielraum mindestens so großzügig zu bemessen ist, wie bei der Beurteilung der Erfolgsaussicht im Rahmen des § 114 ZPO (insgesamt mit weiteren Nachweisen: Brandes/Schoppmeyer in Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Auflage, § 60, Rn.14). Die Verletzung einer insolvenzspezifischen Pflicht eines Insolvenzverwalters ist hingegen anzunehmen, wenn eine Masseverkürzung durch die Führung oder Aufnahme aussichtsloser Prozesse eintritt (Sinz in Uhlenbrock, InsO, 13. Auflage, § 60, Rn.14). 60

2.) Der Beklagte haftet entgegen seiner Ansicht nicht nur unter den engen Voraussetzungen des § 826 BGB. 61

Der Verweis des Beklagten auf eine – vermeintliche – Notwendigkeit einer Gleichschaltung der Außenhaftung und der Innenhaftung trägt nicht. Zutreffend an dem Vorbringen des Beklagten ist lediglich, dass ein Insolvenzverwalter gegenüber einem Dritten für Kosten als Prozessgegners regelmäßig nur unter den Voraussetzungen des § 826 BGB haftet.

Mit dem vorliegenden Sachverhalt hat dies aber nichts zu tun. Soweit sich entsprechende Ausführungen in der Kommentierung finden (siehe z.B. Lohmann in Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 7. Auflage, § 60, Rn.7), erfolgen diese Ausführungen unter dem Gesichtspunkt einer „insolvenzspezifischen Verpflichtung“. Da den Insolvenzverwalter grundsätzlich keine insolvenzspezifischen Pflichten gegenüber dem Prozessgegner treffen (siehe nur: Lohmann in Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 7. Auflage, § 60, Rn.45; Sinz in Uhlenbrock, Insolvenzordnung, 13. Auflage, § 60, Rn.14; Brandes/Schoppmeyer in Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Auflage, § 60, Rn.39), hilft dort nur § 826 BGB. 63

Vorliegend geht es um einen Schaden der Masse. Es bleibt bei dem allgemeinen Haftungsmaßstab; eine insolvenzspezifische Pflicht gegenüber der Masse ist betroffen. 64

3.) Ausgehend von den vorstehend dargestellten Grundsätzen hat der Beklagte die Kosten erster Instanz nicht schuldhaft verursacht. 65

a.) Der Beklagte hat zunächst nicht die Erhebung der Klage zu vertreten. 66

(aa) Es steht nicht fest, dass der Beklagte den vor dem Landgericht Bochum eingeklagten Anspruch zuvor schon wirksam anerkannt und dies vorwerfbar nicht erkannt hat. 67

Ein Anerkenntnis ergibt sich insbesondere nicht aus der Formulierung des Beklagten in seinem Schreiben vom 19.07.2001 (Anlage K 13). Dort hat der Beklagte auf eine Mahnung der Vermieter-GbR bezüglich der Juli-Miete unter Hinweis auf die fehlende Liquidität ausgeführt, dass die Mietzahlung habe „zurückgestellt“ werden müssen. Weiter ist ausgeführt: 68

„Die Mietzahlung wird erfolgen, sobald eine entsprechende Liquidität vorhanden ist.“ 69

Es bestehen mehrere Arten eines Anerkenntnisses. Der Fortbestand der ursprünglichen Verpflichtung kann bei Annahme eines konstitutiven Schuldanerkenntnisses nach § 812 BGB je nach dem Willen der Beteiligten vom Fortbestand der ursprünglichen Verpflichtung abhängig sein (Palandt/Sprau, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Auflage, § 781, Rn.2). Durch ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis können insbesondere Einwendungen des Schuldners abgeschnitten werden (Palandt/Sprau, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Auflage, § 781, Rn.3 f.). Ein Anerkenntnis kann auch lediglich der Beweiserleichterung dienen. Ohne rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen des Schuldners kann eine rein tatsächliche Erklärung vorliegen, die lediglich den Zweck haben kann, dem Gläubiger Erfüllungsbereitschaft anzuzeigen, um diesen dadurch von Maßnahmen abzuhalten oder ihm ggfls. den Beweis zu erleichtern. Ein derartiges Zeugnis gegen sich selbst kann ein Indiz für den Richter bei der Beweiswürdigung darstellen oder zu einer Umkehr der Beweislast führen (Palandt/Sprau, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Auflage, § 781, Rn.6; BGH WM 2003, 1421 ff, Rn.13). 70

Die Erklärung des Beklagten kann nach §§ 133, 157 BGB ausgehend hiervon nicht so verstanden werden, dass der Beklagte etwaige Einwände gegen die Berechtigung der Forderung hierdurch fallengelassen hat. Diese Formulierung genügt nicht, um hieraus 71

rechtserhebliche Wirkungen ableiten zu können.

Es bestand, für Dr. C und die Vermieter-GbR erkennbar, kein Anlass für den Beklagten, auf den Einwand einer kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung zu verzichten. Die Empfängerseite musste und konnte erkennen, dass ein Insolvenzverwalter auf einen solchen Einwand nicht ohne Grund (etwa eine Gegenforderung bei einem Vergleich) verzichten darf; ein Grund für einen Verzicht aber bestand ersichtlich nicht. 72

Zudem würde es auch aus Sicht des Empfängers keinen Sinn machen, wenn der Beklagte sich nur für den Monat Juli 2001 ohne Not etwaiger Einwände gegen die Berechtigung der Mietzinsforderung begeben sollte. 73

Hierbei ist weiter zu berücksichtigen, dass das vorausgegangene Schreiben der Vermieter-GbR vom 13.07.2001 (Anlage K 12) nur sehr allgemein gehalten ist und keine Rückschlüsse zulässt. Dort ist formuliert: 74

„... darf ich Sie höflich daran erinnern, dass die Juli-Miete für das Objekt L-Straße am Anfang des Monats fällig war.“ 75

Ich setze Sie hiermit in Verzug und bitte um umgehende Überweisung auf das ihnen bekannte Konto.“ 76

Nur am Rande ist zu erwähnen, dass schon im damaligen Rechtsstreit vor dem Landgericht Bochum (4 O 283/01) und dem Oberlandesgericht Hamm (30 U 25/02) die Vermieter-GbR ausweislich der jeweiligen Urteilsgründe ausdrücklich auf das Vorliegen eines Anerkenntnisses im Hinblick auf das Schreiben vom 19.07.2001 verwiesen hat. In beiden Urteilen ist der Einwand in den Gründen nicht aufgegriffen worden. 77

(bb) Es finden sich keine sonstigen Umstände, die den Rückschluss erlauben, dass der Beklagte die damalige Klageerhebung schuldhaft durch eine Pflichtwidrigkeit verursacht hat. 78

Hierbei ist ohnehin zu berücksichtigen, dass die damalige Klage im Urkundenprozess zeitnah von der Vermieter-GbR erhoben worden ist, was sich schon daran zeigt, dass das Urteil des Landgerichts schon am 17.10.2001 verkündet worden ist. 79

b.) Der Beklagte musste auch nicht schon in erster Instanz durch Anerkenntnis oder Säumnis eine kostengünstige Beendigung des Rechtsstreits herbeiführen. 80

Der Beklagte berief sich im damaligen Rechtsstreit u.a. darauf, dass die mit der Vermieter-GbR vereinbarten Mietzinsen infolge der Insolvenz wegen des Eingreifens der Regeln zur kapitalersetzenden Gebrauchsüberlassung nicht geschuldet seien. 81

Unabhängig von der Vertretbarkeit dieser Einschätzung war der Beklagte jedenfalls nicht verpflichtet, ein Anerkenntnis- oder Säumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen. Der zur Beurteilung anstehende Lebenssachverhalt war jedenfalls so, dass der Einwand eines kapitalersetzenden Darlehens genauer Prüfung bedurfte (näher dazu nachfolgend unter 4.). 82

Da die Klage im Urkundenverfahren erhoben worden war, war der Beklagte nicht gehalten, seine Rechte bzw. vermeintlichen Gegenansprüche schon in diesem Verfahrensstand „aufzugeben“. Es ist in jedem Fall unbedenklich, in Anbetracht des vorliegenden Sachverhalts eine Verurteilung im Urkundenprozess hinzunehmen und die Frage der Geltendmachung von Rechten im Nachverfahren einer näheren Prüfung zu unterziehen. 83

4.) Die Kosten der Klage in der zweiten Instanz hat der Beklagte ebenfalls nicht pflichtwidrig verursacht.

Allerdings kann der Beklagte nichts für sich daraus herleiten, dass er seinerzeit anwaltlich vertreten war. Jedenfalls in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ist deutlich geworden, dass der Beklagte sich gar nicht auf etwaig fehlende Hinweise der tätigen Rechtsanwälte auf die „mangelnden Erfolgsaussichten“ seiner Rechtsverteidigung berufen will, jedenfalls nicht mit Erfolg berufen kann. Der Beklagte hat in seiner persönlichen Anhörung vielmehr deutlich gemacht, dass er selbst durchgängig hinter den verfassten Schriftsätzen gestanden habe. Bei den Korrespondenzanwälten habe es sich um typische „Stempelanwälte“ gehalten, was der Beklagte näher ausgeführt hat. 85

Der Beklagte hat nochmals verdeutlicht, dass er die Rechtsverteidigung – die er bis heute noch vehement für nicht nur vertretbar, sondern sogar zutreffend hält – in jedem Fall so wie erfolgt vorgenommen hätte. Der Beklagte hält bis heute die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm (30 U 25/02) vom 30.07.2003 (Anlage K 15) und die nachfolgende Entscheidung des Bundesgerichtshofs (II ZR 305/03) auf die Nichtzulassungsbeschwerde (Anlage K 16) für falsch. Es besteht in Anbetracht des Auftretens des Beklagten und des Eintretens für seine Überzeugungen auch im Rahmen der persönlichen Anhörung für den Senat kein Zweifel, dass der Beklagte sich durch eine abweichende anwaltliche Einschätzung auch damals nicht von seinem Vorgehen hätte abbringen lassen. 86

Ob auch eine Haftung einer eingeschalteten Rechtsanwaltskanzlei neben dem Beklagten in Betracht gekommen wäre, ist für die Frage einer Haftung des Beklagten ohnehin belanglos. 87

Es steht aber nicht fest, dass der Beklagte seine Rechtsverteidigung auf Rechtsansichten aufgebaut hat, denen eine hinreichende Aussicht auf Erfolg abzusprechen war. 88

a.) Gegen das ergangene Urteil durfte der Beklagte schon mit einem Rechtsmittel vorgehen, da das Landgericht einen auf Zahlung gerichteten Leistungsanspruch tituliert hatte. Aufgrund der eingetretenen Masseunzulänglichkeit durfte der Beklagte das Rechtsmittel allein schon einlegen, da nur eine Verteilung mit einem Feststellungstenor – wie sie nachfolgend durch das Oberlandesgericht auch erfolgt ist – erfolgen durfte. 89

b.) Unabhängig davon und insbesondere hinsichtlich der Kosten des Sachverständigen steht nicht fest, dass die damalige Rechtsverteidigung des Beklagten keine hinreichende Aussicht auf Erfolg aufwies. 90

Ausweislich der Gründe der damaligen Entscheidung des Oberlandesgericht Hamm in dem Verfahren 30 U 25/03 (Anlage K 15 AB), vertrat der Beklagte die Ansicht, dass für die Feststellung der eigenkapitalersetzenden Funktion der Überlassung der Immobilie die Kreditunwürdigkeit ausreichend sei; eine besondere Überlassungsunwürdigkeit sei nicht erforderlich, da es sich bei dem Mietobjekt nicht um ein Standardwirtschaftsgut handele. 91

In dem Urteil hat das Berufungsgericht dann maßgeblich auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshof (BGHZ 109, 55 ff) abgestellt und ausgeführt, dass zu prüfen sei, ob spezielles Wirtschaftsgut oder ein Standardwirtschaftsgut betroffen sei. Im Fall eines Standardwirtschaftsguts sei die Überlassungsunwürdigkeit maßgeblich. Eine Überlassungsunwürdigkeit sei anzunehmen, wenn anstelle des Gesellschafters kein außenstehender Dritter zur Überlassung des Gebrauchs bereit gewesen wäre. Bei der Beurteilung sei zunächst auf den Zeitpunkt der Überlassung abzustellen. Nachträglich könnten ursprünglich nicht als Eigenkapitalersatz dienende Gesellschaftermittel von den 92

Bindungen der §§ 30, 31, 32 a und b GmbHG unter weiteren Voraussetzungen erfasst werden.

Es steht nicht fest, dass die damalige Rechtsverteidigung des Beklagten, gemessen an den vorstehenden Anforderungen, und in Anbetracht dieser vom Berufungsgericht – zutreffend dargestellten – Grundsätze bei dem anzunehmenden Wertungsspielraum nicht zumindest eine hinreichende Aussicht auf Erfolg aufwies. Der Erfolg dieses Einwands, hängt vielmehr davon ab, wie sich der Sachverhalt konkret darstellt. Hierbei ist eine Pflichtverletzung des Beklagten allenfalls anzunehmen, wenn der Sachverhalt offensichtlich nicht dazu führen konnte, dass eine kapitalersetzende Gebrauchsüberlassung anzunehmen war. Von besonderer Bedeutung ist nämlich, dass der Insolvenzverwalter nicht über Gebühr davon abgehalten werden darf, Prozesse zu führen oder sich gegen Forderungen zu verteidigen. Anderes würde die Funktionsfähigkeit seines Amtes zu sehr beeinträchtigen. 93

Da die damaligen Prozessparteien erst im Berufungsverfahren vom Urkundenprozess Abstand genommen haben, konnte der Beklagte den Einwand der kapitalersetzenden Gebrauchsüberlassung erstmals in der Berufungsinstanz vorbringen. 94

(aa) Das Vorbringen des Beklagten ist hierbei schon erheblich und auch vertretbar, da sich seine Einschätzung zum Vorliegen eines speziellen Wirtschaftsguts hinsichtlich des Mietobjekts als ausreichend nachvollziehbar dargestellt hat. Dies ist wesentlich, da dem Beklagten damit neben den Kosten der 2. Instanz insbesondere auch keine pflichtwidrige Verursachung der Kosten des Sachverständigen vorzuwerfen ist. 95

Das Oberlandesgericht hat zu dieser Frage ein Sachverständigengutachten eingeholt. Dieser Umstand spricht schon dafür, dass die Beurteilung nicht ohne nähere Feststellungen möglich war. 96

Das Ergebnis des eingeholten Gutachtens spricht zwar gegen das Vorliegen eines speziellen Wirtschaftsgutes. Die gegen die Richtigkeit der Einschätzung vorgebrachten Gründe des Beklagten, sind auch nicht geeignet, Zweifel an den damaligen Feststellungen des Sachverständigen zu begründen. Der Beklagte benennt die spätere Zwangsversteigerung der Immobilie mangels Möglichkeit einer „annähernd wirtschaftlichen“ Neuvermietung aufgrund der tatsächlichen Marktlage in Z und die Höhe der Mietkosten von 35.000 DM. Diese auch heute noch vom dem Beklagten vorgebrachten Einwände stellen sich nach dem eingeholten Gutachten und dem nachfolgenden Urteil des Oberlandesgerichts als irrelevant dar. 97

Eine solche Betrachtung allein zur „Richtigkeit“ des Sachverständigengutachtens greift im vorliegenden Schadensprozess aber zu kurz. Der Beklagte hat nämlich mit seinen Einwänden nicht, jedenfalls nicht nur die tatsächlichen Feststellungen des Sachverständigen in Bezug auf die Beschaffenheit des Mietobjekts in Zweifel ziehen wollen. Der Beklagte hat vielmehr hervorheben wollen, dass das vorliegend zu beurteilende Mietobjekt im Hinblick auf den hohen Anschaffungswert, die hohen monatlichen Mietkosten und die ungünstige regionale Wirtschaftslage insgesamt nicht als „Standardwirtschaftsgut“ angesehen werden könne. 98

Es steht aber nicht fest, dass der Beklagte seinen Rechtsstandpunkt zum damaligen Zeitpunkt nicht einnehmen durfte. Es findet sich – worauf der Beklagte in der persönlichen Anhörung durch den Senat nochmals verwiesen hat – in einschlägigen Kommentaren aus dieser Zeit durchaus Formulierungen, die dafür sprechen, nur wenig individualisierte allgemeine Wirtschaftsgüter als Standardwirtschaftsgüter anzusehen. 99

Ganz eindeutig werden in einem dieser Kommentare (siehe: Karsten Schmidt in Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 9. Auflage (2000), § 32a, b, Rn.128) Betriebsgrundstücke und gewerbliche Schutzrechte den unaustauschbaren Wirtschaftsgütern und nicht den Standardwirtschaftsgütern zugerechnet.

Vergleichbar werden in einem anderen Kommentar (siehe: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 15. Auflage (2000), § 32a, b, Rn.142) normale Kraftfahrzeuge, unbebaute Grundstücke etc. als Standardwirtschaftsgüter genannt. 101

In einem dritten Kommentar (siehe: Hachenburg/Ulmer, GmbH-Gesetz, 8. Auflage (1992), § 32a, b, Rn.109) werden als Standardwirtschaftsgüter Kraftfahrzeuge, bestimmte Arten gängiger Computer und allgemein nutzbare Büroflächen genannt, wobei auf die Sicht dritter Investoren abzustellen ist. 102

Der Beklagte durfte aus Sicht des Senats damit insbesondere die Rechtsfrage aufwerfen, ob die vorliegende Betriebsimmobilie insoweit als „allgemein nutzbar“ angesehen werden kann. Es versteht sich herbei auch nicht von selbst, dass die von dem Beklagten genannten Umstände – wie die Größe, die Höhe des Mietzinses oder die örtliche Nachfrage (Stichwort: „dritte Investoren“) – von der Hand zu weisen sein sollen. 103

So hat auch das Berufungsgericht im damaligen Rechtsstreit längere Ausführungen zu der Frage der Auswirkung der (aktuellen) Marktlage auf die Beurteilung gemacht. Es steht ausgehend hiervon jedenfalls nicht fest, dass der Beklagte seine Rechtsauffassung nicht zur gerichtlichen Überprüfung stellen durfte. 104

(bb) Hinsichtlich der Überlassungswürdigkeit im Fall des Vorliegens eines Standardwirtschaftsgutes steht die fehlende Erfolgsaussicht des Vorbringens ebenfalls nicht fest. 105

Auf diese Frage kommt es zwar nicht mehr entscheidend an. Dies folgt daraus, dass aus den Gründen unter a.) ohnehin nicht zu beanstanden war, dass der Beklagte gegen im Urkundenprozess ergangene Leistungsurteil Berufung eingelegt hat und auch schon die Gründe unter b. (aa) der Annahme einer Pflichtwidrigkeit entgegenstehen. Es steht aber auch insoweit kein pflichtwidriges Vorgehen des Beklagten fest. 106

Das Oberlandesgericht hat in den damaligen Gründen näher ausgeführt, dass hinsichtlich der ursprünglichen Überlassungsunwürdigkeit keine besonderen Umstände vorhanden sind, aufgrund derer ein außenstehender Dritter die Vermietung der Immobilie an die Gemeinschuldnerin anstelle der Vermieter-GbR nicht vorgenommen hätte. Eine ausreichende Liquidität der Schuldnerin ist u. a. mit der Begründung angenommen worden, dass das Mietverhältnis 28 Monate lang durchgeführt und die Miete auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens acht Monate lang gezahlt worden sei. 107

Dies steht mit der im Vorverfahren zitierten Entscheidung (BGHZ 109, 55 ff, R.17) überein, wonach maßgeblich ist, ob ein vernünftig handelnder Dritter, der sich an den üblichen Bonitätskriterien des betreffenden Marktes orientiert, die Vermietung nicht mehr vorgenommen hätte und die Gesellschaft von keiner dritten Seite ein Investitionsdarlehen mehr erhalten hätte, mit dem sie den Gegenstand selbst hätte beschaffen und bezahlen können. 108

Es finden sich aber keine weiteren Ausführungen in dem Berufungsurteil dazu, ob nicht nachträglich die Voraussetzungen für eine Bindung als Eigenkapital eingetreten sind (vgl. 109

BGHZ 121, 31 ff, Rn.10; BGH ZIP 1995, 280 ff, Rn.7, BGH ZIP 2006, 996 f, Rn.7). Einleitend ist im Berufungsurteil auf Seite 17 formuliert:

„Darüber hinaus werden ursprünglich nicht als Eigenkapitalersatz dienende Gesellschaftermittel nachträglich von den Bindungen der §§ 30, 31, 32a und b GmbHG erfasst, wenn der Gesellschafter sie bei Eintritt der Krise nicht abzieht, obwohl ihm dies zumindest objektiv möglich wäre.“ 110

Grundsätzlich bildet die Überschuldung – also die vollständige Aufzehrung des Stammkapitals – ein Indiz für eine Kreditunwürdigkeit. Eine Kreditunwürdigkeit kann sich aber auch aus anderen Krisenmerkmalen ergeben (siehe hierzu die Ausführungen in: Karsten Schmidt in Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 9. Auflage (2000)). Was genau der Beklagte hierzu vorbrachte und inwieweit diesbezüglich genauere Feststellungen noch möglich waren, ist offen. In den Gründen des Urteils des Oberlandesgerichts findet sich zu der Frage einer nachträglichen Überlassungsunwürdigkeit nichts. 111

5.) Der Wechsel der Prozessbevollmächtigten im damaligen Berufungsrechtszug hat zu keinem Schadensersatzanspruch geführt. 112

Der Kläger wirft dem Beklagten den grundlosen Wechsel der Prozessbevollmächtigten in dem Berufungsverfahren vor. Der Wechsel ist unstreitig erfolgt, da ein Anwalt der Sozietät des Beklagten die Zulassung vor dem Oberlandesgericht Hamm erhalten hat. 113

Im Vorbringen der Parteien findet sich kein Anhaltspunkt dafür, dass in diesem Zusammenhang außergerichtliche Kosten „doppelt“ oder überhöht abgerechnet worden sind. Die vorgelegten Urkunden sprechen vielmehr sogar dagegen. 114

Nach den vorgelegten Rechnungen hat die Kanzlei P zunächst mit Rechnung vom 07.03.2002 (Anlage K 49) die Kosten der Berufung nach einem Streitwert von 175.070,32 DM abrechnet. Mit Rechnung vom 07.11.2002 (Anlage K 50) hat die Kanzlei P sodann unter Anrechnung der vorstehenden Zahlung weitere netto 435,40 € abgerechnet auf Grundlage eines veränderten Streitwerts von 237.038,10 DM. Diesem Ablauf lässt sich nicht mehr entnehmen, als dass die Kosten der Berufung abgerechnet worden sind, die sich durch eine zwischenzeitliche Änderung des Streitwerts erhöht haben. Dies ist unauffällig. 115

Nach der Übernahme des Rechtstreits hat die Kanzlei des Beklagten nach einem Streitwert von 828.040,59 € unter dem 04.11.2002 (Anlage K 52) die Kosten mit netto 10.539,60 € abgerechnet. Dies entspricht den Wertangaben in der Abrechnung. Der Streitwert entspricht den Wertangaben im Kostenfestsetzungsbeschluss für die Widerklage (Anlage K 66). Insoweit finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass „mehr“ als die Kosten der Widerklage abgerechnet worden sind. 116

Der Umstand, dass sich Wechsel in der Angabe der Streitwerte an verschiedenen Stellen finden, geht insoweit auch nicht zu Lasten des Beklagten. Maßgeblich ist, dass nicht feststeht, dass Gebühren in irgendeiner Form mehrfach abgerechnet worden sind. 117

Soweit durch den Rechtsanwaltswechsel der Vorteil der Gebührendegression entfallen sein kann, führt dies nicht zur Annahme eines Schadensersatzanspruchs. Unschädlich ist, dass der Beklagte in der persönlichen Anhörung durch den Senat sinngemäß erklärt hat, dass es doch selbstverständlich sei, dass die Sozietät die Gebühren nach ihrer eigenen Zulassung beim Oberlandesgericht selbst verdienen wollte. Es entfiel das Erfordernis einer Korrespondenz mit auswärtigen Anwälten und die entsprechenden Nachteile durch die 118

Informations- und Kommunikationswege. Im Rahmen eines dem Beklagten zuzubilligenden Ermessens stellt sich diese Maßnahme noch als hinnehmbar dar.

6.) Das Erheben der isolierten Drittwiderklage in der Berufungsinstanz stellt hingegen eine Pflichtwidrigkeit des Beklagten dar. 119

a.) Die offensichtliche Unzulässigkeit der Widerklage ergibt sich unabhängig voneinander aus mehreren Gesichtspunkten. 120

(aa) In der damaligen höchstgerichtlichen Rechtsprechung wurde eine isolierte Drittwiderklage in der Berufungsinstanz regelmäßig als unzulässig angesehen. Nur beim Eingreifen von besonderen Konstellationen konnte sich deren Zulässigkeit ergeben. Die diesbezüglichen Ausführungen in den Gründen des Urteils des Oberlandesgerichts Hamm (30 U 25/02) sind zutreffend. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat auf diese Ausführungen, die der Senat durchgängig teilt, Bezug. 121

(bb) Auch die Ausführungen in dem damaligen Berufungsurteil zum fehlenden Gerichtsstand gegen die in X lebenden Gesellschafter der Schuldnerin und zugleich Gesellschafter der Vermieter-GbR entsprachen der damaligen Rechtslage und der damaligen Beurteilung durch die Gerichte. Der Senat nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen auch auf diese Ausführungen in den Gründen des Urteils des Oberlandesgerichts Hamm (30 U 25/02) ausdrücklich Bezug. 122

Der Verweis des Beklagten auf ein Urteil des EuGH aus dem Jahr 2014, mehr als zehn Jahre nach der damaligen Entscheidung ergangen, trägt nicht. Es war zum damaligen Zeitpunkt nicht absehbar, dass eine Änderung der Beurteilung anstehen könnte. 123

Letztlich kommt es hierauf wegen soeben (aa) freilich nicht an. 124

b.) Es kommt nicht darauf an, ob möglicherweise einzelne Stimmen vorhanden waren oder einzelne Argumente für die Zulässigkeit einer isolierten Drittwiderklage oder die Annahme eines Gerichtsstands angeführt werden konnten. 125

Der Rechtsverteidigung kann auch unter Zubilligung eines Ermessensspielraums nur dann eine ausreichende Erfolgsaussicht zuerkannt werden, wenn zumindest Anhaltspunkte dafür vorhanden gewesen wären, dass sich eine Änderung eines gefestigten oder herrschenden Rechtsverständnisses abgezeichnet hat, oder die obergerichtliche Rechtsprechung oder gewichtigen Stimmen in der Literatur zur Stützung der eigenen Rechtsansicht angeführt werden können. Dies war nicht der Fall. 126

Die Entscheidung des Beklagten war als derart „riskant“ einzustufen, dass sie jedenfalls eine Überschreitung eines Ermessensspielraums und des hierbei zulässigen Risikos darstellt. Es konnte erkennbar allenfalls eine „bloße Hoffnung“ bestehen, dass die erhobene Widerklage in der Berufung Erfolg haben würde. Das genügt nicht. 127

c.) Der Verweis des Beklagten auf die „Absicht des Erzielens eines Gesamtvergleichs mit den Gesellschaftern“ führt nicht zu einer anderen Beurteilung. 128

Diese bloße Möglichkeit kann dieses erhebliche Gebühren verursachende Vorgehen nicht rechtfertigen. Auch die Angaben des Beklagten in der persönlichen Anhörung durch den Senat haben diese Einschätzung bestätigt. Es kommt hierbei nicht darauf an, ob in der Berufungsinstanz Vergleichsgespräche stattgefunden haben. Es ergibt sich ein Bild, wonach der Beklagte mit der erhobenen Widerklage „hoch gepokert und verloren hat“. 129

Haftungsrechtlich hat der Beklagte damit aber „zu hoch“ gepokert.

d.) Soweit der Beklagte darauf verweist, dass er bei einem entsprechenden Hinweis der Widerklage durch eine Änderung auf Seiten der Passivlegitimierten noch teilweise zum Erfolg hätte verhelfen können, ist dieses Vorbringen unverständlich. 130

Ausweislich des Protokolls der Sitzung vor dem Oberlandesgericht Hamm (30 U 25/02) in zweiter Instanz am 02.07.2003 (Anlage K 28, Bl.151 ff) haben der Prozessbevollmächtigte des Beklagten und der Beklagte unisono trotz „nochmaliger“ Erörterung der Bedenken gegen den Widerklageantrag erklärt, den Antrag „dennoch stellen“ zu wollen. Ein entsprechender Hinweis ist demnach in Anwesenheit des Beklagten gerade erteilt worden. 131

Wie bereits ausgeführt, ist der Senat auch insoweit sicher, dass der Beklagte sich auch durch eine Intervention seines Prozessbevollmächtigten – also der eigenen Sozietät – nicht von seiner Rechtsauffassung hätte abbringen lassen. Der Beklagte hält auch diesbezüglich bis heute seine damalige Rechtsauffassung für vollständig zutreffend. 132

7.) Ausgehend von den vorstehenden Ausführungen zur Widerklage ergibt sich, dass auch die Kosten der Nichtzulassungsbeschwerde pflichtwidrig durch den Beklagten verursacht worden sind. 133

Die Nichtzulassungsbeschwerde betrifft nämlich hinsichtlich der verursachten Kosten nahezu ausschließlich die Widerklage. Kosten sind „durch die Klage“ insoweit nicht in einem erheblichen Umfang verursacht worden. Ausweislich des Beschlusses des Bundesgerichtshofs (Anlage K 16) entfiel nahezu der vollständige Streitwert auf die Widerklage (300 € für den Klageanspruch nach Erklärung der Masseunzulänglichkeit zu 342.698,52 € für die Widerklage). 134

Da die Widerklage offensichtlich unzulässig war, weist auch die hiergegen erhobene Nichtzulassungsbeschwerde nicht die hinreichende Aussicht auf Erfolg auf. Wie zuvor bereits ausgeführt, ist der Senat auch überzeugt, dass der Beklagte sich auch durch anwaltliches Abraten nicht von seinem Standpunkt hätte abbringen lassen und unabhängig von derartigen Hinweisen in jedem Fall die Nichtzulassungsbeschwerde erhoben hätte. 135

II. 136

Der Beklagte ist ausgehend von den vorstehenden Ausführungen zum Ersatz aller Kosten verpflichtet, die durch die Widerklage und die nachfolgende Nichtzulassungsbeschwerde verursacht und von der Schuldnerin beglichen worden sind. 137

1.) Aus der Schadensberechnung sind ausgehend von den vorstehenden Ausführungen von vornherein die der Klage (1. und 2. Instanz) zuzurechnenden Kosten auszuscheiden. 138

Dies betrifft auch die gelten gemachten Zinsen bezüglich der Kostenfestsetzung und die Vollstreckungskosten, sofern sie sich auf die Klage (1. und 2. Instanz) beziehen. Es lässt sich mit dem Tatsachenvorbringen der Parteien nicht feststellen, dass den Beklagten hinsichtlich dieser Kosten oder eines bestimmten Teils dieser Kosten eine vorwerfbare Pflichtverletzung trifft. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es im Zuge der Vollstreckung und der Kostenfestsetzung leicht zu Problemen und Streitigkeiten im Wege der Beitreibung kommen kann. 139

a.) Im Ergebnis sind hiernach die Positionen der Schadensberechnung über 4.340,87 €, 3.908,83 €, 2.438,86 € und 13.662,77 € vollständig außen vor zu lassen. 140

Hinsichtlich der Kosten der 2. Instanz über 3.908,83 € (Kanzlei P) hat der Senat unter I. näher	141
ausgeführt, dass davon auszugehen ist, dass diese Kosten die Berufung und nicht die Widerklage betreffen. Da das Gegenteil nicht feststeht, scheidet ein Schadensersatz diesbezüglich jedenfalls aus.	
b.) Hinsichtlich der Kosten der Vollstreckung im Zuge der Kostenfestsetzung ist eine nähere	142
Betrachtung erforderlich.	
Es sind eindeutig Vollstreckungskosten in Höhe von 237,00 €, Rechtsmittelkosten in Höhe	143
von 25,00 € sowie Zinsen in Höhe von 370,28 € und in Höhe von 177,80 € der Klage zuzuordnen.	
Wie sich aus den Ausführungen des Klägers zu den angefallenen Zinsen ergibt, ist eine	144
Zuordnung zur Klage und zur Widerklage nur in Höhe von 1.081,76 € (370,28 € + 177,80 € + 331,88 € + 201,80 €) möglich. Es verbleibt eine Differenz zum geltend gemachten Gesamtbetrag in Höhe von 34,85 €.	
Ebenso macht der Kläger weitere 11,28 € an Zinsen bezüglich der Kostenfestsetzung	145
geltend.	
Insoweit wäre die Klage abzuweisen, soweit eine Zuordnung zur Klage und zur Widerklage	146
nicht erfolgen könnte. Aus den vom Kläger vorgelegten Anlagen K 98 und K 99 ergibt sich aber, wie der Kläger die verlangten und vom Beklagten auch ausgeglichenen Zinsen berechnet hat. Hiernach sind Zinsforderungen für die Klage und die Widerklage in einer vergleichbaren Größenordnung jeweils an den gleichen Tagen fällig geworden. Insbesondere aus dem vorgelegten Forderungskonto (Anlage K 99) ergibt sich, dass die Zinsen insofern nahezu gleichmäßig sowohl die Kostenfestsetzung in Bezug auf die Klage wie auch in Bezug auf die Widerklage betrifft.	
Ausgehend von diesen Angaben ist der Senat in der Lage, im Rahmen des § 287 ZPO die	147
nicht eindeutig zuzuordnenden Zinsen jeweils zur Hälfte der jeweiligen Kostenfestsetzung zuzurechnen. Damit betreffen von den verbleibenden Zinsen weitere gerundet 17,42 € und 5,64 € die Kostenfestsetzung in Bezug auf die Klage.	
c.) Hinsichtlich der Positionen 2.000,00 € („Sachverständiger“) sowie 1.192,59 € und	148
14.744,43 € (jeweils Gerichtskosten 2. Instanz) ist eine differenzierte Betrachtung erforderlich.	
Wie mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eingehend erörtert,	149
ergibt sich aus der Gerichtskostenrechnung (Anlage K 58), dass die Kosten des Sachverständigen sich lediglich auf 1.759,37 € und die (weiteren) Gerichtskosten sich auf 16.177,65 € belaufen. Beides zusammen ergibt den vom Kläger geltend gemachten Gesamtbetrag von 17.937,02 €. In der Gerichtskostenrechnung ist der vom Kläger gezahlte Kostenvorschuss für den Sachverständigen von 2.000,00 € und die Zahlung auf die Gerichtskosten von 1.192,59 € als „Gesamtbetrag“ (3.192,59 €) in Abzug gebracht worden.	
Der Senat hat diese Zusammenhänge mit den Parteien eingehend erörtert. Die Parteien	150
haben hierzu übereinstimmend ihr Einverständnis erklärt, dass für die Schadensberechnung eine Verteilung der nach Abzug der Sachverständigenentschädigung verbleibenden Kosten auf die Klage und die Widerklage im Verhältnis $\frac{1}{4}$ zu $\frac{3}{4}$ erfolgen kann.	
Dies bedeutet, dass neben den Kosten des Sachverständigen mit 1.759,37 € auch 4.044,41 €	151
(16.177,65 € * $\frac{1}{4}$) an Gerichtskosten der 2. Instanz nicht zu erstatten sind.	

2.) Der Beklagte hat die durch die Widerklage verursachten Kosten zu ersetzen. Dies erfasst folgende Beträge:	152
a.) Die Schadensposition „weitere eigene Rechtsanwaltskosten 2. Instanz“ über 10.539,60 € für die Tätigkeit der damaligen Kanzlei des Beklagten betrifft, wie bereits ausgeführt, die Kosten der Widerklage.	153
b.) Auf die erfolgte Kostenfestsetzung zur Widerklage sind unstreitig insgesamt 18.566,71 € gezahlt worden.	154
c.) Wie zuvor unter 1. c. ausgeführt, entfallen von den Gerichtskosten 12.133,24 € (16.177,65 € * $\frac{3}{4}$) auf die Widerklage.	155
d.) Auch die Vollstreckungskosten, die Rechtsmittelkosten und die Zinsen in Bezug auf die Kostenfestsetzung hinsichtlich der Widerklage hat der Beklagte zu ersetzen.	156
Wie bereits ausgeführt, können derartige Kosten im Rahmen des Schadensverlaufs üblicherweise entstehen. Unabhängig von der Frage eines Verschuldens des Beklagten in Bezug auf den Anfall gerade dieser Kosten, ist der Beklagte zum Ersatz verpflichtet.	157
Dies betrifft zunächst geltend gemachte Kosten in Höhe von 261,00 €, 25,00 €, 331,88 € und 201,80 €.	158
Wie oben (unter 1. b.) näher ausgeführt, entfallen weitere Zinsen in Höhe von gerundet 17,43 € und 5,64 € auf die Kostenfestsetzung in Bezug auf die Widerklage.	159
3.) Der Beklagte hat weiter die durch die Erhebung der Nichtzulassungsbeschwerde entstandenen Kosten zu ersetzen.	160
Dies betrifft die gezahlten 9.732,87 € (Kostenfestsetzung), die gezahlten 4.832,00 € (eigene Rechtsanwaltskosten) und die gezahlten 4.412,00 € (Gerichtskosten).	161
Sämtliche Kosten sind adäquat durch das Einlegen der Nichtzulassungsbeschwerde verursacht worden, da sie regelmäßig anfallen können. Die insoweit geltend gemachten Kosten sind unstreitig durchgängig durch den Beklagten ausgeglichen worden.	162
III.	163
Es besteht ein Zinsanspruch des Klägers ab Rechtshängigkeit nach § 291 BGB i. V. m. § 288 Abs.1 BGB in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz. Ein weitergehender Zinsanspruch besteht nicht.	164
1.) Ein früherer Anspruchsbeginn steht nicht fest.	165
Der Kläger hat nicht dargelegt, dass sich der Beklagte zuvor infolge einer Mahnung in Verzug mit der Leistung im Sinne des § 286 Abs.1 BGB befand.	166
Eine Mahnung ist auch nicht nach § 286 BGB entbehrlich. Es greift insbesondere nicht § 286 Abs.2 Nr.4 BGB, wonach eine Mahnung unter Abwägung der beiderseitigen Interessen entbehrlich sein kann.	167
Hieran wäre nur zu denken, wenn ein Anspruch aus Deliktrecht zur Beurteilung anstehen würde (siehe hierzu: BGH NJW-RR 2008, 918 f, Rn.10 u. Rn.13). Dies ist aber nicht der Fall.	168
	169

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung stellte schon die Haftung des Konkursverwalter auf Grundlage des § 82 KO keine deliktische Haftung dar (siehe mit eingehender Begründung: BGHZ 93, 278 ff, Rn.16 ff). Nach Einführung der Insolvenzordnung hat sich an dieser Beurteilung nichts geändert (siehe eingehend: Brandes/Schoppmeier in Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Auflage, § 60, Rn.1 ff).

Die Nähe des § 60 InsO zu einer Haftung aus Deliktrecht kann die Anwendung der für deliktische Ansprüche geltenden Vorschriften aber grundsätzlich nicht rechtfertigen. Besondere Umstände, die im Hinblick auf die Frage der Erforderlichkeit einer Mahnung eine derartige entsprechende Anwendung rechtfertigen können, liegen aber nicht vor. Es ist vielmehr angezeigt, es bei den allgemeinen Regeln zu belassen. Soweit ersichtlich findet sich hierzu auch keine unterschiedliche Beurteilung in der ober- oder höchstgerichtlichen Rechtsprechung. 170

2.) Hinsichtlich der Zinshöhe ergibt sich ein Anspruch nur nach § 288 Abs.1 BGB. 171

§ 288 Abs.2 BGB ist nicht einschlägig, da schon nach dem eindeutigen Wortlaut der Regelung hiervon nur Entgeltforderungen aus Rechtsgeschäften erfasst werden. Deliktische Ansprüche unterfallen regelmäßig gerade nicht dem Anwendungsbereich dieser Vorschrift (Palandt/Grüneberg, 73. Auflage, § 288, Rn.7). Außerhalb von Entgeltansprüchen ist § 288 Abs.2 BGB nicht anwendbar. Für alle Forderungen, die nicht Entgeltansprüche sind, bleibt es grundsätzlich bei der Regelung in § 288 Abs.1 BGB (Löwisch/Feldmann in Staudinger, BGB-Neubearbeitung 2014, § 288, Rn.21). 172

Soweit der Kläger in der Klage darauf verwiesen hat, dass ein Zinsanspruch mindestens in Höhe von 4 Prozent jährlich anzunehmen sei, da der Betrag ab Entnahme in dieser Höhe als langfristige Geldanlage zur Verfügung gestanden hätte, kann dies ebenfalls keinen höheren Zinsanspruch begründen. Der Beklagte hat schon in erster Instanz mit Schriftsatz vom 26.11.2013 (Bl.548 d. A.) zutreffend darauf verwiesen, dass von einer langfristigen Geldanlage im Hinblick auf die schon im Oktober 2001 eingetretene Masseunzulänglichkeit nicht ausgegangen werden kann. 173

IV. 174

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich zugleich, dass die Anschlussberufung unbegründet ist. 175

V. 176

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92, 97, 101 ZPO und §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 177

VI. 178

Gründe für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs.2 ZPO bestehen nicht, da die Rechtssache keine über den Einzelfall hinaus bedeutenden oder durch Rechtsfortbildung zu klärenden Fragen aufwirft und die Entscheidung nicht von einer bisherigen Rechtsprechung eines Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweicht. 179

Hinsichtlich des Beginns der Verzinsungspflicht ist aufgrund der – soweit erkennbar – einheitlichen Beurteilung mangels Bedarf keine durch Rechtsfortbildung zu klärende Frage betroffen. 180

VII. 181

- Die Ausführungen des Beklagten im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 17.12.2014 sind der Entscheidung nicht zugrunde zu legen und erfordern keine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO. 182
- Es liegt kein Grund für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO vor. Der Senat hat die Sach- und Rechtslage mit den Erschienenen in der mündlichen Verhandlung eingehend erörtert. Keine Partei hat die Einräumung eines Schriftsatznachlasses beantragt. Die Voraussetzungen für die Bewilligung eines Schriftsatznachlasses waren auch nicht erfüllt. Im Rahmen der Erörterung sind – mit Ausnahme der Frage der Schadenshöhe hinsichtlich der Gerichtskosten in zweiter Instanz, hinsichtlich der die Parteien übereinstimmende Erklärungen abgegeben haben – keine Gesichtspunkte erörtert worden, die einer Einlassung des Beklagten im Termin entgegengestanden hätten. So hat der Beklagte im Rahmen des Termins auch eingehend davon Gebrauch gemacht, seine Sicht der Dinge zu schildern. 183
- In der Sache stellt sich das Vorbringen des Beklagten in dem Schriftsatz vom 17.12.2014 aber auch als unerheblich dar. 184
- Unverständlich sind die Ausführungen, wonach der Beklagte einer Verwertung der Urteile in dem damaligen Verfahren widerspricht. Unabhängig davon, dass der Beklagte bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung keiner Verwertung widersprochen hat, stellen diese Urteile bzw. der ihnen zugrunde liegende Rechtsstreit den Lebenssachverhalt dar, der den streitgegenständlichen Schadensersatzanspruch ergeben soll. Eine „Verwertung“ hat daher selbstverständlich zu erfolgen. Eine „Rechtskraftwirkung“ hat der Senat nicht angenommen. Der Senat ist vielmehr der Frage nachgegangen, inwieweit eine schuldhaftige Pflichtverletzung des Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit feststeht, was sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt. 185
- Unverständlich ist auch das Vorbringen des Beklagten in diesem Schriftsatz zu einem fehlenden rechtlichen Hinweis im damaligen Rechtsstreit bezüglich der Widerklage. Den Rückschluss, den der Beklagte aus der – unstrittig erfolgten – Erörterung in der Berufungsinstanz des damaligen Rechtsstreits bezüglich einer etwaigen Abstandnahme vom Urkundenprozess zwecks Ermöglichung der Prüfung des Voraussetzung einer kapitaleretzenden Gebrauchsüberlassung hinsichtlich der Widerklage ziehen will, ist nicht schlüssig. Ein Rückschluss aus derartigen Erörterungen auf die Zulässigkeit der von dem Beklagten angestrebten Widerklage war hierdurch ebenso wenig veranlasst wie weitere Hinweise in Bezug auf die Unzulässigkeit einer Widerklage. 186
- Auch das in diesem Zusammenhang erfolgte weitere Vorbringen des Beklagten zu einem Hinweis der damaligen Korrespondenzanwälte ist unverständlich. Der Senat geht davon aus, dass der Beklagte auf Seite 3 des Schriftsatzes oben behaupten will, dass er durch die Korrespondenzanwälte nicht auf die Problematik hingewiesen worden sei. Die Widerklage erhoben hat aber ausweislich der vorgelegten Anlage K 51 die Kanzlei des Beklagten mit Schriftsatz vom 04.11.2012 nach der Übernahme des Mandats selbst. Unabhängig davon hat der Senat näher ausgeführt, dass und weshalb der Senat davon überzeugt ist, dass der Beklagte sich in keinem Fall von der Erhebung der Widerklage – die er heute noch als berechtigt erhoben ansieht – durch die Mitteilung anwaltlicher Bedenken hätte abhalten lassen. 187
-

