BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 179/04

Verkündet am:
17. November 2005
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

ZPO § 717 Abs. 2; KO § 85 Abs. 1; VergVO §§ 6, 7; (InsO § 64; InsVV §§ 8, 9)

a) Ein Sonderverwalter, der mit der Aufgabe bestellt ist, Ansprüche der Masse gegen den amtierenden Insolvenzverwalter zu prüfen und geltend zu machen, hat ein Rechtsschutzbedürfnis zur klageweisen Durchsetzung des Anspruchs auf Rückzahlung eines Vergütungsvorschusses, unabhängig von möglichen aufsichtsrechtlichen Maßnahmen des Insolvenzgerichts gegen den Insolvenzverwalter.

b) Die vom Insolvenzgericht festgesetzte Vergütung des Insolvenzverwalters darf vor Rechtskraft des Festsetzungsbeschlusses der Masse entnommen werden.

c) Ist der Vergütungsfestsetzungsbeschluss durch das Beschwerdegericht rechtskräftig aufgehoben worden, findet auf die gemäß dem Beschluss aus der Masse entnommene Vergütung § 717 Abs. 2 ZPO entsprechende Anwendung.

d) Mit einem Anspruch auf Sequester- oder Verwaltervergütung kann im streitigen Zivilprozess nur aufgerechnet werden, wenn die Vergütung durch das Insolvenzgericht rechtskräftig festgesetzt ist.

BGH, Urteil vom 17. November 2005 - IX ZR 179/04 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. November 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gero Fischer, die Richter Vill, Cierniak, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Detlev Fischer

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 13. August 2004, berichtigt durch Beschluss vom 24. September 2004, wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger verlangt als Sonderverwalter vom Beklagten die Rückerstattung von Beträgen, die dieser als Konkursverwaltervergütung der Masse entnommen hat.

2 Der Beklagte wurde am 15. November 1982 zum Sequester und am 31. Januar 1983 zum Verwalter im Konkursverfahren über das Vermögen der J. KG bestellt. Der Beklagte erhielt auf seine später festzusetzende Vergütung Vorschüsse in Höhe von insgesamt 481.674,93 DM einschließlich Umsatzsteuer.

3 Mit Schreiben vom 2. November 1989 beantragte der Beklagte zuletzt, seine Vergütung einschließlich Umsatzsteuer auf 1.195.483,28 DM festzu-

setzen. Nach Verrechnung der erhaltenen Vorschüsse setzte das Konkursgericht die restliche Vergütung auf 529.581,08 DM fest. Diesen Betrag entnahm der Beklagte im Dezember 1989 der Masse. Der Festsetzungsbeschluss des Amtsgerichts wurde auf Beschwerde einer Gläubigerin mit Beschluss des Landgerichts vom 17. Juni 1993 aufgehoben und die Sache an das Amtsgericht zurückverwiesen. Der Beschluss des Landgerichts ist rechtskräftig.

4 Mit Schreiben vom 23. Januar 1990 beantragte der Beklagte, die Vergütung für seine Tätigkeit als Sequester festzusetzen. Zuletzt verlangte er 338.470 DM zuzüglich Umsatzsteuer. Das Amtsgericht setzte die Sequestervergütung mit Beschluss vom 3. Dezember 1999 auf 240.519,60 DM einschließlich Umsatzsteuer fest. Auf die Beschwerde einer Gläubigerin wurde dieser Beschluss am 1. Dezember 2000 vom Landgericht aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen. Der Beschluss des Landgerichts ist rechtskräftig.

5 Das Amtsgericht hat bisher weder über die Konkursverwaltervergütung noch über die Sequestervergütung erneut entschieden.

6 Mit Verfügung vom 3. Januar 2001 forderte das Amtsgericht den Beklagten auf, den im Dezember 1989 entnommenen Betrag in Höhe von 530.000 DM sowie weitere 230.000 DM Zinsen an die Masse zurückzuzahlen oder die Summe zu hinterlegen, bis über die Konkursverwaltervergütung endgültig entschieden sei. Hiergegen erhob der Beklagte Erinnerung, über die das Amtsgericht nicht entschieden hat.

7 Mit Beschluss vom 5. März 2001 bestellte das Amtsgericht den Kläger zum Sonderverwalter mit dem Auftrag, Ansprüche gegen den Beklagten auf

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Rückzahlung zu Unrecht der Masse entnommener Teile der Konkursverwaltervergütung einschließlich Zinsen zu prüfen und geltend zu machen.

8 Der Kläger forderte den Beklagten auf, den Betrag von 529.581,08 DM bis 15. Juni 2001 zurückzuzahlen. Der Beklagte erklärte sich lediglich bereit, für 289.062,08 DM zuzüglich Zinsen Sicherheit durch Bankbürgschaft zu leisten. Den Differenzbetrag von 240.519 DM, der abgerundet dem vom Amtsgericht zunächst zuerkannten Anspruch auf Sequestervergütung entspricht, nebst 4 % Zinsen seit 1. Juli 2001 macht der Kläger im vorliegenden Rechtsstreit geltend. Der Beklagte rechnet dagegen hilfsweise mit seiner Vergütung für die Sequestertätigkeit auf.

9 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist ohne Erfolg geblieben (das Berufungsurteil ist veröffentlicht in ZIP 2004, 2150). Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Abweisungsbegehren in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

10 Die zulässige Revision hat keinen Erfolg.

I.

11 Die Klage ist zulässig.

12 Der Revisionskläger meint erstmals in der Revision, dem Kläger fehle das Rechtsschutzbedürfnis, weil er, der Beklagte, unter Aufsicht des Konkurs-

gerichts stehe und dieses das Recht habe, die Rückzahlung aus der Konkursmasse entnommener Gelder anzuordnen und durchzusetzen. Deshalb sei für ein ordentliches Klageverfahren kein Raum. Das Amtsgericht habe über die von ihm gegen die Rückzahlungsaufforderung eingelegte Erinnerung entscheiden müssen.

13 Dieser Einwand geht fehl. Der Kläger hat das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis für die Klage. Es fehlt an einem einfacheren, verfahrensmäßig sicheren Weg, den Anspruch für die Masse durchzusetzen.

14 1. Unabhängig von dem bestehenden Aufsichtsrecht des Konkursgerichts gegenüber dem Konkursverwalter durfte der Kläger als Sonderverwalter bestellt werden mit der Aufgabe, Ansprüche der Masse gegen den amtierenden Konkursverwalter zu prüfen und geltend zu machen (BGHZ 113, 262, 270; OLG München ZIP 1987, 656; Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 78 Rn. 9, 9 a; Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 78 KO Anm. 2). Diese Bestellung war wirksam. Deshalb ist im vorliegenden Rechtsstreit hinsichtlich des Rechtsschutzbedürfnisses auf die Person des Sonderverwalters abzustellen. Das Klageverfahren hält sich im Rahmen der dem Kläger übertragenen Aufgabe. Ihm obliegt das Verwaltungs- und Verfügungsrecht hinsichtlich dieses für die Masse geltend gemachten Anspruchs. Dies wird von der Revision zu Recht nicht mehr in Zweifel gezogen.

15 2. Das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage würde fehlen, wenn dem Kläger ein einfacherer Weg zur Erlangung eines vollstreckbaren Titels zur Verfügung stünde. Der Kläger muss sich aber nicht auf einen verfahrensmäßig unsicheren Weg verweisen lassen (BGHZ 111, 168, 171 f; BGH, Urt. v. 24. Februar 1994 - IX ZR 120/93, ZIP 1994, 654, 655; Zöller/Greger, ZPO 25. Aufl. vor

§ 253 Rn. 18b; Musielak/Foerste, ZPO 4. Aufl. vor § 253 Rn. 8), zumal wenn die Durchsetzbarkeit des auf diese Weise erreichbaren Titels zweifelhaft ist (BGH, Urt. v. 24. Februar 1994, aaO).

16 a) Dem Kläger hätte hier allenfalls der Weg offen gestanden, beim Konkursgericht auf eine Durchsetzung der Rückzahlungspflicht hinzuwirken. Ob sich aus der Aufsicht des Konkursgerichts gemäß § 83 KO die Möglichkeit ergibt, die Rückzahlung von aus der Konkursmasse entnommenen Geldern anzuordnen, ist aber streitig. Für die Anordnungsbefugnis sprechen sich aus OLG Köln KTS 1977, 56, 61; LG Aachen Rpfleger 1978, 380; Hess/Weis/Wienberg, InsO 2. Aufl. § 58 Rn. 14. Eine solche Anordnungsbefugnis verneinen LG Göttingen ZIP 1995, 858, 859; LG Köln NZI 2001, 157; Kuhn/Uhlenbruck, aaO § 85 Rn. 12c; Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 58 Rn. 7; Kilger/K. Schmidt, aaO § 83 KO Anm. 1.

17 b) Selbst wenn man eine Anordnungsbefugnis des Konkursgerichts bejahen würde, hätte der Kläger kein Antragsrecht für eine solche Entscheidung. Er könnte sie lediglich anregen. Die Entscheidung stünde im Ermessen des Konkursgerichts (Kuhn/Uhlenbruck aaO § 83 Rn. 1, 3; Kilger/K. Schmidt, aaO § 83 Anm. 1). Würde seinem Antrag nicht stattgegeben, hätte er kein Recht zur sofortigen Beschwerde gemäß § 73 Abs. 3 KO (OLG Schleswig ZIP 1984, 473; OLG Karlsruhe ZIP 1988, 382, 383; LG Düsseldorf ZIP 1983, 972).

18 c) Würde dagegen dem Antrag Folge gegeben, hätte der Kläger keinen auf seinen Namen lautenden, von ihm selbst vollstreckbaren Titel. Das Konkursgericht könnte den Konkursverwalter nur mit Zwangsgeld gemäß § 84 KO dazu anhalten, seiner Anordnung nachzukommen (vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 128 zu § 69 InsO-Entwurf), was bei einem Höchstbetrag des Zwangsgeldes

gemäß § 84 KO, Art. 6 Abs. 1 EGStGB von nunmehr 1.000 € in Anbetracht der zurückzuführenden Summe möglicherweise keine ausreichende Wirkung hätte.

II.

19 Landgericht und Berufungsgericht haben die Klage zutreffend für begründet erachtet.

20 Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dem Kläger stehe ein Anspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO analog zu. Die Vorschrift könne wie bei Kostenfestsetzungsbeschlüssen entsprechend angewandt werden, weil eine vergleichbare Rechts- und Interessenlage vorliege, auch wenn der Konkursverwalter bei der Entnahme der Vergütung aus der Masse nicht im Wege der Zwangsvollstreckung habe vorgehen müssen. Eine Aufrechnung gegen diesen Anspruch sei im Hinblick auf den Zweck des § 717 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen.

21 Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung stand.

22 1. Der Anspruch des Konkursverwalters auf Vergütung und Auslagenersatz entsteht gemäß § 85 KO zwar bereits mit der Arbeitsleistung. Dieser durch Art. 12 GG geschützte Anspruch ist auch auf unverzügliche Erfüllung gerichtet (BGHZ 116, 233, 242; BGH, Beschl. v. 1. Oktober 2002 - IX ZB 53/02, ZIP 2002, 2223). Die Festsetzung durch das Gericht hat daher insoweit lediglich deklaratorische Bedeutung. Sie bestimmt aber verbindlich die Höhe des zuvor erwachsenen Anspruchs (BGHZ 116, 233, 242; BGH, Beschl. v. 1. Oktober 2002 aaO; Kuhn/Uhlenbruck, aaO § 85 Rn. 1; MünchKomm-InsO/Nowak, § 63

Rn. 6). Ausschließlich sachlich zuständig ist hierfür gemäß § 85 Abs. 1 Satz 2 KO das Konkursgericht (gemäß § 64 InsO das Insolvenzgericht).

23 2. Ist die Vergütung vom Konkursgericht durch Beschluss festgesetzt worden, darf der Konkursverwalter die Vergütung schon vor Rechtskraft des Beschlusses entnehmen (vgl. Kübler/Prütting/Eickmann, InsO § 8 InsVV Rn. 29; MünchKomm-InsO/Nowak, § 64 Rn. 17; Uhlenbruck, InsO aaO § 64 Rn. 14; Hess/Weis/Wienberg, aaO § 8 InsVV Rn. 39). Dies rechtfertigt sich daraus, dass der Festsetzungsbeschluss den Charakter eines vorläufig vollstreckbaren Titels hat. Gegen den Vergütungsfestsetzungsbeschluss findet gemäß § 73 Abs. 3 KO (§ 64 Abs. 3 InsO) die sofortige Beschwerde statt. Gemäß § 72 KO (§ 4 InsO) sind ergänzend die Vorschriften der ZPO anwendbar. Nach § 794 Abs. 1 Nr. 3 ZPO findet die Zwangsvollstreckung aus Entscheidungen statt, gegen die das Rechtsmittel der Beschwerde statthaft ist. Die eingelegte Beschwerde hindert in diesen Fällen die Vollstreckung nur, wenn ihr ausdrücklich aufschiebende Wirkung beigelegt ist oder die Aussetzung der Vollziehung angeordnet wurde (Zöller/Stöber, aaO § 794 Rn. 20; Musielak/Lackmann, ZPO 4. Aufl. § 794 Rn. 44). Die sofortige Beschwerde nach § 73 Abs. 3 KO hat keine aufschiebende Wirkung (Kuhn/Uhlenbruck aaO § 73 Rn. 10d; Hess KO 6. Aufl. § 73 Rn. 14). Dies ergibt sich aus § 572 ZPO a.F.. Demzufolge ist der Vergütungsfestsetzungsbeschluss ein Vollstreckungstitel gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 3 ZPO (BGH, Urt. v. 13. Juli 1964 - II ZR 218/61, WM 1964, 1125; v. 5. Januar 1995 - IX ZR 241/93, ZIP 1995, 290, 291).

24 Der Vergütungsfestsetzungsbeschluss bedarf allerdings keiner Vollstreckung, weil der Konkursverwalter selbst auf die seiner Verwaltung unterliegende Masse Zugriff nehmen kann. Das Recht zur sofortigen Entnahme ist aber nur zu

rechtfertigen, weil der Beschluss seiner Natur nach bereits vorläufige Wirkung entfaltet entsprechend einer vorläufigen Vollstreckbarkeit.

25 3. Die Vordergerichte haben zutreffend angenommen, dass mit der rechtskräftigen Aufhebung (vgl. § 74 KO) des Vergütungsfestsetzungsbeschlusses § 717 Abs. 2 ZPO entsprechend anwendbar ist.

26 a) Weder die Verordnung über die Vergütung des Konkursverwalters, des Vergleichsverwalters, der Mitglieder des Gläubigerausschusses und der Mitglieder des Gläubigerbeirats (künftig: VergütungsVO), die weiterhin anwendbar ist (vgl. § 19 InsVV in der bis 6. Oktober 2004 geltenden Fassung), noch die Konkursordnung enthalten eine Regelung der Frage, wie nach einer Aufhebung des die Vergütung des Konkursverwalters festsetzenden Beschlusses die Rückabwicklung der bereits der Masse entnommenen Beträge zu erfolgen hat. Dasselbe gilt für die Insolvenzordnung und die Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung. Auch insoweit finden deshalb gemäß § 72 KO (§ 4 InsO) die Vorschriften der ZPO entsprechende Anwendung.

27 b) Gemäß § 795 ZPO sind zwar auf Vollstreckungstitel nach § 794 ZPO kraft gesetzlicher Verweisung nur die §§ 724 bis 793 ZPO anwendbar. Es ist aber allgemein anerkannt, dass § 717 ZPO über seinen Wortlaut hinaus in weiteren Fällen entsprechend anwendbar ist, insbesondere auf vollstreckbare Beschlüsse nach § 794 Abs. 1 Nr. 3 ZPO (Musielak/Lackmann aaO § 717 ZPO Rn. 6; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO 22. Aufl. § 717 ZPO Rn. 60; Zöller/Herget aaO § 717 ZPO Rn. 4).

28 Das gilt zunächst für Beschlüsse, aus denen vollstreckt worden ist. Nichts anderes kann aber für den Vergütungsfestsetzungsbeschluss gelten, der

wie ein Vollstreckungstitel wirkt, weil der Konkursverwalter wegen seines Verwaltungs- und Verfügungsrechts über das fremde Vermögen (§ 6 Abs. 2 KO) sich auf der Grundlage des Beschlusses selbst Befriedigung aus der Masse verschaffen kann. Dies entspricht auch der einhelligen Meinung in der Literatur (MünchKomm-InsO/Nowak, § 64 Rn. 17 und § 8 InsVV Rn. 16; Kübler/ Prütting/Eickmann, aaO; Uhlenbruck, aaO § 64 InsO Rn. 14; Hess/Weis/Wienberg, aaO § 8 InsVV Rn. 40).

29 § 717 Abs. 2 ZPO soll gewährleisten, dass derjenige, der aufgrund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils in Anspruch genommen wird, seine Leistung zur Abwehr der Vollstreckung nach Aufhebung des Titels sogleich zurückerhält. Dies ist auf den allgemeinen Rechtsgedanken zurückzuführen, dass der Gläubiger aus einem noch nicht endgültigen Titel auf eigene Gefahr vollstreckt. Nach einer Aufhebung oder Änderung des nur vorläufigen Titels, der den Gläubiger zur vorzeitigen Vollstreckung berechtigt, soll der daraus folgende Schaden des Schuldners aufgrund einer schuldunabhängigen Risikohaftung des Gläubigers ausgeglichen werden (BGHZ 54, 76, 80 f; 62, 7, 9; 85, 110, 113; 95, 10, 13; 136, 199, 205).

30 Der Schuldner (hier die Masse) ist schutzbedürftig; denn er kann sich gegen die Vollstreckung aus einem nur vorläufig vollstreckbaren Titel nicht wehren. Daher ist es angemessen, dass der Gläubiger, der von einem noch nicht rechtskräftigen Vollstreckungstitel Gebrauch macht, dies auf eigene Gefahr tut und das Risiko der Aufhebung in der Rechtsmittelinstanz tragen muss. Eine analoge Anwendung des § 717 Abs. 2 ZPO kommt deshalb in den Fällen in Betracht, in denen der für die Vorschrift maßgebliche Haftungsgrund in vergleichbarer Weise zutrifft (BGH, Urt. v. 11. Mai 1999 - IX ZR 423/97, WM 1999, 1499 ff). Dies ist beim Vergütungsfeststellungsbeschluss der Fall. Er ist durch-

setzbar wie ein vorläufig vollstreckbares Urteil. Dass eine Vollstreckung tatsächlich nicht erfolgen muss, ist anders als in Fällen freiwilliger Leistung ohne Vollstreckungsdruck (vgl. etwa BGHZ 131, 233, 236; 143, 65, 71) unerheblich; denn weder der Gemeinschuldner noch die Gläubiger können die Masse dem Zugriff des Konkursverwalters entziehen. Der Zugriff des Verwalters, der effektiver ist als die Vollstreckung, muss deshalb der Vollstreckung und der Leistung zur Abwehr der Vollstreckung im Sinne des § 717 Abs. 2 ZPO gleich erachtet werden.

31 c) Entgegen der Auffassung der Revision geht es nicht darum, dass die Verwaltervergütung mit Prozesskosten gleichgesetzt wird, was heute im Hinblick auf § 64 Abs. 3 Satz 2 InsO unzutreffend wäre (HK-InsO/Eickmann, aaO § 64 Rn. 14). Bei beiden handelt es sich um unterschiedliche Fälle, in denen gesondert zu prüfen ist, ob § 717 Abs. 2 ZPO analog anwendbar ist.

32 d) Ein Vergleich mit der Rechtslage in dem Fall, dass der Verwalter mit Genehmigung (Zustimmung) des Gerichts der Masse Vorschüsse entnommen hat und die entnommenen Vorschüsse in ihrer Summe die endgültig festzusetzende Gesamtvergütung übersteigen, gebietet entgegen der Auffassung der Revision keine andere Bewertung. Der Senat hat allerdings im Fall der insolvenzrechtlichen Vergütungsverordnung darauf hingewiesen, dass ein materiellrechtlicher Anspruch besteht, wonach auf diesem Weg zuviel erlangte Zahlungen zurückzuerstatten sind (BGH, Beschl. v. 1. Oktober 2002 - IX ZB 53/02, ZIP 2002, 2223, 2224).

33 Darum geht es hier nicht. Zu entscheiden ist vielmehr darüber, ob im Falle der Aufhebung einer gerichtlichen Entscheidung ein prozessualer Schadensersatzanspruch besteht. Aus der genannten Entscheidung kann

ersatzanspruch besteht. Aus der genannten Entscheidung kann daher nichts für die hier zu entscheidende Frage abgeleitet werden.

34 e) Die Anwendbarkeit des § 717 Abs. 2 ZPO entspricht einem angemessenen Interessenausgleich, auch wenn es an einem Zwei-Parteien-Verhältnis fehlt (Amend, EWiR 2005, 143, 144). Der Masse wurden seit September 1989 ca. 530.000 DM ohne Rechtsgrund entzogen, die der Konkursverwalter für die Masse hätte nützen können. Zutreffend hat das Berufungsgericht ausgeführt, dass auch im Konkurs- und Insolvenzverfahren ein Ausgleich zwischen den Interessen des Verwalters an einer angemessenen Vergütung und den Interessen der Gläubiger an einer sparsamen und effektiven Verwaltung der Masse gesucht werden muss. Wenn der Beklagte über die Vorschüsse hinaus - die ebenfalls noch abzurechnen sein werden - weitere Vergütung erhalten will, muss er eine den rechtlichen Anforderungen entsprechende Schlussrechnung mit Darlegung der Teilungsmasse vorlegen, auf die hin das Konkursgericht die Vergütung festsetzen kann. Dass dies bisher nicht geschehen ist, liegt allein in der Verantwortung des Beklagten.

35 4. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht auch entschieden, dass der Beklagte gegen den Anspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO nicht mit seinen noch nicht festgesetzten Ansprüchen auf Vergütung für seine Tätigkeit als Sequester in der Zeit bis 31. Januar 1983 aufrechnen kann.

36 a) § 717 Abs. 2 ZPO soll gewährleisten, dass derjenige, der aufgrund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils in Anspruch genommen worden ist, seine Leistung nach Aufhebung des Titels sogleich zurückerhält. Aufrechnungen gegen den Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 Satz 1 ZPO sind deshalb nur zulässig, wenn sie mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift, dem Vollstre-

ckungsschuldner bezüglich dieses Teils seines Schadens sofortigen Ersatz zu sichern, vereinbar sind. Mit diesem Zweck wäre es unvereinbar, die Aufrechnung zuzulassen, soweit damit die Leistung zur Abwendung der Vollstreckung oder der durch die Vollstreckung beigetriebenen Beträge betroffen ist (BGHZ 136, 199, 202 f; Stein/Jonas/Münzberg, aaO § 717 ZPO Rn. 33; Musielak/Lackmann, aaO § 717 ZPO Rn. 13). Nichts anderes gilt für den Zinsanspruch, der allein wegen Verzugs mit der Rückzahlung des genannten Betrages begründet ist (vgl. BGHZ 136, 199, 200, 207). Eine Aufrechnung mit weitergehenden Schäden wäre zwar zulässig (BGHZ 136, 199, 207 f). Solche Schäden macht der Kläger jedoch nicht geltend.

37 b) Eine Aufrechnung scheidet hier aber auch deshalb aus, weil die Forderung, mit der aufgerechnet werden soll, der Festsetzung durch das Konkursgericht bedarf. Der Konkursverwalter kann seine Vergütung nur nach Maßgabe der Entscheidung durch das Konkursgericht geltend machen, § 85 Abs. 1 Satz 2 KO, § 6 VergütungsVO. Diese Vorschriften gelten für den Sequester entsprechend (Eickmann, Vergütung im Insolvenzverfahren 2. Aufl. Anh. A Rn. 34 f, 37; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 106 KO Rn. 22 f; LG Lüneburg, Rpfleger 1998, 534). In einem Rechtsstreit zwischen Sequester und Sonderverwalter kann die Vergütung selbst dann nicht verbindlich festgelegt werden, wenn die Höhe der Vergütung zwischen den Parteien unstreitig ist. Denn hieran sind die Konkursgläubiger und der Gemeinschuldner nicht beteiligt. Die Befugnis, gegen eine Vergütungsentscheidung des Konkursgerichts Rechtsmittel einzulegen, steht aber auch ihnen zu (Kuhn/Uhlenbruck, aaO § 85 Rn. 18; Eickmann, Vergütung im Insolvenzverfahren aaO Anh. A Rn. 36 a, 39 f). Eine Aufrechnung mit der Sequestervergütung ist folglich nur möglich, wenn diese bereits rechtskräftig durch das Konkursgericht festgestellt ist.

38 Mit Kostenerstattungsansprüchen kann allerdings nicht nur aufgerechnet werden, wenn sie rechtskräftig festgestellt sind, sondern auch dann, wenn sie unstreitig sind (BGH, Urt. v. 8. Januar 1976 - III ZR 146/73, WM 1976, 460, 461; v. 15. Januar 1990 - II ZR 14/89, ZIP 1990, 1200, 1202; MüchKomm-BGB/ Schlüter, 4. Aufl. § 387 Rn. 19; Staudinger/Gursky, BGB Bearb. 2000 § 387 Rn. 133). Dies ist auf die Vergütung des Konkursverwalters oder Sequesters jedoch nicht übertragbar, weil die Parteien über die Höhe des Anspruchs aus den dargelegten Gründen nicht verfügen können. Davon abgesehen ist die Vergütung im vorliegenden Fall zwischen den Parteien streitig.

Gero Fischer Vill Cierniak

Lohmann Detlev Fischer

Vorinstanzen:
LG Hamburg, Entscheidung vom 01.08.2003 - 317 O 218/01 -
OLG Hamburg, Entscheidung vom 13.08.2004 - 11 U 168/03 -