# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

**IX ZR 25/12**

Verkündet am:
20. März 2014
Kluckow
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

ZPO § 717 Abs. 2 und 3; InsO § 64; InsVV § 8

Der Schadensersatzanspruch der Insolvenzmasse auf Rückzahlung der vom Insolvenzverwalter vor Aufhebung des Vergütungsfestsetzungsbeschlusses entnommenen Vergütung ist ab dem Zeitpunkt der Entnahme zu verzinsen (Ergänzung zu BGHZ 165, 96).

BGH, Urteil vom 20. März 2014 - IX ZR 25/12 - OLG Hamm
LG Bochum

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, den Richter Vill, die Richterin Lohmann, den Richter Dr. Pape und die Richterin Möhring

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Teilurteil des 24. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 19. Januar 2012 teilweise aufgehoben und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bochum vom 18. Februar 2011 wird zurückgewiesen, soweit das Landgericht den Beklagten verurteilt und die Widerklage hinsichtlich des Hauptantrags zu 1 abgewiesen hat.

Der Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens und seiner Nichtzulassungsbeschwerde zu tragen.

Die Entscheidung über die Kosten des ersten und zweiten Rechtszuges bleibt dem Schlussurteil des Berufungsgerichts vorbehalten.

Von Rechts wegen

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law



Tatbestand:

1 Der Kläger verlangt als neu bestellter Insolvenzverwalter vom Beklagten die Rückerstattung von Beträgen, welche dieser auf seine Vergütung als vorläufiger Insolvenzverwalter der Masse entnommen hat.

2 Der Beklagte wurde am 11. September 2000 zum vorläufigen Insolvenzverwalter und am 30. Oktober 2000 zum Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der F. GmbH & Co. KG (nachfolgend: Schuldnerin) bestellt. Auf Antrag des Beklagten setzte das Insolvenzgericht die Vergütung für seine Tätigkeit als vorläufiger Insolvenzverwalter mit Beschluss vom 27. Dezember 2000 auf 173.376,80 DM (= 88.646,15 €) fest. Diesen Betrag entnahm er am 5. Januar 2001 der Insolvenzmasse. Am 12. Oktober 2001 zeigte der Beklagte in dem Verfahren Masseunzulänglichkeit an. Mit Beschluss vom 7. Dezember 2006 (IX ZB 1/04, ZInsO 2007, 259) hob der Bundesgerichtshof den Vergütungsfestsetzungsbeschluss auf die Rechtsbeschwerde eines Gläubigers auf. Die zuletzt gestellten Vergütungsanträge des Beklagten wies das Insolvenzgericht wegen Verwirkung jeglicher Entgeltansprüche zurück. Eine Entscheidung über die vom Beklagten dagegen eingelegte Beschwerde liegt nicht vor.

3 Mit Beschluss vom 3. August 2010 entließ das Insolvenzgericht den Beklagten aus dem Amt. Die Gläubigerversammlung hat den Kläger am 6. August 2010 zum neuen Insolvenzverwalter gewählt. Dieser nimmt den Beklagten auf Rückzahlung der entnommenen Vergütung zuzüglich Zinsen seit dem Tag der Entnahme in Anspruch. Der Beklagte hat mit Forderungen in Höhe von 130.590,52 € aufgerechnet, die sich aus Beträgen zusammensetzen, welche er für die Masse verauslagt haben will. Darüber hinaus hat er Widerklage auf Feststellung erhoben, dass ihm die entsprechenden Beträge zustehen. Er ist in

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
ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android
Available on the App Store
JLaw – für iOS

erster Linie der Meinung, es handele sich um Massekosten. Hilfsweise macht er geltend, die Beträge seien ihm als sonstige Masseverbindlichkeiten zu erstatten.

4 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen, dabei hat es dem Kläger einen Zinsanspruch beginnend ab Entnahme der Vergütung am 5. Januar 2001 zugesprochen. Die Berufung des Beklagten ist nur teilweise erfolgreich gewesen. Das Berufungsgericht hat dessen Rechtsmittel durch Teilurteil mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Klageforderung erst ab der Weigerung des Beklagten in dessen Schreiben vom 17. August 2010, die entnommene Vergütung zurückzuzahlen, zu verzinsen sei und die Widerklage mit dem Hauptantrag zu 1 (Geltendmachung der Gegenforderungen als Massekosten) zurückgewiesen werde. Hinsichtlich des hilfsweise geltend gemachten Widerklageantrags zu 2 (Feststellung von sonstigen Masseverbindlichkeiten) und des Antrags des Beklagten auf Erstattung außergerichtlicher Kosten hat es die Entscheidung dem Schlussurteil vorbehalten. Den Antrag des Beklagten auf Zulassung der Revision gegen dieses Urteil hat der Senat mit Beschluss vom 17. Oktober 2013 zurückgewiesen. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision macht der Kläger geltend, der Anspruch gegen den Beklagten auf Rückerstattung sei bereits ab Entnahme der Vergütung und nicht erst ab Beginn des Zahlungsverzugs zu verzinsen.

## Entscheidungsgründe:

5 Die Revision des Klägers hat Erfolg. Sie führt zur teilweisen Aufhebung der Entscheidung des Berufungsgerichts und zur Wiederherstellung des erstin-

stanzlichen Urteils, soweit das Landgericht den Beklagten verurteilt hat, den zurückzuzahlenden Betrag schon ab Entnahme zu verzinsen.

I.

6 Das Berufungsgericht hat - soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung - ausgeführt, Zinsen stünden der Masse erst ab Eintritt des Verzuges am 18. August 2010 und nicht schon ab deren Entnahme am 5. Januar 2001 zu. Die Regelung des § 717 Abs. 2 Satz 2 ZPO, nach welcher der Anspruch als zur Zeit der Zahlung rechtshängig geworden anzusehen sei, betreffe nur den Inzidentantrag innerhalb des laufenden Rechtsstreits, der hier nicht vorliege. Eine analoge Anwendung auf den Fall der Aufhebung des Vergütungsfestsetzungsbeschlusses im Rechtsmittelverfahren komme nicht in Betracht. Bei § 717 Abs. 2 Satz 2 2. Halbs. ZPO handele es sich um eine Ausnahmevorschrift, für deren analoge Anwendung eine planwidrige Regelungslücke fehle. Die Vorverlegung des Zinsbeginns sei Ausfluss der durch § 717 Abs. 2 ZPO geschaffenen Privilegierung des Schuldners, der innerhalb des anhängigen Rechtsstreits die Möglichkeit haben solle, den Anspruch auf Schadensersatz geltend zu machen. Werde der Anspruch in einem gesonderten Verfahren verfolgt, habe die Erhebung der Klage keine Rückwirkung. Hiervon gehe auch der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung zur entsprechenden Anwendung des § 717 Abs. 2 ZPO auf den Fall der Aufhebung des Vergütungsfestsetzungsbeschlusses im Rechtsmittelverfahren (BGH, Urteil vom 17. November 2005 - IX ZR 179/04, BGHZ 165, 96) aus.

II.

7 Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand.

8 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings von der Verpflichtung des Beklagten ausgegangen, die am 5. Januar 2001 entnommene Vergütung an die Insolvenzmasse zurückzuzahlen, nachdem der Bundesgerichtshof den Festsetzungsbeschluss des Insolvenzgerichts vom 27. Dezember 2000 und den diese Entscheidung bestätigenden Beschluss des Beschwerdegerichts vom 26. November 2003 mit Beschluss vom 7. Dezember 2006 (IX ZB 1/04, ZInsO 2007, 259) aufgehoben hat. Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 17. November 2005, aaO S. 102 ff) und wird von der Revisionserwiderung auch nicht mehr in Zweifel gezogen.

9 2. Mit Recht wendet sich die Revision des Klägers gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Rückforderungsanspruch sei erst ab Eintritt des Verzuges am 18. August 2010 zu verzinsen. Der Schutz der Insolvenzmasse gebietet es, entsprechend § 717 Abs. 2 Satz 2 2. Halbs., Abs. 3 Satz 4 Halbs. 2 ZPO die Entnahme der Vergütung als maßgeblichen Zeitpunkt für den Beginn der Verzinsungspflicht anzusehen.

10 a) Die Insolvenzordnung enthält eine planwidrige Regelungslücke, soweit es um die Frage geht, von welchem Zeitpunkt an ein Insolvenzverwalter, der die vor Rechtskraft des Vergütungsfestsetzungsbeschlusses entnommene Vergütung nach dessen Aufhebung in die Masse zurückzahlen muss, diesen Rückzahlungsanspruch zu verzinsen hat. Diese Auslassung im Gesetz ist durch eine entsprechende Anwendung des § 717 Abs. 2 Satz 2 2. Halbs. ZPO zu schließen.

11 aa) Dem Gesetz ist unmittelbar nicht zu entnehmen, wie nach einer Aufhebung des die Vergütung des Insolvenzverwalters festsetzenden Beschlusses die Rückabwicklung der bereits der Masse entnommenen Beträge zu erfolgen hat. Zur Durchsetzung des Rückforderungsanspruchs ist deshalb auf eine entsprechende Anwendung des § 717 Abs. 2 ZPO zurückzugreifen (BGH, Urteil vom 17. November 2005 - IX ZR 179/04, BGHZ 165, 96, 102 f). Gleichermaßen fehlt in der Insolvenzordnung und in der Insolvenzrechtlichen Vergütungsordnung eine Regelung der Frage, ob der Insolvenzverwalter die zurück zu gewährende Vergütung erst ab Inverzugsetzung oder schon ab Entnahme zu verzinsen hat. Soweit gemäß § 4 InsO die Vorschriften der Zivilprozessordnung entsprechend anwendbar sind, ergibt sich daraus ebenfalls keine Lösung. Eine unmittelbare Anwendung des § 717 Abs. 2 2. Halbs. ZPO scheidet aus, weil der Schadensersatzanspruch der Insolvenzmasse wegen der Entnahme der Vergütung vor Rechtskraft des aufgehobenen Festsetzungsbeschlusses nicht in einem Inzidentprozess geltend gemacht werden kann. Die Rückforderung der Vergütung durch einen Sonderinsolvenzverwalter oder einen neu bestellten Insolvenzverwalter muss regelmäßig in einem gesondert zu führenden Prozess erfolgen, einen anderen verfahrensmäßig sicheren Weg, auf den sich der Anspruchsteller verweisen lassen müsste, gibt es nicht (vgl. BGH, Urteil vom 17. November 2005, aaO S. 99 f). Dem Verwalter ist damit die prozessuale Möglichkeit verschlossen, die materiell-rechtlichen Folgen der Vorverlegung der Rechtshängigkeit durch § 717 Abs. 2 Satz 2 2. Halbs. ZPO für die Insolvenzmasse in Anspruch zu nehmen.

12 bb) § 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 zurück-

erhält (BGH, Urteil vom 17. November 2005, aaO S. 103). Sinn und Zweck der Regelung gebieten es, entsprechend dem Rechtsgedanken des § 717 Abs. 2 Satz 2 2. Halbs. ZPO auch die Verzinsungspflicht ab Entnahme der Vergütung eingreifen zu lassen (so auch Eickmann/Prasser in Kübler/Prütting/Bork, 2006, § 8 InsVV, Rn. 29; Haarmeyer/Wutzke/Foerster, InsVV, 4. Aufl. § 8 Rn. 29; MünchKomm-InsO/Nowak, 2. Aufl., § 64 Rn. 17; Graeber, NZI 2014, 147, 148; a. A. OLG Hamburg, ZIP 2004, 2150, 2151). Dies wird der schuldunabhängigen Gefährdungshaftung des Insolvenzverwalters gerecht, der das Risiko trägt, die Vergütung der Insolvenzmasse schon vor Rechtskraft des Festsetzungsbeschlusses entnommen zu haben. Der mit der entsprechenden Anwendung des § 717 Abs. 2 ZPO bezweckte Schutz der Insolvenzmasse wäre unvollständig, wenn eine Verzinsungspflicht erst nach Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs durch einen Sonderinsolvenzverwalter oder einen neu bestellten Insolvenzverwalter eingriffe. Der Sonderverwalter kann erst tätig werden, wenn ihn das Insolvenzgericht mit der Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs beauftragt. Ein anderer Verwalter kann den Rückforderungsanspruch erst geltend machen, wenn ihn das Insolvenzgericht für das Verfahren insgesamt neu bestellt hat. In beiden Fällen vergeht zunächst sehr viel Zeit, bevor es zur Rückforderung kommt. Die Entnahme unberechtigter Vergütungsanteile wäre für den bisherigen Verwalter risikolos, weil er zunächst abwarten könnte, ob es zur Bestellung eines anderen Verwalters kommt und zu welchem Zeitpunkt dieser den Rückforderungsanspruch mit einer verzugsbegründenden Mahnung geltend macht. Ungeachtet des Risikos, das der Verwalter mit der Entnahme der Vergütung aufgrund eines nicht rechtskräftigen Festsetzungsbeschlusses eingeht (vgl. BGH, Urteil vom 17. November 2005, S. 103 f), wäre er von der Pflicht, Zinsen für den Zeitraum zu bezahlen, in dem er die nur vorläufig festgesetzte Vergütung entnommen hat, weitgehend befreit. Dies widerspräche

dem Zweck des § 717 Abs. 2 Satz 2 2. Halbs. ZPO und verschöbe das Entnahmerisiko zu Lasten der Insolvenzmasse.

13 cc) Die Pflicht des Verwalters, den entnommenen Betrag ab Entnahme zu verzinsen, führt zu einer gerechten Risikoverteilung. Der Verwalter, der die Vergütung entnimmt, bevor die Festsetzung rechtskräftig ist, muss sich über die Risiken im Klaren sein, die er mit dieser Entnahme eingeht. Zwar ist es ihm unbenommen, aufgrund eines nicht rechtskräftigen Beschlusses auf die Masse zuzugreifen (BGH, Urteil vom 17. November 2005, S. 101 f). Er ist in diesem Fall aber spiegelbildlich auch verpflichtet, die entnommene Vergütung sogleich an die Masse zurückzuzahlen, wenn der Beschluss aufgehoben oder zu seinem Nachteil geändert wird. Auf die Inanspruchnahme durch einen Sonderinsolvenzverwalter oder einen neu bestellten Verwalter darf er es nicht ankommen lassen. Um die Erfüllung dieser Pflicht sicherzustellen, hat er - entsprechend einem Gläubiger, der aus einem nur vorläufig vollstreckbaren Titel gegen den Schuldner vorgegangen ist - die Rückforderung ab der Entnahme entsprechend den §§ 291, 288 BGB zu verzinsen.

14 Eine unbillige Härte ist mit dieser Verpflichtung nicht verbunden. Zunächst hat der Insolvenzverwalter die Möglichkeit, mit der Entnahme der Vergütung bis zu Rechtskraft des Festsetzungsbeschlusses abzuwarten. Sodann kann er bei Unsicherheiten hinsichtlich der Höhe der Vergütung nur einen Teilbetrag entnehmen, um eventuellen Unwägbarkeiten Rechnung zu tragen. Kommt es zur Aufhebung des Festsetzungsbeschlusses, kann er das weitere Anwachsen der Belastung durch die Verzinsungspflicht abwenden, indem er die entnommene Vergütung ungeachtet eventueller eigener Rechtsmittel sofort zurückzahlt. Macht der Verwalter - wie im vorliegenden Fall, in dem er die Vergütung selbst nach Aufhebung des Festsetzungsbeschlusses jahrelang nicht zu-

rückgezahlt hat - von diesen Möglichkeiten keinen Gebrauch, hat er die Höhe des Rückforderungsanspruchs seinem eigenen Verhalten zuzuschreiben. Darauf, dass ihn der Zinssatz übermäßig trifft, kann er sich nicht berufen, weil er regelmäßig nur die gesetzlichen Rechtshängigkeitszinsen schuldet, deren Bestimmung Sache des Gesetzgebers ist.

15 Deshalb sieht der Senat auch keine Veranlassung, die Pflicht zur Verzinsung ab Rechtshängigkeit nach Treu und Glauben zu begrenzen, wenn es um erhebliche Zinslasten geht oder langwierige Festsetzungsverfahren in Rede stehen (so aber Graeber, NZI 2014, 147, 149 f). Die Dauer des Festsetzungsverfahrens und die Gründe für die Aufhebung der ursprünglichen Festsetzung können auf unterschiedlichen Umständen beruhen, die regelmäßig keinen Anlass für eine Lockerung der Verzinsungspflicht geben. Hat etwa der Verwalter seinen Antrag nicht ausreichend begründet und erfolgt deshalb eine Aufhebung der Festsetzung oder hat er die Berechnungsgrundlage nicht zutreffend angegeben, anerkannte Abschlagstatbestände nicht in seine Vergütungsberechnung einbezogen oder Zuschläge überhöht angesetzt, so erscheint es geradezu geboten, Zinsen schon ab Entnahme der Vergütung zu erheben. Dabei hat es aus Gründen der Rechtsklarheit in allen Fällen zu bleiben.

16 b) § 717 Abs. 3 ZPO, der bestimmt, dass im Fall der Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils durch ein Berufungsgericht an die Stelle des verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruchs ein bereicherungsrechtlicher Ausgleichsanspruch tritt, steht der entsprechenden Anwendung des § 717 Abs. 2 Satz 2 2. Halbs. ZPO nicht entgegen.

17 aa) Zwar folgt aus der Regelung ein Stufenverhältnis zwischen § 717 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO, aus dem sich Haftungserleichterungen im Fall der Be-

stätigung der erstinstanzlichen Entscheidung ergeben. Dieses Stufenverhältnis hat auf die Annahme einer Verzinsungspflicht ab Entnahme der Vergütung aber keinen Einfluss. Es ist deshalb auch kein Unterschied hinsichtlich des Zeitraums zu machen, in dem die Entscheidung über das Rechtsmittel gegen die Ausgangsentscheidung noch offen war und in dem eine zweitinstanzliche Entscheidung schon vorlag (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 1977 - VI ZR 166/75, BGHZ 69, 373). Der Gläubiger ist auch nach Bestätigung der Entscheidung verpflichtet, Rechtshängigkeitszinsen zu zahlen, wenn er aus einer vorläufig vollstreckbaren Entscheidung vorgegangen ist, die im dritten Rechtszug aufgehoben worden ist. Diese Folge des § 717 Abs. 3 Satz 4 2. Halbs. ZPO tritt selbst dann ein, wenn der Schuldner den Antrag nach § 717 Abs. 3 Satz 2 ZPO nicht im laufenden Verfahren stellt. Eine § 717 Abs. 2 Satz 2 2. Halbs. ZPO entsprechende Beschränkung enthält § 717 Abs. 3 Satz 4 ZPO für die Annahme der Rechtshängigkeit des Rückforderungsanspruchs im Zeitpunkt der Leistung bei Aufhebung einer zweitinstanzlichen Entscheidung nicht. Aus der entsprechenden Anwendung des § 717 Abs. 3 Satz 4 2. Halbs. ZPO folgt deshalb ebenfalls die Pflicht des Verwalters, die entnommene Vergütung ab Entnahme zu verzinsen, wenn es zu einer Bestätigung des Festsetzungsbeschlusses durch das Beschwerdegericht kommt und die Aufhebung erst durch den Bundesgerichtshof erfolgt (vgl. Pecher, Die Schadensersatzansprüche aus ungerechtfertigter Vollstreckung, 1967, S. 192).

18 bb) Die Bestätigung der ersten Instanz durch ein Rechtsmittelgericht mag zwar eine höhere Richtigkeitsgewähr für sich haben (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 1977, aaO S. 378; Musielak/Lackmann, ZPO, 10. Aufl., § 717 Rn. 16; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 717 Rn. 51; Wieczorek/Schütze/Hess, ZPO, 4. Aufl., § 717 Rn. 26; Zöller/Herget, ZPO, 30. Aufl. § 717 Rn. 16). Dies hat den Gesetzgeber aber nicht dazu bewogen, die Verzinsungs-

pflicht zu lockern, wenn eine bestätigende zweitinstanzliche Entscheidung vorliegt. Die Verzinsungspflicht ist in diesem Fall im Gegenteil noch schärfer ausgestaltet als in dem des § 717 Abs. 2 Satz 2 ZPO, weil das Erfordernis der Geltendmachung im laufenden Verfahren entfällt. Hieraus folgt für die Entnahme der Vergütung durch den Verwalter vor Rechtskraft des Festsetzungsbeschlusses, dass die Pflicht, den Rückforderungsanspruch der Masse ab Entnahme zu verzinsen, auch im Fall der Bestätigung der Festsetzung durch das Beschwerdegericht und der anschließenden Aufhebung im Rechtsbeschwerdeverfahren bestehen bleibt. Das mit der Entnahme vor Rechtskraft eingegangene Risiko wirkt ungeachtet der für den Verwalter günstigen ersten Beschwerdeentscheidung fort.

19 Im Streitfall hat damit weder die Bestätigung der Vergütungsfestsetzung durch das Beschwerdegericht noch die Verwerfung der weiteren sofortigen Beschwerden der Schuldnerin und des beteiligten Gläubigers gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts über die sofortige Beschwerde der Schuldnerin durch das damals noch zuständige Oberlandesgericht Einfluss auf den Beginn der Zinspflicht.

20 c) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. November 2005 (aaO) steht dieser Anwendung des § 717 Abs. 2 Satz 2 2. Halbs. ZPO entsprechend seinem Rechtsgedanken, anders als das Berufungsgericht meint, nicht entgegen. Der Bundesgerichtshof hatte in dem damaligen Verfahren mangels eines Antrags, Zinsen ab Entnahme der Vergütung festzusetzen, nicht über die Frage zu entscheiden, ab welchem Zeitpunkt der Rückerstattungsanspruch zu verzinsen ist.

III.

21 Das Berufungsurteil ist danach teilweise aufzuheben und die Entscheidung des Landgerichts wieder herzustellen, soweit das Berufungsgericht die Entscheidung über die Berufung nicht der Schlussentscheidung vorbehalten hat. Im Umfang der Änderung des Urteils des Berufungsgerichts kann der Senat in der Sache abschließend entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO), weil die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis beruht und die Sache insoweit zur Endentscheidung reif ist.

Kayser Vill Lohmann

Pape Möhring

Vorinstanzen:
LG Bochum, Entscheidung vom 18.02.2011 - I-4 O 421/10 -
OLG Hamm, Entscheidung vom 19.01.2012 - I-24 U 32/11 -