

## ZInsO-Aufsätze

### Die Haftungsrisiken des Insolvenzverwalters im Lichte der BGH-Rechtsprechung zur Vergütung des gemeinsamen Vertreters – keine Bevorzugung einer Gläubigergruppe

von Rechtsanwältin/Fachanwältin für Insolvenzrecht Dr. Jasper Stahlschmidt und Rechtsanwältin/Fachanwältin für Bank- und Kapitalmarktrecht Sascha Borowski, Düsseldorf\*

#### I. Problemaufriss

Die Vergütung des gemeinsamen Vertreters nach dem Schuldverschreibungsgesetz (SchVG)<sup>1</sup> im Insolvenzverfahren war, mangels einer ausdrücklichen Regelung im SchVG, Gegenstand zweier Entscheidungen des BGH. Der nachfolgende Beitrag setzt sich sowohl mit dem BGH, Beschl. v. 14.7.2016 – IX ZB 46/15, als auch mit dem BGH, Urt. v. 12.1.2017 – IX ZR 87/16, auseinander und beleuchtet zudem mögliche Haftungsansprüche von Insolvenzverwaltern, die vor und nach diesen Entscheidungen Zahlungen an sog. „gemeinsame“ Vertreter aus der Masse vornahmen.

#### 1. Gemeinsamer Vertreter nach dem Schuldverschreibungsgesetz

Zeitgleich mit dem BGB trat auch das Gesetz betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen (SchVG 1899)<sup>2</sup> am 1.1.1900 in Kraft, § 26 Abs. 1 SchVG 1899. Während das BGB mehrfach ergänzt und das Schuldrecht grundlegend durch das sog. Schuldrechtsmodernisierungsgesetz<sup>3</sup> geändert wurde, sah der Gesetzgeber einen grundlegenden Änderungsbedarf des SchVG 1899 erst rd. 100 Jahre nach dessen Verkündung.<sup>4</sup> Am 5.8.2009 trat das nun geltende SchVG in Kraft, § 24 Abs. 1 Satz 1 SchVG, und gilt „für nach deutschem Recht begebene inhaltsgleiche Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen (Schuldverschreibungen).“<sup>5</sup>

Der Anwendungsbereich des Gesetzes wurde im Vergleich zu dem bis dahin geltenden SchVG 1899 erweitert, was neben der Beseitigung von mehreren Schwächen das gesetzgeberische Ziel war.<sup>6</sup> Sowohl zum SchVG als auch zum SchVG 1899 existierten bislang vergleichsweise wenige Entscheidungen, was weder auf die Klarheit des Gesetzes noch die mangelnde Anwendbarkeit zurückzuführen ist. Der BGH hat in seinem Urt. v. 12.1.2017 – IX ZR 87/16, zu Recht festgestellt, dass seitens des Gesetzgebers ein Handlungsbedarf, zumindest was die Frage der Vergütung des gemeinsamen Vertreters betrifft, besteht.<sup>7</sup>

Das Gesetz – insoweit unterscheiden sich beide Rechtslagen vor und nach dem in Kraft treten des SchVG nicht – sieht grds. die Möglichkeit vor, dass die Anleihegläubiger derselben Serie einen sog. gemeinsamen Vertreter wählen können;<sup>8</sup> ein solcher kann nach dem SchVG 2009 auch bereits im Rahmen der Emission als sog. Vertragsvertreter eingesetzt werden, § 8 SchVG 2009. Wie die gesetzgeberische Bezeichnung vorgibt, vertritt diese Person die Interessen der Anleihegläubiger derselben Anleihe. Sowohl die Aufgaben,

als auch die Befugnisse dieses Vertreters ergeben sich aus dem Gesetz, ergänzt – soweit erfolgt – durch die ihm von den Anleihegläubigern durch Beschluss zugewiesenen Rechte, §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 SchVG 2009.

Dem die Gesamtheit der Anleihegläubiger repräsentierenden Vertreter nach diesem Gesetz können die in § 5 Abs. 2 SchVG 2009 genannten Befugnisse zugewiesen werden, sofern die in der Versammlung und zum Beschlussgegenstand erforderlichen Mehrheiten erreicht werden.

#### 2. Schuldverschreibungsgesetz in der Insolvenz

Setzt die Emittentin im Rahmen der Emission keinen gemeinsamen Vertreter ein und wurde ein solcher bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch nicht gewählt, so hat das Insolvenzgericht nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Emittentin eine Gläubigerversammlung nach dem SchVG einzuberufen, § 19 Abs. 2, Satz 2 SchVG 2009.<sup>9</sup>

Die Anleihegläubigerversammlung nach dem SchVG ist von der insolvenzrechtlichen Gläubigerversammlung i.S.d. §§ 74 ff. InsO zu unterscheiden. Die vom Gericht nach § 19 Abs. 2, Satz 2 SchVG anzuberaumende Versammlung ist allein für die Anleihegläubiger einzuberufen, wohingegen an der insolvenzrechtlichen Versammlung alle Gläubiger der Insolvenzschuldnerin teilnehmen dürfen. Zu der Versammlung nach dem SchVG haben nur die Anleihegläubiger derselben Schuldverschreibung Zutritt. Gab die Insolvenzschuldnerin mehrere Emissionen, also unterschiedliche Schuldverschreibungen im Sinne des Gesetzes aus, ist die Handhabung der Insolvenzgerichte, soweit es die Zusammenlegung der einzelnen Versammlungen betrifft, unter-

\* Beide Autoren sind bei Buchalik Brömmekamp Rechtsanwalts-gesellschaft mbH in Düsseldorf tätig, Dr. Stahlschmidt ist dort geschäftsführender Gesellschafter.

1 Nachfolgend auch als „SchVG“ bezeichnet.

2 Nachfolgend auch als „SchVG 1899“ bezeichnet.

3 BGBl. I, S. 3138.

4 BT-Drucks. 16/12814, S. 13.

5 § 1 Abs. 1 SchVG.

6 BT-Drucks. 16/12814, S. 1, 13.

7 Keinen Handlungsbedarf sieht die Bundesregierung, was die Antwort (BT-Drucks. 19/4397, S. 34) dieser auf die Anfrage der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen ergibt (BT-Drucks. 19/3802, S. 6).

8 Vgl. § 7 SchVG 2009, § 14 SchVG 1899.

9 Eine vergleichbare Regelung enthielt das SchVG 1899 in § 18.

schiedlich.<sup>10</sup> Einhellige Auffassung dürfte sein, dass bei der parallel in einem Termin durchgeführten Versammlung die Anleihegläubiger nur in ihrer investierten Serie abstimmungsberechtigt sind und die Beschlüsse nur für jede Anleiheserie selbst gelten. Unterschiedliche Abstimmungsergebnisse sind somit bei verschiedenen Emissionen möglich.

Die Schuldverschreibungsgläubiger sollen – so die gesetzgeberische Zielsetzung – darüber abstimmen, ob ein gemeinsamer Vertreter eingesetzt werden soll.<sup>11</sup> Für den Fall, dass die Mehrheit der Anleihegläubiger für die Einsetzung eines solchen gemeinsamen Vertreters votiert, entscheiden sie – oft in einem zweiten Wahlgang –, wen sie zum gemeinsamen Vertreter wählen, sofern mehrere Kandidaten um dieses Amt konkurrieren. Bis zu den Entscheidungen des BGH (Urt. v. 12.1.2017 – IX ZR 87/16) war das Amt mitunter sehr begehrt, was eher auf monetäre als auf altruistische Gründe zurückzuführen ist.

## II. Vergütung des gemeinsamen Vertreters

Während das SchVG in § 7 Abs. 6 für den Wahlvertreter eine Vergütungsregelung vorsieht, die über eine Verweisung in § 8 Abs. 4 auch für den Vertragsvertreter gilt, fehlt für den im Insolvenzverfahren bestellten gemeinsamen Vertreter eine dahin gehende Regelung. Der Gesetzgeber stellt in der Begründung zu § 7 Abs. 6 SchVG ausdrücklich fest, dass „die Gläubiger nicht mit Kosten belastet werden sollen“,<sup>12</sup> weshalb die Emittentin die Kosten und Aufwendungen des gemeinsamen Vertreters auszugleichen hat.<sup>13</sup> Dies ist im Hinblick darauf, dass die Gesamtheit der Anleihegläubiger über keine gemeinsamen Mittel<sup>14</sup> verfügt, folgerichtig. Von der gesetzgeberischen Zielrichtung, dass die Anleihegläubiger nicht mit den Kosten der gemeinsamen Vertretung belastet werden sollen und der Vertreter seine Vergütung und Aufwendungen nicht selbst tragen muss, wurde für den erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestellten gemeinsamen Vertreter abgeleitet, dass dieser aus der Insolvenzmasse vergütet wird. Dies wurde von Rechtspflegern und Insolvenzverwaltern in der Vergangenheit in solchen Anleihegläubigerversammlungen unterschiedlich deutlich verlautbart. Z.T. wurde auch von den später bestellten gemeinsamen Vertretern in den Gläubigerversammlungen ausdrücklich erklärt, dass sie von einer Vergütung aus der Insolvenzmasse ausgehen, weshalb Anleihegläubiger von keinen direkten Belastungen ausgehen durften. Ob dahin gehende Äußerungen des Kandidaten entgegengehalten werden können, wenn er seine Meinung ändert, wird die Rechtsprechung entscheiden müssen.

Ausgehend von der in § 7 Abs. 6 SchVG enthaltenen Regelung, wonach die durch die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters entstehenden Kosten und Aufwendungen, einschließlich einer angemessenen Vergütung die Emittentin trägt, wurde übersehen, dass weder in § 7 Abs. 6 SchVG, noch in der InsO und auch in § 19 SchVG die Vergütung des erst im Insolvenzverfahren (erstmalig) gewählten gemeinsamen Vertreters nicht geregelt ist. Letzteres wurde, wie der IX. ZS des BGH nun aufzeigt, nicht ausreichend berücksichtigt.

### 1. Keine Masseverbindlichkeit nach §§ 54, 64 InsO

Dem Beschluss des BGH v. 14.7.2016 – IX ZB 46/15,<sup>15</sup> lag ein Vergütungsantrag des dort erstmals im Insolvenzverfahren bestellten gemeinsamen Vertreters zugrunde. Der dort bestellte, gemeinsame Vertreter hatte zunächst die Festsetzung seiner Vergütung und Auslagen beim AG – ähnlich eines Gläubigerausschussmitgliedes – beantragt, was das Insolvenzgericht ablehnte. Auch die hiergegen erhobene, sofortige Beschwerde zum LG hatte keinen Erfolg; erfolglos blieb auch die hiergegen erhobene Rechtsbeschwerde zum BGH. Die für die Vergütungsfestsetzung des gemeinsamen Vertreters angenommene Zuständigkeit des Insolvenzgerichts wurde ebenfalls negiert.<sup>16</sup>

#### a) Keine Zuständigkeit des Insolvenzgerichts nach § 64 Abs. 1 InsO

Sowohl die Vergütung als auch die Erstattung von Auslagen setzt das Insolvenzgericht für den Insolvenzverwalter durch Beschluss gem. § 64 Abs. 1 InsO fest. Für die Mitglieder des Gläubigerausschusses ist das Insolvenzgericht ebenfalls durch die Verweisung des § 73 Abs. 2 InsO auf § 64 Abs. 1 InsO zuständig. Für den vorläufigen Insolvenzverwalter sowie Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses ergibt sich die Zuständigkeit des Insolvenzgerichts durch die Verweisung des § 21 Abs. 2, Satz 1, Nr. 1 sowie Nr. 1a InsO.

Eine dahin gehende Regelung für die Festsetzung des im Insolvenzverfahren bestellten und tätigen gemeinsamen Vertreters enthält die InsO nicht; auch verweist weder das SchVG noch das SchVG 1899 auf die entsprechenden Vorschriften der InsO, weshalb der BGH im Beschl. v. 14.7.2016 – IX ZB 46/15, die Rechtsbeschwerde zurückwies.<sup>17</sup>

#### b) Keine entsprechende Anwendung des § 64 InsO

Eine entsprechende Anwendung des § 64 InsO erteilte der BGH ebenfalls eine klare Absage. Eine mit dem Insolvenzverwalter, Sachwalter, Treuhänder oder mit den Mitgliedern

10 Im Fall der insolventen Future Business KGaA i.L., Az. 554 IN 2257/13, sah das AG Dresden (Insolvenzgericht) eine gemeinsame Veranstaltung für alle rd. 4.000 emittierten Serien in der ersten anberaumten Anleihegläubigerversammlung als unproblematisch an. Das AG Schwerin (Insolvenzgericht) terminierte alle von der German Pellets GmbH, Az. 580 IN 64/16, emittierten Anleiheserien einzeln und ließ auch nur die investierten Anleihegläubiger zu den einzelnen Veranstaltungen zu.

11 BT-Drucks. 16/12814, S. 25.

12 BT-Drucks. 16/12814, S. 20.

13 BT-Drucks. 16/12814, S. 20.

14 BT-Drucks. 16/12814, S. 20.

15 BGH, Beschl. v. 14.7.2016 – IX ZB 46/15, ZInsO 2016, 1650 = ZIP 2016, 1688 = WM 2016, 1691.

16 BGH, Beschl. v. 14.7.2016 – IX ZB 46/15, ZInsO 2016, 1650 = ZIP 2016, 1688 = WM 2016, 1691.

17 BGH, Beschl. v. 14.7.2016 – IX ZB 46/15, ZInsO 2016, 1650 = ZIP 2016, 1688 = WM 2016, 1691.

des Gläubigerausschusses vergleichbare Tätigkeit erfüllt der gemeinsame Vertreter nicht, weshalb das Insolvenzgericht für die Festsetzung nicht zuständig ist.<sup>18</sup> Auch eine „freie Rechtsschöpfung durch richterlichen Gestaltungsakt“ lehnt der BGH ab.<sup>19</sup>

### c) Keine direkte/analoge Anwendung des § 64 Abs. 1 InsO, mangels Vergleichbarkeit

Das Insolvenzgericht ist für die Festsetzung der Vergütung sowie der Auslagen nur in solchen Fällen zuständig, in denen die Auslagen- und Vergütungsberechtigten zum „Wohle“ aller Gläubiger tätig werden und nicht nur partiell für einzelne Gläubiger oder Gläubiger-Gruppen.<sup>20</sup>

Anders als der gemeinsame Vertreter unterliegen Insolvenzverwalter sowie Sachwalter der Aufsicht des Insolvenzgerichts, §§ 58, 21 Abs. 2, Satz 1 Nr. 1, 274 Abs. 1, 292 Abs. 3, Satz 2 InsO. Auch die Mitglieder des Gläubigerausschusses unterliegen der Aufsicht des Insolvenzgerichts, anderenfalls wäre das Gericht nicht berechtigt, Mitglieder des Ausschusses aus wichtigem Grund aus diesem zu entlassen, § 70 InsO.<sup>21</sup>

Eine dahin gehende Neutralitätspflicht, wie sie beim Insolvenzverwalter aber auch den Gläubigerausschussmitgliedern zu fordern ist, besteht beim gemeinsamen Vertreter nicht, da er – wie der Name schon bekräftigt – Vertreter der Anleihegläubiger ist. Eine Neutralitätspflicht des gemeinsamen Vertreters würde zu unüberwindbaren Interessenkollisionen führen und seinen Aufgaben zuwiderlaufen. Anleihegläubiger haben mitunter zu anderen Gläubigern gegenläufige Interessen. Während einzelne Gläubigergruppen – gerade im Rahmen der Sanierung eines Unternehmens – auf die Änderung der Anleihebedingungen durch einen Teilverzicht, Minimierung der Zinsen, Verlängerung der Laufzeit oder sogar einen Debt-Equity-Swap favorisieren, können gegen die v.g. Maßnahmen seitens der Anleihegläubiger erhebliche Bedenken bestehen; Selbiges gilt auch im Fall einer umgekehrten Interessenlage.

Die Zielrichtung der Bestellung eines gemeinsamen Vertreters ergibt sich nicht nur aus der Bezeichnung, bestehend aus den Worten „gemeinsamen“ und „Vertreter“, sondern auch aus dem Gesetz selbst. Dass der gemeinsame Vertreter nicht die Rechte und Pflichten der Emittentin oder anderer Gläubiger des Unternehmens zu besorgen hat, folgt aus § 7 Abs. 2 SchVG sowie aus der Haftungsvorschrift des § 7 Abs. 3 SchVG und für den erst im Insolvenzverfahren bestellten gemeinsamen Vertreter aus § 19 Abs. 2, Satz 1 SchVG. Auch die Erleichterung der Aufgabenerfüllung des Insolvenzverwalters<sup>22</sup> rechtfertigt nach der Auffassung des BGH nicht die gesetzliche Rechtsfortbildung.<sup>23</sup>

Gerade die partielle Vertretung einer einzelnen Gläubigergruppe, auch wenn es möglicherweise die größte im Insolvenzverfahren ist, steht der Gleichbehandlung der v.g., zur Neutralität verpflichteten Ämter entgegen. Die Einordnung des Vergütungsanspruchs des gemeinsamen Vertreters als

Masseverbindlichkeit wurde in der ersten BGH-Entscheidung<sup>24</sup> noch offengelassen.

## 2. Keine sonstige Masseverbindlichkeit nach § 55 InsO

In seinem Urt. v. 12.1.2017 – IX ZR 87/16,<sup>25</sup> setzt sich der BGH ebenfalls mit der Frage der Vergütung des erstmals im Insolvenzverfahren bestellten gemeinsamen Vertreters auseinander. Anders als in dem zuvor dargestellten Beschluss, hat der Senat hier erstmals zur Vergütung des gemeinsamen Vertreters Stellung genommen. Der BGH stellt in dieser Entscheidung klar, dass die im Insolvenzverfahren entstehenden Vergütungs- und Auslagenansprüche des gemeinsamen Vertreters weder zu den Kosten des Insolvenzverfahrens nach § 54 InsO noch zu den sonstigen Masseverbindlichkeiten nach § 55 InsO zählen. Konsequenterweise, wenn auch für Insolvenzverwalter, gemeinsame Vertreter und Anleihegläubiger überraschend und nun mit Schwierigkeiten verbunden, verneint der BGH mangels Regelung in der InsO sowie im SchVG eine Kostenerstattung des gemeinsamen Vertreters durch die Insolvenzmasse.

Diejenigen Stimmen in der Literatur,<sup>26</sup> welche eine Masseverbindlichkeit annahmen, begründeten dies mit einer Nähe zu § 54 InsO, nahmen eine Masseverbindlichkeit in direkter oder analoger Anwendung des § 55 Abs. 1, Nr. 1, Fall 2 InsO<sup>27</sup> an oder sprachen sich für eine Anwendung des § 55 Abs. 1, Nr. 2, Fall 2 InsO<sup>28</sup> aus.

Die Gegenauffassung in der Literatur<sup>29</sup> sprach sich gegen eine Masseverbindlichkeit aus und für eine bloße Insolvenzforderung, die nach Teilen dieser Auffassung zudem noch nachrangig sein soll.

18 BGH, Beschl. v. 14.7.2016 – IX ZB 46/15, ZInsO 2016, 1650 = ZIP 2016, 1688 = WM 2016, 1691.

19 BGH, Beschl. v. 14.7.2016 – IX ZB 46/15, ZInsO 2016, 1650 = ZIP 2016, 1688 = WM 2016, 1691.

20 BGH, Beschl. v. 14.7.2016 – IX ZB 46/15, ZInsO 2016, 1650 = ZIP 2016, 1688 = WM 2016, 1691.

21 BGH, Beschl. v. 14.7.2016 – IX ZB 46/15, ZInsO 2016, 1650 = ZIP 2016, 1688 = WM 2016, 1691.

22 BT-Drucks. 16/12814, S. 25.

23 BGH, Beschl. v. 14.7.2016 – IX ZB 46/15, ZInsO 2016, 1650 = ZIP 2016, 1688 = WM 2016, 1691.

24 BGH, Beschl. v. 14.7.2016 – IX ZB 46/15, ZInsO 2016, 1650 = ZIP 2016, 1688 = WM 2016, 1691.

25 BGH, Urt. v. 12.1.2017 – IX ZR 87/16, ZInsO 2017, 438 = WM 2017, 379 = ZIP 2017, 383 = BB 2017, 450.

26 Veranneman/Rattunde, SchVG, 2. Aufl., § 19 Rn. 89; Preußel/Scherber, SchVG, § 19 Rn. 35; Bliessener/Schneider, in: Langenbacher/Bliessener/Spindler, Bankrechts-Kommentar, 2. Aufl., Kap. 17, § 19 SchVG Rn. 24; Cagalj, Restrukturierung von Anleihen nach dem neuen Schuldverschreibungsgesetz, S. 169; Kübler, FS Henckel, 2015, S. 183, 192.

27 Horn, BKR 2014, 449, 452; Brenner, NZI 2014, 789, 792 f.; Gloeckner/Bankel, ZIP 2015, 2393, 2399 f.; Wilken/Schaumann/Zenker, Anleihen in Restrukturierung und Insolvenz, Rn. 585; Hopt/Seibt/Knapp, Schuldverschreibungsrecht, § 19 SchVG Rn. 94.

28 Thole, ZIP 2014, 293, 299; Hofmann, FS Kübler, 2015, S. 265, 273.

29 FK-SchVG/Friedl, § 19 Rn. 49; Antoniadis, NZI 2014, 785, 787 f.; Grub, ZInsO 2016, 897 ff.

Der IX. ZS des BGH sprach sich nicht nur gegen eine vorab aus der Masse zu begleichende Forderung des gemeinsamen Vertreters aus, sondern schließt sogar eine Insolvenzforderung aus.<sup>30</sup> Ein Anspruch aus § 7 Abs. 6 SchVG steht dem erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestellten gemeinsamen Vertreter nicht zu, da er Neugläubiger ist.<sup>31</sup> Auch ein von den Anleihegläubigern abgetretener auf § 7 Abs. 6 SchVG gestützter Freistellungsanspruch gegen den Schuldner ist als nachrangige Forderung i.S.d. § 39 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu qualifizieren.<sup>32</sup> Dies wird vom IX. ZS damit begründet, dass die Kosten den Anleihegläubigern erst aufgrund der Teilnahme an dem Insolvenzverfahren entstehen.<sup>33</sup> Mangels einer gesetzlichen Regelung im SchVG sowie der InsO existiert nach dem BGH keine Rechtsgrundlage für die Belastung der Masse und eine damit verbundene Ungleichbehandlung mit den weiteren Insolvenzgläubigern.

Solange eine gesetzliche Regelung fehlt, zu deren Schaffung der BGH den Gesetzgeber auffordert, ist die Grundlage für den Vergütungs- und Erstattungsanspruch des gemeinsamen Vertreters unsicher. Dem gemeinsamen Vertreter kann, so der BGH ausdrücklich in seiner Entscheidung die Übernahme bzw. die Annahme des Amtes davon abhängig machen, dass ihn die Anleihegläubiger direkt bezahlen oder seine Kosten von der Befriedigungsquote abgezogen werden.<sup>34</sup>

### III. Haftungsrisiko der an den gemeinsamen Vertreter zahlenden Insolvenzverwalter

Insolvenzverwaltern soll es nach dem BGH<sup>35</sup> in Einzelfällen möglich sein, eine Vereinbarung mit dem gemeinsamen Vertreter zu schließen. Allerdings dürfen damit dann nur die Vorteile zugunsten der Masse, die durch die Tätigkeit eines gemeinsamen Vertreters entstehen, ausgeglichen werden. Die genauen Voraussetzungen, welche an solche „Einzelfälle“ gestellt werden sollen, lässt der BGH offen.

Verwalter sehen sich nun der Haftung ausgesetzt, wenn sie Zahlungen ohne oder ohne eine wirksame Vereinbarung an den gemeinsamen Vertreter zahlen. Auch kommen Haftungsansprüche in Betracht, wenn der Verwalter bereits ohne eine solche wirksame Vereinbarung gezahlte Beträge nicht zurückfordert.

#### 1. Auszahlungen an den gemeinsamen Vertreter vor dem Urteil des BGH vom 12.1.2017

Hat der Insolvenzverwalter die Vergütung des gemeinsamen Vertreters aus der Insolvenzmasse gezahlt, dann stellt dies einen Verstoß gegen insolvenzrechtliche Pflichten nach § 60 Abs. 1 InsO dar, da der zugrunde liegende Anspruch keine Masseverbindlichkeit darstellt. Eine vollständige Befriedigung einer Insolvenzforderung bzw. einer sogar nachrangigen Insolvenzforderung vor Begleichung sämtlicher Masseverbindlichkeiten stellt eine insolvenzrechtswidrige Minderung der Aktivmasse dar, die zu einem Schaden aller Gläubiger führt (Gesamtschaden).<sup>36</sup> Falls er vorab eine Vergütungsvereinbarung mit dem gemeinsamen Vertreter getroffen hat, dann darf diese im Zuge des BGH, Urt. v.

12.1.2017 nicht höher sein als die der Insolvenzmasse zufließenden Vorteile. Dies dürfte schwierig nachzuweisen sein. Eine darüber hinausgehende Vergütungsvereinbarung dürfte dagegen ebenfalls dem Urteil des BGH widersprechen und unwirksam sein.

Allerdings könnte sich der Insolvenzverwalter bei Auszahlungen an den gemeinsamen Vertreter vor Veröffentlichung des BGH-Urteils darauf berufen können, dass es sich um eine höchstrichterlich noch nicht geklärte Streitfrage handelte, sodass es dann am Verschulden fehlen könnte.<sup>37</sup>

Der Insolvenzverwalter ist dann aber gehalten, unter Berufung auf das Urteil des BGH v. 12.1.2017 die Auszahlung vom gemeinsamen Vertreter zurückzufordern. Auch eine unterlassene Durchsetzung von erfolversprechenden Ansprüchen gegen Dritte, die zur Masse gehören, stellt eine nach § 60 InsO relevante Pflichtverletzung dar.<sup>38</sup> Das an den gemeinsamen Vertreter gezahlte Honorar wurde, wenn der Insolvenzverwalter und der gemeinsame Vertreter keine wirksame Vereinbarung schlossen, ohne Rechtsgrund i.S.d. § 812 BGB gezahlt. Bis zur Entscheidung des BGH v. 12.1.2017 existierte keine gesicherte Rechtsgrundlage für dahin gehende Zahlungen des Insolvenzverwalters, weshalb auch die bestellten gemeinsamen Vertreter nicht darauf vertrauen konnten, dass sie diese Zahlungen behalten dürfen. Eine gesetzliche Regelung, die den Insolvenzverwalter zu Zahlungen an den gemeinsamen Vertreter legitimierten, existierte ebenso wenig, wie eine Rechtsprechung hierzu. Auch werden sich die gemeinsamen Vertreter, regelmäßig Rechtsanwälte oder juristische Personen, nicht auf eine Entreichung i.S.d. § 818 Abs. 3 BGB berufen können. Insofern handelt es sich hierbei um einen erfolversprechenden Rückforderungsanspruch, der dann vom Insolvenzverwalter auch durchgesetzt werden muss.

Unterlässt der Insolvenzverwalter die Rückforderung der rechtsgrundlosen Zahlung an den gemeinsamen Vertreter, stellt dies einen schuldhaften Verstoß gegen insolvenzrechtliche Pflichten nach § 60 InsO dar.

30 BGH, Urt. v. 12.1.2017 – IX ZR 87/16, ZInsO 2017, 438 = WM 2017, 379 = ZIP 2017, 383 = BB 2017, 450.

31 BGH, Urt. v. 12.1.2017 – IX ZR 87/16, ZInsO 2017, 438 = WM 2017, 379 = ZIP 2017, 383 = BB 2017, 450.

32 BGH, Urt. v. 12.1.2017 – IX ZR 87/16, ZInsO 2017, 438 = WM 2017, 379 = ZIP 2017, 383 = BB 2017, 450.

33 BGH, Urt. v. 12.1.2017 – IX ZR 87/16, ZInsO 2017, 438 = WM 2017, 379 = ZIP 2017, 383 = BB 2017, 450.

34 BGH, Urt. v. 12.1.2017 – IX ZR 87/16, ZInsO 2017, 438 = WM 2017, 379 = ZIP 2017, 383 = BB 2017, 450.

35 BGH, Urt. v. 12.1.2017 – IX ZR 87/16, ZInsO 2017, 438 = WM 2017, 379 = ZIP 2017, 383 = BB 2017, 450.

36 Vgl. HambKomm-InsO/Weitzmann, § 60 Rn. 13 ff.; Sinz, in: Uhlenbruck, InsO, § 60 Rn. 14; MünchKomm-InsO/Brandes/Schoppmeyer, § 60 Rn. 10.

37 Vgl. Uhlenbruck, InsO, § 60 Rn. 96.

38 Vgl. HambKomm-InsO/Weitzmann, § 60 Rn. 7 und 11.

Beim Anspruch nach § 812 BGB ist die dreijährige Verjährungsfrist nach § 195 BGB zu beachten. Verjährungsbeginn ist in diesem Fall der Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste, § 199 Abs. 1 BGB. Maßgeblich ist danach für den Verjährungsbeginn, dass der Gläubiger eines Bereicherungsanspruchs aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen hat. Dies ist gegeben, wenn er von der Leistung und den Tatsachen weiß, aus denen sich das Fehlen des Rechtsgrundes ergibt. Nicht erforderlich ist hingegen i.d.R., dass er aus den ihm bekannten Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht, also dass der Gläubiger den Vorgang rechtlich zutreffend beurteilt. Auch ein Rechtsirrtum hindert den Verjährungsbeginn nicht.<sup>39</sup> Die Vorschrift ist i.d.R. eng auszulegen. Nur bei besonders unübersichtlicher und verwickelter Rechtslage können ausnahmsweise auch erhebliche rechtliche Zweifel den Verjährungsbeginn bis zur Klärung ausschließen.<sup>40</sup>

Da schon zum Zeitpunkt der Vergütungsauszahlung vor dem BGH-Urteil ein Rechtsgrund für die Auszahlung durchaus strittig beurteilt wurde und auch noch kein höchstgerichtliches Urteil vorlag (s. Fn. 28 und 30), wird eine solche Ausnahme regelmäßig nicht vorliegen. Damit dürfte die Verjährung mit dem Schluss des Jahres, in dem die Auszahlung stattgefunden hat, beginnen; spätestens jedoch am Ende des Jahres, in welchem der BGH<sup>41</sup> eine Masseverbindlichkeit negierte. Insofern müssen betroffene Insolvenzverwalter auch eine mögliche Verjährung dieses Rückforderungsanspruchs durch entsprechende Geltendmachung verhindern, um sich nicht selbst schadensersatzpflichtig zu machen.

## 2. Auszahlungen an den gemeinsamen Vertreter nach dem Urteil des BGH vom 12.1.2017

Schon die Auszahlung an den gemeinsamen Vertreter nach dem relevanten Urteil des BGH dürfte dagegen einen schuldhaften Verstoß gegen insolvenzrechtliche Pflichten darstellen, der damit eine Schadensersatzpflicht des § 60 InsO auslöst.

Spätestens mit Veröffentlichung des BGH-Urteils ist nämlich geklärt, dass Vergütungsansprüche des gemeinsamen Vertreters keine Masseverbindlichkeiten sind.

Auch eine nach dem BGH-Urteil getroffene Vergütungsvereinbarung mit dem gemeinsamen Vertreter wird nur unter den sehr engen Voraussetzungen zulässig sein, die sehr konkret die zu beziffernden Vorteile der Insolvenzmasse ausgleicht.

I.Ü. lässt auch eine mögliche Zustimmung der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses zu einer solchen Auszahlung ein Verschulden des Insolvenzverwalters nicht automatisch entfallen.<sup>42</sup> Eine solche Zustimmung entbindet den Insolvenzverwalter nicht von seiner Verpflichtung, die

gebilligte Maßnahme daraufhin zu überprüfen, ob sie dem Verfahrenszweck entspricht.<sup>43</sup>

## 3. Folgen für den Kassenprüfer

I.d.R. dürfte ein solcher Pflichtenverstoß zumindest im Rahmen der Kassenprüfung auffallen. Insofern ist der Kassenprüfer gehalten, diese Sachverhalte besonders zu prüfen.

Da eine solche Pflichtverletzung einen Gesamtschaden auslöst, kann der Schadensersatzanspruch nach § 92 Satz 2 InsO dann nur von einem neu bestellten Insolvenzverwalter oder parallel bestellten Sonderinsolvenzverwalter geltend gemacht werden.<sup>44</sup>

## IV. Zusammenfassung

Mit dem Urteil des BGH v. 12.1.2017 ist die Tätigkeit des gemeinsamen Vertreters sehr viel unattraktiver geworden, obwohl hier durchaus Vorteile zugunsten der Insolvenzmasse und der betreffenden Gläubiger entstehen können. Bedauerlicherweise sieht der Gesetzgeber derzeit keinen Handlungsbedarf.<sup>45</sup>

Vergütungsauszahlungen des Insolvenzverwalters an den gemeinsamen Vertreter vor dem BGH-Urteil stellen insolvenzrechtliche Pflichtverstöße dar, für die sich der Verwalter jedoch exkulpieren dürfte.

Unterlassene Rückforderungen der schon bezahlten Vergütung des gemeinsamen Vertreters stellen aber schuldhaftige Pflichtverstöße des Insolvenzverwalters nach § 60 InsO dar. Betroffene Insolvenzverwalter müssen durch Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs verhindern, dass mögliche Rückforderungsansprüche verjähren.

Vergütungsauszahlungen nach dem BGH-Urteil begründen Schadensersatzpflichten des Insolvenzverwalters nach § 60 InsO.

Insbesondere den Kassenprüfern obliegt es, solche möglichen Pflichtverstöße im Rahmen der Kassenprüfung zu untersuchen.

39 BGH, NJW 2008, 2427.

40 BGH, NJW 1999, 2041.

41 BGH, Beschl. v. 14.7.2016 – IX ZB 46/15, ZInsO 2016, 1650 = ZIP 2016, 1688 = WM 2016, 1691.

42 BGH v. 22.1.1985 – VI ZR 131/83, ZIP 1985, 423.

43 Uhlenbruck (Fn. 37), § 60 Rn. 102.

44 S. hierzu Uhlenbruck (Fn. 37), § 60 Rn. 120 ff.

45 S. Fn. 7.