



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX ZB 122/08

vom

11. März 2010

in dem Insolvenzverfahren

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ganter und die Richter Raebel, Prof. Dr. Kayser, Prof. Dr. Gehrlein und Grupp

am 11. März 2010

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des weiteren Beteiligten wird der Beschluss der 3. Zivilkammer des Landgerichts Kassel vom 5. Mai 2008 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Beschwerdegericht zurückverwiesen.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 37.119,34 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Der weitere Beteiligte wurde in dem Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen der Schuldnerin am 19. Dezember 2006 zum mitbestimmenden vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt. Das Insolvenzgericht ordnete unter anderem an, dass der Beteiligte das Unternehmen der Schuldnerin bis zur Ent-

scheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit der Schuldnerin fortführen sollte. Er sollte ferner Sanierungsmöglichkeiten prüfen und hierzu Verhandlungen führen sowie mit Lieferanten der Schuldnerin Vereinbarungen zur Weiterbelieferung treffen. Am 1. März 2007 wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Am 7. März 2007 beantragte der Beteiligte, ihm für seine Tätigkeit als vorläufiger Insolvenzverwalter ausgehend von einer Berechnungsgrundlage von 1.783.409,30 € eine Vergütung in Höhe von 75 % der Regelvergütung des Insolvenzverwalters zuzüglich 1.000 € Auslagen und 19 % Mehrwertsteuer festzusetzen. Das Amtsgericht hat die Vergütung nach der Korrektur eines Rechenfehlers antragsgemäß auf 57.790,73 € festgesetzt. Auf die sofortige Beschwerde des Schuldners hat das Landgericht die Vergütung auf 20.671,39 € herabgesetzt. Hiergegen wendet sich der Beteiligte mit der Rechtsbeschwerde.

II.

- 2 Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§§ 7, 6, 64 Abs. 3 Satz 1 InsO, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch im Übrigen zulässig (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 ZPO). Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.
- 3 1. Das Beschwerdegericht ist von der Regelvergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters in Höhe von 25 % der Regelvergütung des Insolvenzverwalters ausgegangen und hat grundsätzlich neben anderen Zuschlägen in der Gesamthöhe von 20 % auch einen Zuschlag für die Fortführung des Unternehmens von 10 % und für Sanierungsbemühungen von 20 % für gerechtfertigt gehalten. Es hat die beiden zuletzt genannten Zuschläge jedoch um die Hälfte gekürzt, weil sich der Beteiligte durch den Einsatz eines so genannten Interims-

Managers, der von der Schuldnerin bezahlt wurde, erhebliche Arbeit erspart habe, die er sonst selbst hätte erledigen müssen. Das für die Berechnung der Vergütung maßgebliche Vermögen der Schuldnerin hat das Beschwerdegericht lediglich mit 207.640,83 € angenommen. Es hat dabei Forderungen aus Lieferungen und Leistungen (548.564,74 €), das Guthaben auf einem Anderkonto (71.117,67 €), Ersatzansprüche nach § 64 Abs. 2 GmbHG (50.000 €), Anfechtungsansprüche (vom Beteiligten mit insgesamt 891.086,09 € bewertet) und Ansprüche aus Eigenkapital ersetzendem Darlehen (15.000 €) unberücksichtigt gelassen.

4 2. Diese Ausführungen halten in einem wesentlichen Punkt rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

5 a) Ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde allerdings gegen die Kürzung der Zuschläge für die Unternehmensfortführung und für die Sanierungsbemühungen. Die Bemessung vorzunehmender Zu- und Abschläge ist grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters. Sie ist in der Rechtsbeschwerdeinstanz nur darauf zu überprüfen, ob sie die Gefahr der Verschiebung von Maßstäben mit sich bringt (BGH, Beschl. v. 13. November 2008 - IX ZB 141/07, ZInsO 2009, 55, 56 Rn. 8 m.w.N.; st. Rspr.). Dies ist hier nicht der Fall. Sowohl die Fortführung des Unternehmens des Schuldners als auch Bemühungen um eine Sanierung des Schuldners gehören nicht zu den Regelaufgaben eines vorläufigen Insolvenzverwalters und können deshalb einen Zuschlag rechtfertigen. Delegiert der vorläufige Insolvenzverwalter einen Teil solcher Tätigkeiten auf Dritte, die vom Schuldner vergütet werden, kann ein Zuschlag gekürzt oder gar versagt werden. Beides hat das Beschwerdegericht berücksichtigt.

- 6 b) Die Kürzung der Berechnungsgrundlage um die behaupteten Ersatzansprüche nach § 64 Abs. 2 GmbHG nimmt die Rechtsbeschwerde hin. Rechtsfehler sind insoweit nicht erkennbar.
- 7 c) Die vom Beteiligten behaupteten Anfechtungsansprüche und Ansprüche auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Leistungen nach §§ 32b, 32a GmbHG a.F. hat das Beschwerdegericht bei der Bestimmung der Berechnungsgrundlage mit Recht außer Betracht gelassen, weil sie erst mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstehen. Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (BGH, Beschl. v. 29. April 2004 - IX ZB 225/03, ZIP 2004, 1653, 1654). Die 2. Verordnung zur Änderung der Insolvenzzrechtlichen Vergütungsverordnung vom 21. Dezember 2006 gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung (BGH, Beschl. v. 18. Dezember 2008 - IX ZB 46/08, ZInsO 2009, 495, 496 Rn. 10). Ob dieses neue Recht anwendbar ist, braucht deshalb nicht entschieden zu werden.
- 8 d) Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Würdigung des Beschwerdegerichts, Forderungen aus Lieferungen und Leistungen in Höhe von 548.564,74 € seien bei der Berechnungsgrundlage nicht zu berücksichtigen, weil die Schuldnerin unwidersprochen vorgetragen habe, dass diese Forderungen Gegenstand einer Globalzession seien, und der Beteiligte nicht vorgetragen habe, sich in erheblichem Umfang mit diesen Forderungen befasst zu haben (§ 11 Abs. 1 Satz 4 InsVV). Die Schuldnerin hat erstmals im Schriftsatz vom 23. August 2007 vorgetragen, die Forderungen seien aufgrund einer Globalzession eines Kreditinstituts mit Aus- oder Absonderungsrechten belastet; die in Rede stehenden Positionen könnten nur abzüglich der vom Insolvenzverwalter noch bekannt zu gebenden Aus- und Absonderungsrechte bei der Berechnungsgrundlage berücksichtigt werden. Hierauf hat der Beteiligte nicht mehr erwidert. Er hatte jedoch

bereits in seinem Gutachten vom 27. Februar 2007 ausgeführt, hinsichtlich Altforderungen in Höhe von 40.000 € bestehe zwar eine Forderungsabtretung zugunsten einer Bank; diese greife jedoch nicht, weil eine Gläubigerin die Forderungsabtretung vertraglich ausgeschlossen habe. Forderungen nach Anordnung der Insolvenzverwaltung bestünden in Höhe von 508.564,74 €; diese seien vollständig einziehbar. Bei dieser Sachlage durfte das Beschwerdegericht nicht davon ausgehen, dass die Forderungen vollständig von der Globalzession erfasst sind.

9 e) Ohne Rechtsfehler hat das Beschwerdegericht hingegen das Guthaben auf dem Anderkonto unberücksichtigt gelassen. Auch insoweit hat sich die Schuldnerin auf eine bestehende Globalzession berufen. Anders als bei den Forderungen aus Lieferungen und Leistungen hat der Beteiligte bezüglich der Position Anderkonto zu keinem Zeitpunkt Entgegenstehendes vorgetragen.

10 3. Eine eigene Sachentscheidung ist dem Senat nicht möglich, da die bisher getroffenen Feststellungen eine Beurteilung, ob und in welchem Umfang Aus- oder Absonderungsrechte an den Forderungen aus Lieferungen und Leis-

tungen bestehen, nicht erlauben. Die Sache war daher an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen (§ 577 Abs. 4 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 ZPO).

Ganter

Raebel

Kayser

Gehrlein

Grupp

Vorinstanzen:

AG Kassel, Entscheidung vom 19.04.2007 - 662 IN 180/06 -

LG Kassel, Entscheidung vom 05.05.2008 - 3 T 399/07 -