



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

IX ZB 53/02

vom

1. Oktober 2002

in dem Insolvenzverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

---

InsO §§ 6, 7, 64; InsVV § 9; RpfIG § 11

Versagt der Rechtspfleger dem Insolvenzverwalter die beantragte Genehmigung zur Entnahme eines Gebührenvorschusses aus der Insolvenzmasse, so findet dagegen die befristete Erinnerung nach § 11 Abs. 2 RpfIG, nicht aber die sofortige Beschwerde gem. § 6 InsO statt.

InsVV § 9

Der zu bewilligende Vergütungsvorschuß soll die bis dahin erbrachte Tätigkeit des Insolvenzverwalters abgelden. Die Höhe ist jedenfalls bei ausreichender Liquidität der Insolvenzmasse regelmäßig unter Berücksichtigung der Berechnungsmerkmale der §§ 1 bis 3 InsVV zu bestimmen.

BGH, Beschluß vom 1. Oktober 2002 - IX ZB 53/02 - OLG Köln

LG Münster



Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft und die Richter Kirchhof, Dr. Fischer, Raebel und Dr. Bergmann

am 1. Oktober 2002

beschlossen:

Die sofortige weitere Beschwerde gegen den Beschluß der 5. Zivilkammer des Landgerichts Münster vom 26. Juli 2001 wird auf Kosten des Beteiligten zu 2 als unzulässig verworfen.

Wert des Beschwerdeverfahrens: 177.929,57 € (348.000 DM).

Gründe:

I.

Durch Beschluß vom 1. Mai 1999 eröffnete das Amtsgericht das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beteiligten zu 1 und bestellte den Beteiligten zu 2 zum Insolvenzverwalter. Dieser beantragte am 25. Oktober 2000, ihm über bis dahin bewilligte Vorschüsse von zusammen 175.000 DM hinaus einen weiteren Vorschuß von 500.000 DM – jeweils zuzüglich Mehrwertsteuer – auf seine zu erwartende Vergütung als Insolvenzverwalter zu bewilligen. Dazu angehört, erklärten ein Vertreter der Schuldnerin und ein Mitglied des Gläubigerausschusses ausdrücklich, daß sie den Vergütungsantrag uneingeschränkt für gerechtfertigt hielten; die übrigen Mitglieder des Gläubigerausschusses widersprachen nicht. Durch Verfügung vom 7. Juni 2001 – dem Be-

teiligten zu 2 am 18. Juni 2001 zugestellt - erteilte ihm die Rechtspflegerin beim Amtsgericht die Zustimmung zur Entnahme nur von 200.000 DM (netto) aus der Insolvenzmasse.

Gegen die Verweigerung einer höheren Entnahme hat der Beteiligte zu 2 am 2. Juli 2001 beim Landgericht "Beschwerde" eingelegt, welche dieses durch Beschluß vom 26. Juli 2001 als unzulässig verworfen hat (der Beschluß ist abgedruckt in ZInsO 2001, 903 und NZI 2001, 604). Gegen diese ihm am 16. August 2001 zugestellte Entscheidung hat der Beteiligte zu 2 mit einem am 28. August 2001 beim zuständigen Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz weitere Beschwerde eingelegt. Dieses hat durch Beschluß vom 7. Januar 2002 die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt (der Vorlagebeschluß des Oberlandesgerichts ist abgedruckt in ZInsO 2002, 240 und NZI 2002, 153).

## II.

Die Vorlage ist gemäß § 7 Abs. 2 Satz 1 InsO a.F. zulässig.

Das vorliegende Oberlandesgericht möchte das Rechtsmittel als unzulässig verwerfen, weil nach seiner Meinung gegen die Versagung der Zustimmung über die Entnahme eines Vorschusses gemäß § 9 InsVV kein Rechtsmittelzug eröffnet ist. Daran sieht es sich durch einen Beschluß des Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 16. Oktober 2001 (abgedruckt in ZInsO 2002, 67 und NZI 2002, 43) gehindert. Dieses Gericht hat eine weitere Beschwerde gegen die Versagung eines Vorschusses auf die Verwaltervergütung gemäß § 64 Abs. 3 Satz 1 InsO für zulässig gehalten und zur Begründung ausgeführt, die

Entscheidung über die Gewährung eines solchen Vorschusses sei als eine Festsetzungsentscheidung im weiteren Sinn anzusehen.

Die vom vorlegenden Oberlandesgericht beabsichtigte Abweichung betrifft eine Frage aus dem Insolvenzrecht. Dieser Begriff umfaßt die verfahrensrechtlichen Vorschriften für das Insolvenzgericht und das Beschwerdeverfahren mit (BGHZ 144, 78, 79).

### III.

Die weitere Beschwerde ist, wie das vorlegende Oberlandesgericht zutreffend annimmt, unzulässig.

§ 7 Abs. 1 InsO a.F. knüpfte hinsichtlich der Statthaftigkeit der weiteren Beschwerde an § 6 Abs. 1 InsO an; auch die weitere Beschwerde war danach nur in denjenigen Fällen zulässig, in denen die Insolvenzordnung die sofortige Beschwerde vorsieht (BGHZ 144, 78, 79 f; weitere Nachweise bei Heidelberger Kommentar zur InsO/Kirchhof, 2. Aufl. § 7 Rn. 5).

Gegen die Entscheidung des Insolvenzgerichts über die Zustimmung, die vor der Entnahme eines Vergütungsvorschusses aus der Insolvenzmasse nötig ist, sieht die Insolvenzordnung keine sofortige Beschwerde vor.

1. Diese Entscheidung des Insolvenzgerichts wird im Rahmen seiner Aufsicht gemäß § 58 InsO getroffen.

a) Nach § 9 Satz 1 InsVV kann der Insolvenzverwalter aus der Insolvenzmasse einen Vorschuß unter anderem auf seine Vergütung entnehmen, wenn das Insolvenzgericht zustimmt. Die Verweigerung der vom Insolvenzverwalter beantragten Zustimmung ist zwar diesem gegenüber eine Entscheidung im Sinne von § 11 Abs. 2 RpfLG, nicht lediglich eine interne Maßnahme ohne rechtliche Außenwirkung (ebenso MünchKomm-InsO/Nowak, § 9 InsVV Rn. 14; a.M. anscheinend Blerch in Breutigam/Blerch/Goetsch, Insolvenzrecht § 9 Rn. 26, 30-32; dem gegenüber verneint AG Göttingen ZInsO 2001, 903 f nur die Anfechtbarkeit der Zustimmung für den Insolvenzschuldner). Denn die ganz oder teilweise ausgesprochene Verweigerung hindert den Insolvenzverwalter unmittelbar daran, seinen geltend gemachten Anspruch auf Gewährung einer Vergütung aus der Insolvenzmasse zu erfüllen. Sein Vergütungsanspruch (§ 63 InsO) entsteht schon mit der Tätigkeit des Verwalters, nicht erst mit der Festsetzung durch das Gericht (so zu § 85 KO - der den §§ 63 bis 65 InsO entspricht - BGHZ 116, 233, 242). Dieser - durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte (BVerfG ZIP 1993, 838, 841; 1993, 1246, 1247) - Anspruch ist auch auf eine unverzügliche Erfüllung gerichtet. Denn der durch seine Tätigkeit für eine typischerweise vermögensarme Insolvenzmasse vorleistende Verwalter geht in besonderem Maße das Risiko ein, hinsichtlich seiner Vergütung leer auszugehen (vgl. §§ 208, 209 InsO). Gerade die rechtzeitige Erlangung von Vorschüssen soll sein Ausfallrisiko ausschalten oder wenigstens verringern (BGHZ 116, 233, 241 f). Zwar mag sein Anspruch auf die endgültige Vergütung erst mit der Beendigung des gesamten Insolvenzverfahrens fällig werden, doch entsteht zu seinen Gunsten alsbald ein Anspruch auf pflichtgemäße Entscheidung über die Gewährung eines angemessenen Vergütungsvorschusses. Nach § 9 Satz 2 InsVV soll die Zustimmung zur Entnahme unter anderem erteilt werden, wenn das Insolvenzverfahren länger als sechs Monate dauert. Jedenfalls unter die-

ser Voraussetzung ist die Ermessensausübung durch das Insolvenzgericht dahin gebunden, daß die Entnahme eines Vorschusses auf die nach den Maßstäben der §§ 1 bis 3 InsVV verdiente Vergütung nur unter besonderen Voraussetzungen abgelehnt werden darf. Eine solche Beschränkung der Rechte des Insolvenzverwalters bedarf schon im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG der Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung (vgl. BVerfGE 101, 397, 407 f).

b) Die Versagung der Genehmigung gemäß § 58 InsO ist aber nicht in der Insolvenzordnung als eine mit der sofortigen Beschwerde (§ 6 InsO) angreifbare Entscheidung aufgeführt. Für solche Fälle ermöglicht § 11 Abs. 2 RpfLG grundsätzlich die Anrufung des Richters gegen Entscheidungen des Rechtspflegers.

2. § 64 Abs. 3 InsO eröffnet zwar die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß über die Festsetzung der Vergütung des Insolvenzverwalters.

a) Diese Vorschrift bezieht sich aber - wie schon § 85 Abs. 1 KO - unmittelbar nur auf die Festsetzung der endgültigen Vergütung des Insolvenzverwalters (§ 63 InsO) bei der Beendigung seines Amtes (ebenso Biersch aaO Rn. 26). Dafür sprechen nicht nur der Wortlaut und der auf eine "Festsetzung" ausgerichtete Regelungsgehalt. Die Gewährung von Vorschüssen ist nicht in der Insolvenzordnung selbst, sondern nur in § 9 InsVV geregelt. Zudem ist nach § 64 Abs. 2 InsO der Festsetzungsbeschluß öffentlich bekannt zu machen und allen Beteiligten besonders zuzustellen. Ein solcher Aufwand ist allein für endgültige Regelungen angemessen, die auch förmlich in Bestandskraft erwachsen sollen. Demgegenüber hat die Verweigerung der Bewilligung eines Vorschusses nur vorläufige Bedeutung; einerseits wird der Vergütungsan-

spruch des Insolvenzverwalters nicht endgültig aberkannt, andererseits hat dieser zuviel erlangte Zahlungen - trotz der Teil-Erfüllungswirkung der Entnahme - gemäß materiellem Recht zurückzuerstatten (MünchKomm-InsO/Nowak, aaO Rn. 15; Eickmann, Vergütungsrecht 2. Aufl. § 9 InsVV Rn. 3; Haarmeyer/

Wutzke/Förster, Vergütung in Insolvenzverfahren 2. Aufl. § 9 InsVV Rn. 15; Blersch, aaO Rn. 24). Auf solche nur vorläufig wirkende Maßnahmen, die sich zudem halbjährlich wiederholen können, paßt die Regelung des § 64 InsO nicht.

b) Auch eine entsprechende Anwendung des § 64 Abs. 3 InsO auf die Entscheidung über die Gewährung eines Vorschusses ist nicht geboten (ebenso - außer dem vorlegenden Oberlandesgericht - Blersch aaO Rn. 27; Frankfurter Kommentar zur InsO/Lorenz, 3. Aufl. § 9 InsVV Rn. 18; MünchKomm-InsO/Nowak, aaO Rn. 14; a.M. - außer dem Oberlandesgericht Zweibrücken, aaO - LG Stuttgart ZInsO 2000, 621, 622; Eickmann, aaO § 9 Rn. 19; Hess, InsVV 2. Aufl. § 9 Rn. 7; Smid, InsO 2. Aufl. Anm. zu § 9 InsVV; Nerlich/Römermann/Delhaes, InsO § 64 Rn. 9; Gottwald/Last, Insolvenzrechts-Handbuch 2. Aufl. § 126 Rn. 50; nur für Insolvenzverwalter auch Haarmeyer ZInsO 2001, 938, 941 f; Keller, Vergütung und Kosten im Insolvenzverfahren Rn. 173).

§ 6 InsO soll die Möglichkeit von Rechtsmitteln gezielt beschränken, "um den zügigen Ablauf des Insolvenzverfahrens zu gewährleisten" (amtliche Begründung der Bundesregierung zum Entwurf einer Insolvenzordnung, BT-Drucks. 12/2443 S. 110 zu § 6). Diesem Ziel liefe es zuwider, wenn weitere als die in der Insolvenzordnung vorgesehenen Rechtsmittel eröffnet würden.



Zwar hat die unverzügliche Bewilligung von Vorschüssen nach Maßgabe des § 9 InsVV eine große Bedeutung nicht nur für den Insolvenzverwalter, der mit seiner Tätigkeit zunächst auf eigene Kosten und eigenes Risiko erhebliche Vorleistungen erbringt, sondern auch für das Insolvenzverfahren insgesamt. Denn eine hinter den Maßstäben des § 9 InsVV zurückbleibende oder gar nicht daran ausgerichtete Bewilligungspraxis könnte allgemein die Bereitschaft von Insolvenzverwaltern verringern, eine aufwendige, länger dauernde Unternehmensfortführung auch mit dem Ziel einer späteren (übertragenden) Sanierung zu riskieren. Daraus folgt aber nicht, daß die auf der Grundlage des § 11 Abs. 2 RpfIG eröffnete Überprüfung durch den Insolvenzrichter (s.o. 1 a) etwa nicht ausreicht, sondern ein weitergehender Rechtsmittelzug eröffnet werden müßte. Einen solchen gebietet auch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht (BVerfGE 31, 364, 368; vgl. auch BVerfGE 57, 9, 21).

#### IV.

Der Beteiligte zu 2 hat jedoch auf Anfrage des Senats mitgeteilt, daß seine "Beschwerde" vom 2. Juli 2001 für den Fall ihrer Unzulässigkeit auch als befristete Erinnerung gemäß § 11 Abs. 2 RpfIG behandelt werden soll. Der Senat hält es für möglich, daß der Rechtsbehelf zugleich auch in diesem Sinne oder als ein - auf die rechtliche Unklarheit über das statthafte Rechtsmittel gestütztes - Wiedereinsetzungsgesuch (§ 233 ZPO) auszulegen ist. Ein solcher Antrag wäre nicht durch den angefochtenen Beschluß des Landgerichts über die sofortige Beschwerde beschieden, zumal dieses den Beteiligten zu 2 nicht zuvor auf die Zulässigkeitsbedenken hingewiesen hat.

Über den Antrag wird der zuständige Insolvenzrichter beim Amtsgericht Münster zu befinden haben. Hält der eine Erinnerung nach § 11 Abs. 2 RpfIG für zulässig, so weist der Senat vorsorglich auf folgende Rechtslage hin:

1. Die Entscheidung der Rechtspflegerin beruht auf einer fehlerhaften Anwendung des § 9 Satz 2 InsVV. Dem durch diese Vorschrift gebundenen Ermessen des Gerichts entspricht es regelmäßig, jedenfalls nach halbjähriger Verwaltungsdauer mindestens die vom Insolvenzverwalter bis dahin erbrachten Tätigkeiten zu vergüten (Eickmann, aaO § 9 Rn. 10; Haarmeyer/Wutzke/Förster, aaO Rn. 12; Frankfurter Kommentar zur InsO/Lorenz, aaO § 9 Rn. 2; vgl. Hess, aaO Rn. 5). Die zu erwartende Berechnungsgrundlage ist § 1 InsVV zu entnehmen (Haarmeyer/Wutzke/Förster, aaO § 9 Rn. 9; Keller, aaO Rn. 168). Die vom Insolvenzverwalter erbrachte Leistung ist mit einem entsprechenden Bruchteil der gemäß §§ 2, 3 InsVV für das gesamte Insolvenzverfahren zu schätzenden Vergütungssätze zu veranschlagen. Der Vorschuß soll die voraussichtliche Gesamtvergütung nicht übersteigen (Eickmann aaO § 9 Rn. 13; FK/Lorenz aaO § 9 Rn. 4; Hess, aaO Rn. 5; Keller aaO Rn. 169).

a) Auf dieser Grundlage hat der Beteiligte zu 2 in seinem Antrag vom 24. Oktober 2000 eine voraussichtliche Teilungsmasse von 31.113.000 DM angegeben und daraus eine Gesamtvergütung von (netto) 1.867.300 DM errechnet. Der von ihm geforderte Vorschuß betrug - unter Einbeziehung zuvor erhaltener 175.000 DM - etwa 36 % davon. Aus seinen bis dahin erstatteten Berichten ergab sich, daß der Beteiligte zu 2 unter Einsatz eigenen Personals einen Textilbetrieb fortführte, der bei einem Jahresumsatz von 40 bis

50 Mio. DM bis zu 200 Mitarbeiter beschäftigt. Die freie Liquidität hatte er in seinem Bericht vom 15. August 2000 auf mehr als 6,6 Mio. DM geschätzt.

b) Demgegenüber hat die Rechtspflegerin in einem Vermerk die Genehmigung zur Entnahme - von wenigstens 200.000 DM - mit der Überbrückung einer vom Beteiligten zu 2 auch geltend gemachten Notlage begründet (Bl. 1037 Bd. VIII GA); dieser hatte angeführt, er müsse seine privaten Aktien, die der Altersvorsorge dienten, verkaufen, um das Insolvenzverfahren zu finanzieren (Bl. 1030 Bd. VIII GA). Die Verweigerung weiterer Vorschüsse wurde in der Verfügung vom 7. Juni 2001 damit begründet, daß der Beteiligte zu 2 zuvor die Festsetzung seiner Vergütung als vorläufiger Insolvenzverwalter zu beantragen habe. Auf die vom Beteiligten zu 2 für seinen Antrag gegebene Begründung geht die Entscheidung nicht ein.

c) Diese Ausführungen verkennen die Bedeutung des Anspruchs des Insolvenzverwalters auf die Gewährung eines Vergütungsvorschusses grundlegend. Dieser ist von der bereits verdienten Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters unabhängig und soll die Arbeitsleistung für das eröffnete Verfahren vergüten. Zudem soll der Vorschuß nach § 9 InsVV angemessen sein, also nicht nur zur Überbrückung einer Notlage dienen.

Aus einem Aktenvermerk der Rechtspflegerin vom 6. Juli 2001 (Bl. 1051 Bd. VIII GA) ergibt sich, daß sie eine Regelvergütung des Insolvenzverwalters für das Gesamtverfahren von 681.100 DM vorausschätzte. Ein Zusammenhang dieser Berechnung mit den bis dahin insgesamt bewilligten Vorschüssen von 375.000 DM - statt, wie beantragt, von 675.000 DM - ist nicht zu erkennen, obwohl das Insolvenzgericht die Berichte des Beteiligten zu 2 vorher durch ein

Sachverständigengutachten hatte überprüfen lassen. Substantiierte Bedenken gegen die Liquidität der Insolvenzmasse wurden nicht erkennbar.

Zwar liegt es im Rahmen einer sachgerechten Ermessensausübung, bei der Vorausschätzung von Vergütungsmerkmalen einen vorsichtigen Maßstab anzulegen. Jedoch muß sich der bewilligte Vorschuß jedenfalls in einem noch nachvollziehbaren Verhältnis zur Berechnung der Vergütung halten.

2. Das Insolvenzgericht wird im Rahmen des § 11 Abs. 2 RpfLG zusätzlich berücksichtigen dürfen, daß inzwischen - durch näher begründeten Beschluß vom 17. Juli 2002 - die Zustimmung zur Entnahme eines weiteren Vorschusses von 500.000 € erteilt wurde. Da die Vorschüsse zusammen nicht die voraussichtliche Gesamtvergütung übersteigen dürfen (s.o. vor a), kann diese Entnahme auch mit in eine neue Berechnung zum früheren Antrag einfließen.

Kreft  
scher

Kirchhof

Fi-

Raebel

Bergmann