



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX ZB 47/10

vom

9. Juni 2011

in dem Insolvenzverfahren

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein und Vill, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Fischer

am 9. Juni 2011

beschlossen:

Auf die Rechtsmittel des Schuldners werden der Beschluss der 9. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund vom 26. Februar 2010 und der Beschluss des Amtsgerichts Dortmund vom 5. September 2005 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Entscheidung, auch über die Kosten der Beschwerdeverfahren, an das Amtsgericht zurückverwiesen.

Der Wert der Rechtsmittelverfahren wird auf jeweils 5.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Mit Beschluss des Amtsgerichts vom 20. August 2004 wurde der weitere Beteiligte zum vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt. Das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners wurde mit Beschluss des Amtsgerichts vom 26. April 2005 eröffnet und der weitere Betei-

ligte zum Insolvenzverwalter bestellt. In der Zeit der vorläufigen Verwaltung wurde der nervenärztliche Praxisbetrieb des Schuldners fortgeführt.

2 Der weitere Beteiligte hat am 8. Juli 2005 beantragt, die Vergütung für seine Tätigkeit als vorläufiger Insolvenzverwalter auf 9.909,59 €, die Auslagen auf 1.486,43 €, und jeweils 16 v.H. Umsatzsteuer von insgesamt 1.823,36 € festzusetzen, zusammen 13.219,38 €.

3 Das Amtsgericht hat die Vergütung antragsgemäß festgesetzt. Die hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde des Schuldners hat das Landgericht zurückgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde begehrt der Schuldner eine Neu- festsetzung der Vergütung auf der Grundlage einer Berechnungsgrundlage, die hinsichtlich der Betriebsfortführung lediglich den Überschuss berücksichtigt.

II.

4 Die gemäß §§ 6, 7, 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 64 Abs. 3 Satz 1 InsO, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist auch im Übrigen zulässig (§ 574 Abs. 2 Nr. 2, § 575 ZPO).

5 Sie ist begründet. Die vom Amtsgericht und vom Beschwerdegericht zugrunde gelegte Berechnungsgrundlage von 75.249,45 € weicht von der Rechtsprechung des Senats zu § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 Buchst. b, § 10 InsVV ab.

6 1. Auf die Festsetzung der Vergütung des weiteren Beteiligten ist die insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung in der Fassung der Änderungsverordnung vom 4. Oktober 2004 (BGBl. I S. 2569) anzuwenden. Die Änderungen der

Zweiten Änderungsverordnung vom 21. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3389) sind nicht anwendbar, weil die vorläufige Insolvenzverwaltung vor dem 29. Dezember 2006 begonnen und geendet hat (BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2008 - IX ZB 35/05, ZIP 2008, 2323 Rn. 5 f).

7 2. Nach § 11 Abs. 1 Satz 2 InsVV in der hier maßgeblichen Fassung erhält der vorläufige Insolvenzverwalter in der Regel 25 v.H. der Vergütung nach § 2 Abs. 1 InsVV bezogen auf das Vermögen, auf das sich seine Tätigkeit während des Eröffnungsverfahrens erstreckt. Wird das Unternehmen vom vorläufigen Insolvenzverwalter fortgeführt, kann insoweit in die Berechnungsgrundlage gemäß § 10 InsVV in entsprechender Anwendung des § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 Buchst. b InsVV nur der Überschuss einstellt werden (BGH, Beschluss vom 26. April 2007 - IX ZB 160/06, ZIP 2007, 1330 Rn. 12, 13).

8 a) Zur Ermittlung des Überschusses hat der vorläufige Verwalter hinsichtlich der Praxisfortführung eine gesonderte Einnahmen-/Ausgabenrechnung vorzulegen. Diese ist auf den Zeitpunkt zu beziehen, in dem die vorläufige Insolvenzverwaltung geendet hat (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Februar 2007 - IX ZB 106/06, ZIP 2007, 784 Rn. 15).

9 In diese Rechnung sind sämtliche Einnahmen und Forderungen, aber auch sämtliche Ausgaben und Verbindlichkeiten aufzunehmen, die durch die Betriebsfortführung entstanden sind. Das Einstellen kann nicht davon abhängig gemacht werden, dass Forderungen oder Verbindlichkeiten bereits erfüllt worden sind. Auch Geschäftsvorfälle, die noch nicht zu einer Fakturierung geführt haben, müssen im Rahmen der Einnahmen-/Ausgabenrechnung erfasst werden. Gegebenenfalls muss die Höhe der Forderungen oder Verbindlichkeiten geschätzt werden (BGH, Beschluss vom 22. Februar 2007 aaO, Rn. 15).

- 10 b) Eine solche Einnahmen-/Ausgabenrechnung hat der weitere Beteiligte nicht vorgelegt. Er hat vielmehr seinem Vergütungsantrag - in Verbindung mit seinem Bericht gemäß § 156 InsO vom 29. Juni 2005 - das Bankguthaben von 65.349,45 € und Praxisforderungen in Höhe von 9.900 € zugrunde gelegt. Bei dem Bankguthaben wird zutreffend auf den Tag der Beendigung der vorläufigen Verwaltung, bei den offenen Forderungen dagegen auf den 28. Juni 2005 abgestellt. Ob ein Teil dieser (geschätzten) offenen Forderungen erst nach der Eröffnung vom 26. April 2005 erwirtschaftet wurde, ist nicht ersichtlich.
- 11 Jedenfalls ist nicht erkennbar, inwieweit die in dem genannten Bericht des Verwalters angeführten offenen Verbindlichkeiten des Schuldners als Ausgaben der Betriebsfortführung anzusehen und deshalb bei der Überschussrechnung zu berücksichtigen sind. Der Verwalter führt zwar in seinem Bericht aus, er habe in der Zeit der Praxisfortführung sämtliche Kosten beglichen. Ausdrücklich ausgenommen hiervon hat er jedoch Steuern und andere Beträge, die aufgelaufen seien, weil das Insolvenzverfahren verspätet eröffnet worden sei. Hierauf kommt es indessen nicht an. Aus Gründen der Praxisfortführung entstandene Verbindlichkeiten sind in die bislang fehlende Einnahmen-/Ausgabenrechnung einzustellen (vgl. näher hierzu BGH, Beschluss vom 16. Oktober 2008 - IX ZB 179/07, ZIP 2008, 2222 Rn. 15 ff).
- 12 4. Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zurückzuverweisen (§ 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO). Dabei macht der Senat von der Möglichkeit Gebrauch, an das Insolvenzgericht zurückzuverweisen, weil erstmals die Einnahmen-/Ausgabenrechnung vorgelegt und geprüft werden muss (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juli 2004 - IX ZB 161/03, BGHZ 160, 176, 185 f).

- 13 5. Bei der Festsetzung des Zuschlags wegen der Praxisfortführung wird sodann die erforderliche Vergleichsrechnung nach § 3 Abs. 1 Buchst. b InsVV vorzunehmen sein (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 7. Oktober 2010 - IX ZB 115/08, ZInsO 2010, 2409; vom 12. Mai 2011 - IX ZB 143/08, zVb je mit weiteren Nachweisen).

Kayser

Gehrlein

Vill

Lohmann

Fischer

Vorinstanzen:

AG Dortmund, Entscheidung vom 05.09.2005 - 253 IN 171/03 -

LG Dortmund, Entscheidung vom 26.02.2010 - 9 T 660/05 -