



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

II ZB 2/16

vom

15. Januar 2019

in dem Festsetzungsverfahren gemäß § 6 Abs. 2 Satz 2 SpruchG

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

SpruchG § 6 Abs. 2 Satz 1; UmwG § 308 Abs. 2 aF; ZPO § 240

- a) Ein Spruchverfahren wird durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Antragsgegners nicht entsprechend § 240 ZPO unterbrochen.
- b) Die Forderung eines gemeinsamen Vertreters im Spruchverfahren auf Ersatz seiner Auslagen und Vergütung ist in einem nach seiner Bestellung über das Vermögen eines Antragsgegners eröffneten Insolvenzverfahren eine Insolvenzforderung.

BGH, Beschluss vom 15. Januar 2019 - II ZB 2/16 - OLG Düsseldorf  
LG Köln

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 15. Januar 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, die Richter Sunder und Dr. Bernau sowie die Richterin B. Grüneberg und den Richter Dr. von Selle

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des 26. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. Dezember 2015 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Antragsgegners entschieden worden ist, und wie folgt neu gefasst:

Auf die sofortige Beschwerde des Antragsgegners werden der Beschluss der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 28. Mai 2014 abgeändert und der Festsetzungsantrag des gemeinsamen Vertreters vom 18. September 2013 sowie seine Hilfsanträge vom 13. Januar 2014 zurückgewiesen.

Die Anschlussrechtsbeschwerde des gemeinsamen Vertreters wird zurückgewiesen.

Der gemeinsame Vertreter trägt die Kosten der Rechtsmittelverfahren.

Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens:

75.665,72 €

Gründe:

A.

- 1 Die B. AG war durch Verschmelzungsvertrag vom 7. Oktober 2002 auf die N. AG verschmolzen worden, die nachfolgend in die A. AG (im Folgenden: Schuldnerin) umfirmiert wurde. Zur Überprüfung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses in dem Verschmelzungsvertrag wurde am 8. Juli 2003 von einigen Aktionären ein Spruchverfahren eingeleitet. Mit Beschluss des Landgerichts vom 29. Juli 2003 wurde ein gemeinsamer Vertreter bestellt.
- 2 Am 1. April 2009 wurde über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet und der Antragsgegner zum Insolvenzverwalter bestellt. Dieser zeigte am 8. März 2010 gegenüber dem Insolvenzgericht Masseunzulänglichkeit an.
- 3 Nachdem Vergleichsverhandlungen unter Beteiligung des Antragsgegners gescheitert waren, setzte das Landgericht mit Beschluss vom 26. Juli 2013 auf Grundlage eines Sachverständigengutachtens bare Zuzahlungen in Höhe von 3,02 € je Stammaktie und 2,73 € je Vorzugsaktie der B. AG fest. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der Vergütung und Auslagen des gemeinsamen Vertreters wurden dem Antragsgegner auferlegt. Den Geschäftswert setzte die Kammer auf 7,5 Mio. € fest.
- 4 Das Landgericht hat die Vergütung des gemeinsamen Vertreters antragsgemäß auf 85.665,72 €, abzüglich des bereits durch Beschluss vom 13. September 2004 gewährten Vorschusses in Höhe von 10.000 €, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem

2. Oktober 2013 festgesetzt. Auf die sofortige Beschwerde des Antragsgegners hat das Oberlandesgericht den Beschluss des Landgerichts unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und - soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren von Bedeutung - festgestellt, dass dem gemeinsamen Vertreter die zugesprochene Vergütung einschließlich Zinsen als Masseforderung zustehe.

5           Dagegen richtet sich die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde des Antragsgegners, mit der er die Zurückweisung des Festsetzungsantrags des gemeinsamen Vertreters begehrt. Der gemeinsame Vertreter begehrt im Wege der Anschlussrechtsbeschwerde, den Beschluss des Landgerichts wiederherzustellen.

#### B.

6           Die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners hat Erfolg. Sie führt unter Aufhebung des Beschlusses des Beschwerdegerichts zur Zurückweisung des Antrags des gemeinsamen Vertreters auf Festsetzung seiner Vergütung. Die Anschlussrechtsbeschwerde des gemeinsamen Vertreters ist unbegründet.

7           I. Die Rechtsbeschwerde ist in entsprechender Anwendung von § 85 FamFG, § 104 Abs. 3, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig.

8           Gegen die Beschwerdeentscheidung im Festsetzungsverfahren nach § 6 Abs. 2 Satz 2 SpruchG findet über § 104 Abs. 3 ZPO entsprechend §§ 574 ff. ZPO die Rechtsbeschwerde nach den Vorschriften der ZPO statt, wenn das Beschwerdegericht sie nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO zugelassen hat

(BGH, Beschluss vom 22. Oktober 2013 - II ZB 4/13, ZIP 2013, 2426 Rn. 12 mwN).

9

Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts ist auf das Festsetzungsverfahren § 6 Abs. 2 SpruchG und nicht § 308 Abs. 2 UmwG aF anzuwenden. Für das anzuwendende Recht ist nicht der Zeitpunkt der Einleitung des Spruchverfahrens, sondern der der Einleitung des Festsetzungsverfahrens maßgebend. Dieses Festsetzungsverfahren beginnt erst nach dem Ende des Hauptsacheverfahrens, hier dem Beschluss des Landgerichts vom 26. Juli 2013 in der Hauptsache. Die von Amts wegen vorzunehmende Festsetzung der endgültigen Vergütung ist keine bloße Zwischen- oder Nebenentscheidung des Hauptsacheverfahrens, sondern geschieht in einem davon getrennten selbstständigen Verfahren, an dem nur der gemeinsame Vertreter und der Antragsgegner als Schuldner der Vergütung (§ 6 Abs. 2 Satz 1 SpruchG) beteiligt sind (BGH, Beschluss vom 22. Oktober 2013 - II ZB 4/13, ZIP 2013, 2426 Rn. 5 f.).

10

Auf ein solches Festsetzungsverfahren sind gemäß § 17 Abs. 1 SpruchG die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) anzuwenden. Der Senat hat das bereits für ein Festsetzungsverfahren entschieden, in dem das zugrundeliegende Spruchverfahren nach dem Spruchverfahrensgesetz (SpruchG) vor dem Inkrafttreten des FamFG eingeleitet worden war, das Festsetzungsverfahren auf Grundlage von § 6 Abs. 2 SpruchG aber - wie hier - erst danach (BGH, Beschluss vom 22. Oktober 2013 - II ZB 4/13, ZIP 2013, 2426 Rn. 4 ff. mwN). Nichts anderes gilt, wenn das Spruchverfahren bereits vor dem 1. September 2003 eingeleitet worden war und gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 SpruchG die bis dahin geltenden Vorschriften des Umwandlungsgesetzes weiter anzuwenden waren. Diese Verweisung erfasst - wie die klarstellende Rege-

lung für Beschwerdeverfahren in § 17 Abs. 2 Satz 2 SpruchG zeigt - allein das erstinstanzliche Spruchverfahren und nicht zugleich das sich anschließende Festsetzungsverfahren.

11 II. Die Rechtsbeschwerde ist begründet.

12 1. Das Beschwerdegericht (OLG Düsseldorf, ZIP 2016, 940 ff.) hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

13 a) Der Anspruch des gemeinsamen Vertreters auf Auslagenersatz und Vergütung sei keine Insolvenzforderung, sondern eine sonstige Masseverbindlichkeit gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Daher stehe § 87 InsO seiner Geltendmachung und Durchsetzung nicht entgegen, denn diese würden sich nach den außerhalb des Insolvenzverfahrens geltenden Vorschriften vollziehen. Vorliegend sei das Spruchverfahren nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortgesetzt worden, was allerdings aufgrund der Natur des Spruchverfahrens keine Aufnahme durch den Antragsgegner gemäß §§ 85, 86 InsO erfordert habe.

14 Unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Spruchverfahrens und der besonderen Stellung eines gemeinsamen Vertreters der außenstehenden Aktionäre sowie seiner Aufgaben sei der Vergütungsanspruch des gemeinsamen Vertreters für seine Tätigkeit in dem ungeachtet der Insolvenz der Antragsgegnerin fortgesetzten Spruchverfahren als Masseverbindlichkeit einzustufen. Der gemeinsame Vertreter werde vom Gericht bestellt, um als gesetzlicher Vertreter der nichtantragstellenden antragsberechtigten Anteilsinhaber deren Rechte im Spruchverfahren zu wahren. Mit Blick auf die inter-omnes-Wirkung des Spruchverfahrens solle die Bestellung des gemeinsamen Vertreters das rechtliche Gehör der nichtantragstellenden Aktionäre gewährleisten und sicher-

stellen, dass außenstehende Aktionäre gleichmäßig entschädigt werden, sowie ein "Auskaufen" einzelner Aktionäre verhindern. Diese Bündelung der Gläubigerinteressen liege auch im Interesse der Gesellschaft.

15            Der Vergütungsanspruch des gemeinsamen Vertreters, der zwar dem Grunde nach kraft Gesetzes schon mit der Bestellung entstehe, sei ein einheitlicher Anspruch, dessen konkrete Ausgestaltung und Durchsetzbarkeit noch von der Festsetzung durch das Gericht abhängig sei. Die Festsetzung könne erst nach Abschluss des oft viele Jahre dauernden Spruchverfahrens erfolgen, weil erst dann die für die Höhe der Vergütung maßgeblichen Umstände feststünden und der Geschäftswert festgesetzt werde.

16            Der gemeinsame Vertreter könne sich gegen die Gefahr einer Insolvenz des Kostenschuldners auch nicht durch Vorschusszahlungen hinreichend absichern, da sich der Vorschuss unter Zugrundelegung des Mindestgeschäftswertes von 200.000 € bemesse. Insbesondere dann, wenn der endgültige Geschäftswert erheblich über diesem Wert liege, bleibe der Vorschuss deutlich hinter der angemessenen Vergütung zurück. Würde der Vergütungsanspruch als bloße Insolvenzforderung angesehen, würde sich auch mit Blick auf die erhebliche Dauer der Spruchverfahren daher regelmäßig kein gemeinsamer Vertreter finden, insbesondere dann nicht, wenn ein Insolvenzverfahren schon eröffnet worden ist. Die ordnungsgemäße Durchführung eines Spruchverfahrens wäre so gefährdet.

17            b) Der vom gemeinsamen Vertreter begehrten Festsetzung stehe die Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Antragsgegner entgegen. Bei den Auslagen und der Vergütung des gemeinsamen Vertreters handele es sich um eine Altmasseverbindlichkeit nach § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO, da die Bestel-

lung des gemeinsamen Vertreters nicht nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit erfolgt sei. Dem Antragsteller fehle das notwendige Rechtsschutzinteresse für den Erlass eines gemäß § 210 InsO nicht mehr durchsetzbaren Kostenfestsetzungsbeschlusses nach § 104 ZPO.

18           c) Bei dieser Sachlage sei festzustellen, dass dem gemeinsamen Vertreter - wie von ihm hilfsweise beantragt - für seine Vergütung, Auslagen und Zinsen ein Masseanspruch gemäß § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO in Höhe von 85.665,72 € brutto zustehe.

19           2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Durchführung des Festsetzungsverfahrens war unzulässig.

20           a) Der Zulässigkeit des Festsetzungsverfahrens steht jedoch nicht schon die Unterbrechung des Spruchverfahrens entsprechend §§ 240, 249 ZPO entgegen.

21           aa) Teilweise wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, im Falle der Insolvenz des Antragsgegners sei das Spruchverfahren als "streitiges Verfahren" der freiwilligen Gerichtsbarkeit analog § 240 ZPO kraft Gesetzes unterbrochen, da es die Festlegung der vom Antragsgegner zu gewährenden Ausgleichsverpflichtung, also die Insolvenzmasse betreffe (Antczak/Fritzsche in Dreier/Fritzsche/Verfürth, SpruchG, 2. Aufl., § 5 Rn. 11; Puskajler in KK-AktG, § 11 SpruchG Rn. 57; Wälzholz in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, 174. Lfg. [Stand: 01.10.2016], § 17 SpruchG Rn. 9.1; Jaeger/Windel, InsO, § 85 Rn. 76; Uhlenbruck/Mock, InsO, 15. Aufl., § 85 Rn. 97; Malitz, EWiR 2003, 71, 72; Stürner, in Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 669, 672 ff.; wohl auch Lüke in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 78. Lfg. 11.2018, § 85 Rn. 34; einschränkend Wittgens, Das Spruchverfahrensgesetz, S. 234 ff.). Danach wäre das dem Festsetzungs-



verfahren zugrundeliegende Spruchverfahren seit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin unterbrochen und vorliegend auch nicht wiederaufgenommen worden. Eine Unterbrechung des Spruchverfahrens würde sich auf ein nachfolgendes Festsetzungsverfahren auswirken. Vor dem Ende des Spruchverfahrens kann ein Festsetzungsverfahren nicht beginnen (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Oktober 2013 - II ZB 4/13, ZIP 2013, 2426 Rn. 7). Demnach wäre das Rechtsschutzinteresse des Antragsgegners darauf gerichtet, die unter Verstoß gegen den Verfahrensstillstand ergangenen Entscheidungen allein wegen dieses Verstoßes aufheben zu lassen (vgl. Hk-ZPO/Wöstmann, ZPO, 7. Aufl., § 249 Rn. 10; Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl., § 249 Rn. 10, jeweils mwN).

- 22           bb) Demgegenüber sind die obergerichtliche Rechtsprechung und der überwiegende Teil im Schrifttum der Auffassung, dass ein Spruchverfahren durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des zur Zahlung eines etwaigen Erhöhungsbetrags verpflichteten Antragsgegners nicht in entsprechender Anwendung des § 240 ZPO unterbrochen wird (BayObLGZ 1978, 209, 211 f.; 278, 280 aE; BayObLG, ZInsO 2002, 829, 830; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. Mai 2011 - I-26 W 4/10 [AktE], juris Rn. 16; AG 2012, 797, 798; OLG Frankfurt a.M., ZInsO 2018, 2749, 2750; AG 2016, 667, 668; Beschluss vom 9. April 2010 - 5 W 75/09, juris Rn. 8; Beschluss vom 5. November 2009 - 5 W 48/09, juris Rn. 7 ff.; ZIP 2006, 203, 204; OLG Schleswig, ZIP 2008, 2326, 2327; HansOLG Hamburg, AG 2002, 406, 407; Drescher in Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl., § 5 SpruchG Rn. 8; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 5 SpruchG Rn. 2; MünchKommAktG/Kubis, 4. Aufl., § 5 SpruchG Rn. 1; Simon/Leuering, SpruchG, § 5 Rn. 15; Hölter/Simons, AktG, 3. Aufl., § 5 SpruchG Rn. 5; Klöcker in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 11 SpruchG Rn. 25; Klöcker/Frowein, SpruchG, § 11 Rn. 31; Mennicke in Lutter, UmwG,

5. Aufl., § 11 SpruchG Rn. 18; Cranshaw, jurisPR-InsR 5/2009, Anm. 4; R. Paulus, ZInsO 2007, 1259, 1263; vgl. auch Keidel/Sternal, FamFG, 19. Aufl., § 1 Rn. 39, § 21 Rn. 39; Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 11. Aufl., § 21 Rn. 7; BeckOK-FamFG/Burschel, 28. Ed. 01.10.2018, § 21 Rn. 7; Münch KommFamFG/Pabst, 3. Aufl., § 21 Rn. 21; Ahn-Roth in Prütting/Helms, FamFG, 4. Aufl., § 21 Rn. 5 f.; BeckOK-ZPO/Jaspersen, 31. Ed. 01.12.2018, § 240 Rn. 2.4; Hirte in Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl., § 11 Rn. 406; Braun/Kroth, InsO, 7. Aufl., vor §§ 85-87 Rn. 9; MünchKommInsO/Schumacher, 3. Aufl., vor §§ 85-87 Rn. 48; Graf-Schlicker/Webel, InsO, 4. Aufl., vor § 85 Rn. 2 mit Fn. 14; Jarchow in HamK-InsO, 7. Aufl., § 55 Rn. 63; Jaeger/Henckel, InsO, § 55 Rn. 24), da im Spruchverfahren keine Zahlungsansprüche verfolgt werden. Danach wäre das Spruchverfahren durch die Entscheidung des Landgerichts in der Hauptsache beendet gewesen, so dass an und für sich ein Festsetzungsverfahren beginnen könnte.

23 cc) Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an.

24 (1) In den gemäß § 17 Abs. 1 SpruchG maßgeblichen Vorschriften des FamFG finden sich weder Regelungen über die Unterbrechung des Verfahrens noch eine ausdrückliche Verweisung auf § 240 ZPO.

25 (2) Die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung von § 240 ZPO sind mit Blick auf die Besonderheiten des Spruchverfahrens nicht gegeben.

26 Eine Analogie ist zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie

bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2015 - II ZB 23/14, BGHZ 207, 114, 123 Rn. 23 mwN). Es finden sich schon keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke.

27 (a) Aufgrund der unterschiedlichen Interessenlage zum zivilprozessualen Erkenntnisverfahren besteht kein Bedürfnis für eine entsprechende Anwendung von § 240 ZPO im Spruchverfahren. Ein maßgeblicher Zweck der Unterbrechung, dem Insolvenzverwalter die notwendige Gelegenheit zur Prüfung zu geben, ob und wie er ein Verfahren weiterbetreiben möchte (BGH, Beschluss vom 14. August 2008 - VII ZB 3/08, ZIP 2008, 1941 Rn. 11), kann nicht erreicht werden.

28 Das Spruchverfahren wäre dauerhaft unterbrochen, da es mangels unmittelbaren rechtlichen Bezuges zur Insolvenzmasse nicht nach den für das Insolvenzverfahren geltenden Vorschriften wiederaufgenommen werden könnte. Zum einen betrifft es nicht die Aussonderung eines Gegenstands aus der Insolvenzmasse (§ 86 Abs. 1 Nr. 1 InsO), die abgesonderte Befriedigung (§ 86 Abs. 1 Nr. 2 InsO) oder eine Masseverbindlichkeit (§ 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Zum anderen wäre die Aufnahme des Spruchverfahrens auch nicht im Rahmen von § 87 i.V.m. § 179 Abs. 1, § 180 Abs. 2 InsO möglich, da ein Spruchverfahren von vornherein kein auf einen Leistungstitel gerichteter Rechtsstreit über eine Forderung i.S.v. § 180 Abs. 2 InsO ist. Das Spruchverfahren ist vielmehr auf Feststellung der angemessenen Kompensation ausgerichtet. Eine Leistungsverpflichtung ist nicht Gegenstand des Spruchverfahrens, sondern erst einer ggf. nachfolgenden Leistungsklage (BGH, Beschluss vom 21. Juli 2003 - II ZB 17/01, ZIP 2003, 1745, 1746; BayObLGZ 1978, 209, 213; BayObLG, AG 1999, 273; OLG Düsseldorf, ZIP 2012, 1713, 1716; OLG Frankfurt a.M.,

ZIP 2006, 203, 204; Schwarz in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, 174. Lfg. [Stand: 01.01.1998], § 307 UmwG aF Rn. 39, § 311 UmwG aF Rn. 25 f.; Drescher in Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl., § 5 SpruchG Rn. 8; § 11 SpruchG Rn. 3; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH Konzernrecht, 8. Aufl., § 11 SpruchG Rn. 4; MünchKommAktG/Kubis, 4. Aufl., § 11 SpruchG Rn. 5, jeweils mwN).

29

Die Anteilsinhaber könnten im Fall der dauerhaften Unterbrechung des Spruchverfahrens ihre Ansprüche auch nicht auf anderem Wege geltend machen, da eine gerichtliche Nachprüfung des Umtauschverhältnisses und die Festsetzung einer baren Zuzahlung allein im Rahmen des Spruchverfahrens erfolgen darf (vgl. § 305 UmwG aF i.V.m. § 15 UmwG aF, § 1 Nr. 4 SpruchG). Das Spruchverfahren schließt nach allgemeiner Ansicht in seinem Anwendungsbereich jede andere Art der gerichtlichen Geltendmachung von Abfindungs- und Ausgleichsansprüchen aus (vgl. nur Schwarz in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, 164. Lieferung [Stand: 01.03.2002], § 305 UmwG aF Rn. 2, 8 ff.; zum SpruchG: Drescher in Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl., § 1 SpruchG Rn. 33; Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, 8. Aufl., § 1 SpruchG Rn. 8; MünchKommAktG/Kubis, 4. Aufl., § 1 SpruchG Rn. 2; Hölters/Simons, AktG, 3. Aufl., § 1 SpruchG Rn. 6, 25, jeweils mwN). Dieser Vorrang des Spruchverfahrens würde auch bei einer Unterbrechung entsprechend § 240 ZPO fortwirken, da das Verfahren weiterhin rechtshängig bliebe. Von der Vorrangwirkung sind neben Leistungsklagen auch Feststellungsklagen erfasst und damit ebenfalls Klagen auf Feststellung einer bestimmten Abfindungshöhe zur Insolvenztabelle gemäß § 87 InsO i.V.m. § 179 Abs. 1, § 180 Abs. 1 InsO; diese wären unzulässig.

30 Auch die Geltendmachung von Kostenerstattungsansprüchen oder Auslagen und Vergütung des gemeinsamen Vertreters wäre nicht möglich, da dies eine rechtskräftige Ausgangsentscheidung im Spruchverfahren erfordert.

31 Es käme deshalb einer Rechtsverweigerung gegenüber den Antragstellern gleich, wenn sich ein laufendes Spruchverfahren mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Antragsgegners erledigen würde (vgl. BGH, Urteil vom 17. März 2008 - II ZR 45/06, BGHZ 176, 43, 52 mwN). Auch ein eingeschränktes oder sogar fehlendes wirtschaftliches Interesse der Antragsteller würde ihr Rechtsschutzbedürfnis grundsätzlich nicht entfallen lassen (vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 9. April 2010 - 5 W 75/09, juris Rn. 13 f.; AG 2016, 667, 668, jeweils mwN; vgl. auch OLG Stuttgart, ZIP 2010, 1641, 1643).

32 (b) Die weitere Durchführung des Spruchverfahrens entspricht auch den Interessen aller Beteiligten und dient der Prozessökonomie. Die Bündelung aller Einwendungen gegen die Höhe der Kompensation auf ein Verfahren wahrt nicht nur die Interessen des Insolvenzverwalters als Schuldner der baren Zuzahlung, sondern bietet auch den Antragstellern und den keinen Antrag stellenden Anteilseignern Kostenvorteile gegenüber einer Vielzahl von Verfahren auf Feststellung zur Insolvenztabelle. Letztere wären unzweckmäßig, weil ein Urteil nur zwischen den jeweiligen Parteien wirken würde, aber alle betroffenen Anteilshaber gleich behandelt werden sollen. Verfahren mit unterschiedlichen Ergebnissen zur Kompensation wären schwer erträglich. Ebenso würde eine Vielzahl von Verfahren zudem die Gerichte über Gebühr belasten (Drescher in Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl., § 1 SpruchG Rn. 2).

- 33           Schließlich stieße eine entsprechende Anwendung des § 240 ZPO - aufgrund der gestaltenden Wirkung eines Ausspruchs im Spruchverfahren - auf kaum überwindliche dogmatische Schwierigkeiten. Denn erst die rückwirkende Ergänzung der Ausgleichsleistung führt zu einer Anspruchs begründung für eine bare Zuzahlung. Eine solche gestaltende Wirkung kann aber der bei einer Unterbrechung des Spruchverfahrens erforderlichen normalen Klage, die auf Feststellung der Forderung zur Insolvenztabelle gerichtet wäre, nicht beigemessen werden (vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 9. April 2010 - 5 W 75/09, juris Rn. 17 mwN).
- 34           b) Die Geltendmachung des Anspruchs des gemeinsamen Vertreters der nicht antragstellenden Aktionäre auf Vergütung und Auslagenersatz im Festsetzungsverfahren ist bereits nicht zulässig. Der Anspruch des gemeinsamen Vertreters aus § 6 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 SpruchG auf Ersatz seiner Auslagen und eine Vergütung für seine Tätigkeit im Spruchverfahren gegen den Antragsgegner als Vergütungsschuldner ist keine Masseverbindlichkeit, sondern der gemeinsame Vertreter ist - ebenso wie im Ergebnis der gemeinsame Vertreter der Anleihegläubiger nach § 7 SchVG (BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 - IX ZR 87/16, ZIP 2017, 383 Rn. 11 f.) - Insolvenzgläubiger i.S.v. § 38 InsO. Insolvenzgläubiger können gemäß § 87 InsO ihre Forderungen nur noch nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren geltend machen. Sie haben ihre Forderungen durch Anmeldung zur Insolvenztabelle gemäß §§ 174 ff. InsO zu verfolgen (BGH, Urteil vom 27. April 2017 - IX ZR 198/16, ZIP 2017, 1336 Rn. 9 mwN).
- 35           aa) Die vom Bundesgerichtshof bislang nicht ausdrücklich entschiedene Frage (BGH, Beschluss vom 11. September 2000 - II ZB 21/99, ZIP 2000, 2066, 2067), wie die Vergütungsforderung eines gemeinsamen Vertreters im

Spruchverfahren insolvenzrechtlich zu qualifizieren ist, wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beantwortet.

36 Zum Teil wird in Rechtsprechung und Literatur vertreten, der gemeinsame Vertreter sei Insolvenzgläubiger i.S.v. § 38 InsO und kein Massegläubiger i.S.v. § 53 InsO (BayObLGZ 1978, 278, 281 f.; OLG Frankfurt a.M., ZinsO 2018, 2749, 2750; Bäuerle/Schneider in Braun, InsO, 7. Aufl., § 55 Rn. 14; Cranshaw, jurisPR-InsR 5/2009 Anm. 4; Grub, DZWIR 2002, 432 f.; Jarchow in HamK-InsO, 7. Aufl., § 55 Rn. 63; Mennicke, in Lutter, UmwG, 5. Aufl., § 15 SpruchG Rn. 11, 21; H. F. Müller, WuB II A. § 306 AktG 1.01; Chr. Paulus, EWIR 2016, 505, 506; R. Paulus, ZinsO 2007, 1259, 1264; Stürner, FS Uhlenbruck, 669, 678 ff.; vgl. auch Lüke/Blenske, EWIR 1998, 581, 582).

37 Die - auch vom Beschwerdegericht vertretene (OLG Düsseldorf, ZIP 2016, 940, 941) - Gegenauffassung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. Mai 2011 - I-26 W 4/10 (AktE), juris Rn. 17 [zum Kostenvorschussanspruch]; OLG München, WM 2010, 1605, 1609; Dreier, in Dreier/Fritzsche/Verfürth, 2. Aufl., § 6 Rn. 65; für den Kostenvorschussanspruch - indes jeweils ohne ausdrückliche rechtliche Festlegung - wohl auch BayObLG, ZIP 1998, 1876, 1877; ZIP 1998, 1877; OLG Schleswig, ZIP 2008, 2326, 2327 f.; zustimmend MünchKommAktG/Bilda, 2. Aufl., § 306 aF Rn. 96 Fn. 129 aE; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH Konzernrecht, 8. Aufl., § 11 SpruchG Rn. 17; Hüffer, AktG, 5. Aufl., § 306 aF Rn. 17 aE; Hacker/Kamke, NZI 2016, 602 f.; Hirte in Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl., § 11 Rn. 406; KK-AktG/Wasmann, 3. Aufl., § 6 SpruchG Rn. 37; Nordmeyer, Die Institution des gemeinsamen Vertreters im gesellschaftsrechtlichen Spruchverfahren, S. 199) stellt im Wesentlichen auf eine Ähnlichkeit zur Stellung des Insolvenz-

verwalters und praktische Erwägungen im Hinblick auf die reibungslose Durchführung eines Spruchverfahrens ab und ordnet die Vergütungsforderung als vorab aus der Masse zu befriedigende Masseverbindlichkeit ein.

38 bb) Der Senat schließt sich der erstgenannten Auffassung an, wonach der gemeinsame Vertreter mit seiner Auslagen- und Vergütungsforderung aus § 6 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 SpruchG Insolvenzgläubiger ist.

39 Weder die §§ 305 ff. AktG aF bzw. §§ 305 ff. UmwG aF noch die Vorschriften des Spruchverfahrensgesetzes enthielten oder enthalten Regelungen für den Fall der Insolvenz des ursprünglichen Antragsgegners. Für die Beurteilung, ob die Vergütungs- und Auslagenforderung eines gemeinsamen Vertreters in der Insolvenz des Antragsgegners zur Tabelle anzumelden oder als Masseverbindlichkeit vorab aus der Masse zu berichtigen ist, sind deshalb die Normen des Insolvenzrechts maßgebend (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 - IX ZR 87/16, ZIP 2017, 383 Rn. 14). Diese lassen die - vom Beschwerdegericht vorgenommene - Qualifizierung der Vergütungsforderung des gemeinsamen Vertreters gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 SpruchG als Masseverbindlichkeit nicht zu.

40 (1) Nach § 38 InsO sind Insolvenzgläubiger die persönlichen Gläubiger, die einen zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner haben. Eine solche Insolvenzforderung i.S.d. § 38 InsO liegt vor, wenn der anspruchsbegründende Tatbestand schon vor Verfahrenseröffnung abgeschlossen ist, mag sich eine Forderung des Gläubigers daraus auch erst nach Beginn des Insolvenzverfahrens ergeben. Nur die rechtliche Grundlage des Anspruchs muss schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sein. Unerheblich ist, ob die Forderung selbst



schon entstanden oder fällig ist (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 6. November 1978 - VIII ZR 179/77, BGHZ 72, 263, 265 f.; Beschluss vom 22. September 2011 - IX ZB 121/11, NZI 2011, 953 Rn. 3; Beschluss vom 6. Februar 2014 - IX ZB 57/12, ZIP 2014, 480 Rn. 10).

41            So liegt es hier. Der gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 SpruchG gegen den Antragsgegner gerichtete Anspruch des gemeinsamen Vertreters auf Auslagenersatz und Vergütung entsteht dem Grunde nach mit der Bestellung unmittelbar aus dem Gesetz (vgl. nur Wälzholz, in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, 174. Lfg. [Stand: 01.11.2015], § 6 SpruchG Rn. 45; zum früheren Recht auch Schwarz, in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, 174. Lfg. [Stand: 01.01.1998], § 308 UmwG aF Rn. 40). Insoweit handelt es sich um einen rechtlich selbstständigen prozessualen Kostenerstattungsanspruch, der im Prozessrechtsverhältnis wurzelt und verschuldensunabhängig an die Veranlassung der Kosten anknüpft, mithin hier an den umwandlungsrechtlichen Vorgang der Verschmelzung. Er entsteht aufschiebend bedingt erst mit der wirksamen Bestellung nach Einleitung des Spruchverfahrens und ist deshalb dann eine Insolvenzforderung i.S.v. § 38 InsO, wenn - wie hier - das Spruchverfahren vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begonnen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Februar 2014 - IX ZB 57/12, ZIP 2014, 480 Rn. 14 mwN; Urteil vom 1. Dezember 2005 - IX ZR 115/01, ZIP 2006, 194 Rn. 25 mwN). Auf den jeweiligen Entstehungszeitpunkt der angefallenen Gebühren kommt es nicht an (BGH, Beschluss vom 17. März 2005 - IX ZB 247/03, ZIP 2005, 817, 818 mwN). Dementsprechend geht auch das Beschwerdegericht im Ausgangspunkt zutreffend davon aus, dass der Vergütungsanspruch des gemeinsamen Vertreters bereits mit seiner Bestellung durch den Beschluss des Landgerichts vom 29. Juli 2003 begründet worden ist, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens

rens über das Vermögen der jetzigen Schuldnerin am 1. April 2009 lag, und damit grundsätzlich eine einfache Insolvenzforderung i.S.d. § 38 InsO ist.

42 (2) Die Vergütungsforderung des gemeinsamen Vertreters kann auch nicht aus anderen Gründen als Masseverbindlichkeit qualifiziert werden.

43 Masseverbindlichkeiten sind zunächst die Kosten des Insolvenzverfahrens (§ 53 Fall 1 InsO). Was Kosten des Insolvenzverfahrens sind, ist in § 54 InsO gesetzlich bestimmt, nämlich die Gerichtskosten für das Insolvenzverfahren (§ 54 Nr. 1 InsO) sowie die Vergütungen und Auslagen des vorläufigen Insolvenzverwalters, des Insolvenzverwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses (§ 54 Nr. 2 InsO). Der Vergütungsanspruch des gemeinsamen Vertreters der keinen Antrag stellenden Aktionäre in einem Spruchverfahren ist in § 54 InsO nicht genannt.

44 Bei der Vergütungsforderung des gemeinsamen Vertreters handelt es sich nicht um Kosten des Insolvenzverfahrens gemäß § 54 Nr. 2 InsO analog. Eine entsprechende Anwendung des § 54 InsO auf den Vergütungsanspruch des gemeinsamen Vertreters kommt nicht in Betracht. Die in § 54 InsO getroffene Bestimmung, welche Kosten als Kosten des Insolvenzverfahrens gelten und vorrangig aus der Masse zu berichtigen sind, ist grundsätzlich abschließend (BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 - IX ZR 87/16, ZIP 2017, 383 Rn. 16). Hinzu kommt, dass Tätigkeit und Aufgaben eines gemeinsamen Vertreters nicht mit denen eines Insolvenzverwalters, Sachwalters, Treuhänders oder Mitglieds des Gläubigerausschusses im Insolvenzverfahren vergleichbar sind. Diese am Insolvenzverfahren Beteiligten sind für die Gesamtheit der Gläubiger tätig und haben dabei stets deren Interessen zu wahren. Bei Verletzung ihrer insolvenzspezifischen Pflichten sind sie zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens

verpflichtet (BGH, Beschluss vom 14. Juli 2016 - IX ZB 46/15, ZIP 2016, 1688 Rn. 15). Die Bestellung des gemeinsamen Vertreters erfolgt hingegen allein für die ordnungsgemäße Durchführung eines Spruchverfahrens und nicht im Hinblick auf ein Insolvenzverfahren (Hölters/Simons, AktG, 3. Aufl., § 6 SpruchG Rn. 26). Der gemeinsame Vertreter hat auch nicht die Aufgabe, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt wird (vgl. § 1 Satz 1 InsO), oder den Insolvenzverwalter bei seiner Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen (§ 69 Satz 1 InsO), sondern er vertritt ausschließlich die Interessen der von ihm vertretenen Gläubiger, nämlich der keinen Antrag stellenden Anteilsinhaber (BGH, Beschluss vom 22. Oktober 2013 - II ZB 4/13, ZIP 2013, 2426 Rn. 19 mwN; KK-AktG/Wasmann, 3. Aufl., § 6 SpruchG Rn. 11 auch zu § 308 UmwG aF). Die nicht antragstellenden Anteilsinhaber sollen auf diese Weise im Hinblick auf die gemäß § 311 Satz 2 UmwG aF (jetzt § 13 Satz 2 SpruchG) für und gegen alle wirkende rechtskräftige Entscheidung im Spruchverfahren rechtliches Gehör erhalten (BayObLGZ 1991, 358 f.; MünchKommAktG/Bilda, 2. Aufl., § 306 aF Rn. 77; Schwarz in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, 174. Lfg. [Stand: 01.01.1998], § 308 UmwG aF Rn. 2, 36 jeweils mwN; Drescher in Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl., § 6 SpruchG Rn. 1 mwN). Der gemeinsame Vertreter nimmt gerade nicht als eine Partei kraft Amtes die Rechte der Antragsberechtigten wahr, die nicht selbst Antragsteller sind, sondern ist gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 SpruchG lediglich deren gesetzlicher Vertreter (BVerfG, ZIP 2007, 1600; BGH, Beschluss vom 29. September 2015 - II ZB 23/14, BGHZ 207, 114 Rn. 21). Seine gesetzliche Vertretungsmacht ist zudem auf das Spruchverfahren beschränkt (Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl., § 6 SpruchG Rn. 12; MünchKommAktG/Kubis, 4. Aufl., § 6 SpruchG Rn. 14). Allein die Antragsteller

und die nicht antragstellenden Aktionäre, hingegen nicht der gemeinsame Vertreter, sind berechtigt, ihre Zahlungsansprüche auf Grundlage der im Spruchverfahren bezifferten angemessenen Gegenleistung ggf. im Wege der Leistungsklage durchzusetzen (BayObLGZ 1978, 209, 212; Drescher in Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl., § 13 SpruchG Rn. 4; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl., § 13 SpruchG Rn. 6; Klöcker in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 16 SpruchG Rn. 2, 4; vgl. auch Schwarz in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, 174. Lfg. [Stand: 01.01.1998], § 311 UmwG aF Rn. 25). Der gemeinsame Vertreter ist hingegen weder verpflichtet noch berechtigt, für die von ihm im Spruchverfahren vertretenen nicht antragstellenden Aktionäre im Rahmen eines Insolvenzverfahrens Erklärungen abzugeben, etwa Forderungen zur Tabelle anzumelden.

45           (3) Die Vergütungsforderung des gemeinsamen Vertreters aus § 6 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 SpruchG ist auch keine sonstige Masseverbindlichkeit (§ 53 Fall 2, § 55 InsO). Dies sind nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO unter anderem solche Verbindlichkeiten, die durch Handlungen des Insolvenzverwalters oder in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet werden, ohne zu den Kosten des Insolvenzverfahrens zu gehören.

46           (a) Der gemeinsame Vertreter wurde nicht durch den Antragsgegner als Insolvenzverwalter, sondern durch das Landgericht bereits Jahre vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin bestellt. Ferner fehlt es bei dem Vergütungsanspruch des gemeinsamen Vertreters an dem notwendigen Bezug zur Insolvenzmasse, weil der gemeinsame Vertreter ausschließlich im Interesse der von ihm vertretenen nicht antragstellenden Aktionäre tätig wird. Zu einer Rücksichtnahme auf die Interessen des Antragsgegners

im Spruchverfahren ist er nicht verpflichtet. Eine Tätigkeit, die allenfalls mittelbar einen effektiven Ablauf des Insolvenzverfahrens fördert, stellt den erforderlichen Massebezug aber nicht her (BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 - IX ZR 87/16, ZIP 2017, 383 Rn. 21). Die Vergütungsforderung des gemeinsamen Vertreters knüpft auch nicht an einen zur verwalteten Masse gehörigen Vermögensgegenstand an. Ein bloßer Bezug zur Schuldenmasse als der Gesamtheit der Verbindlichkeiten des Schuldners genügt nicht. Der in § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO verwendete und in § 35 Abs. 1 InsO definierte Begriff der Insolvenzmasse umfasst das Vermögen des Schuldners im Sinne der Aktiva, nicht seine Verbindlichkeiten (BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 - IX ZR 87/16, ZIP 2017, 383 Rn. 21).

- 47 (b) Die Vergütungsforderung des gemeinsamen Vertreters ist auch nicht durch den Grundsatz des einheitlichen Kostenerstattungsanspruchs (BGH, Beschluss vom 28. Juni 2016 - II ZR 364/13, ZIP 2016, 1490 Rn. 10 f. mwN; Beschluss vom 28. September 2006 - IX ZB 312/04, ZIP 2006, 2132 Rn. 13 f.; Beschluss vom 9. Februar 2006 - IX ZB 160/04, ZIP 2006, 576 Rn. 15, jeweils mwN) zur Masseverbindlichkeit geworden. Danach sind im Falle der Fortführung eines gemäß § 240 ZPO unterbrochenen Verfahrens nach wirksamer Aufnahme gemäß § 250 ZPO und den für das Insolvenzverfahren geltenden Vorschriften die dem Insolvenzverwalter auferlegten Kosten insgesamt als Masseverbindlichkeit i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu qualifizieren. Eine Aufteilung der Forderung aus dem prozessualen Kostenerstattungsanspruch in eine Insolvenzforderung für den Zeitraum bis zur Unterbrechung und eine Masseverbindlichkeit für den Zeitraum nach Aufnahme erfolgt innerhalb derselben Instanz nicht (BGH, Beschluss vom 28. September 2006 - IX ZB 312/04, ZIP 2006, 2132 Rn. 14; Beschluss vom 28. Juni 2016 - II ZR 364/13, ZIP 2016, 1490 Rn. 10 mwN). Vorliegend wurde das Spruchverfahren nach Insolvenzeröffnung

indes zu Recht ohne Unterbrechung fortgeführt, da § 240 ZPO auf das Spruchverfahren nicht entsprechend anwendbar ist.

48 (c) Durch die Kostenentscheidung des Landgerichts im Spruchverfahren mit Beschluss vom 26. Juli 2013 wurde die Vergütungsforderung ebenfalls nicht - für das nachfolgende Festsetzungsverfahren bindend - als Masseverbindlichkeit eingeordnet. In dem rechtskräftigen Beschluss wurden dem Antragsgegner lediglich die Kosten des Verfahrens einschließlich der Vergütung und Auslagen des gemeinsamen Vertreters auferlegt, ohne dass eine Einordnung der Vergütung und Auslagen des gemeinsamen Vertreters als Masseverbindlichkeit oder als Insolvenzforderung erfolgte. Werden einem Insolvenzverwalter als Partei die Kosten des Verfahrens - ganz oder teilweise - auferlegt, soll dies zwar grundsätzlich so zu verstehen sein, dass diese Kostenforderungen nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO Masseverbindlichkeiten sein sollen (BAG, ZIP 2007, 2141 Rn. 21). Hierfür soll maßgeblich sein, dass der Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens in einem aufgenommenen Rechtsstreit Partei kraft Amtes ist (BAG, ZIP 2015, 1181 Rn. 9 mwN). Aus der Parteistellung des Insolvenzverwalters ergebe sich materiell-rechtlich, dass die von ihm als Partei zu tragenden Verfahrenskosten - vom Ausnahmefall des § 86 Abs. 2 InsO abgesehen - Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO sind, da sie durch die Verwaltung der Insolvenzmasse begründet würden (BAG, ZIP 2007, 2141 Rn. 18). Unabhängig davon, ob dies auch für Verfahren gelten kann, in denen es - wie vorliegend - von vornherein an einer für die Begründung einer Masseverbindlichkeit kausalen Handlung des Insolvenzverwalters in Form der Aufnahme des Verfahrens sowie dem notwendigen Bezug zur Insolvenzmasse fehlt, hat das Landgericht keine Entscheidung zur insolvenzrechtlichen Qualifikation der Kosten getroffen. Es war vielmehr ausdrücklich der Auffassung, dass die insolvenzrechtliche Qualifikation der Kostenerstattungsansprüche dem Kos-

tenfestsetzungsverfahren zu überlassen sei. Da sich die Kostengrundscheidung für die Vergütungsforderung des gemeinsamen Vertreters unmittelbar aus § 6 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 SpruchG bzw. § 308 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 UmwG aF ergibt, die Entscheidung im Beschluss des Landgerichts überflüssig und damit allenfalls deklaratorisch war, liegt es auf der Hand, dass das Landgericht daher erst recht keine Ausführungen zur insolvenzrechtlichen Qualifikation der Vergütungsforderung für angezeigt hielt.

49 (4) Eine entsprechende Anwendung von § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO im Hinblick auf die Vergütungsforderung des gemeinsamen Vertreters kommt ebenfalls nicht in Betracht. Zweifelhaft ist bereits, ob es eine unbeabsichtigte, planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes darstellt, dass weder im Spruchverfahrensgesetz oder den Vorgängerregelungen noch in der Insolvenzordnung geregelt ist, ob es sich bei dem Vergütungsanspruch des gemeinsamen Vertreters im Falle der Insolvenz des zur Zahlung verpflichteten Unternehmens um eine Masseverbindlichkeit handelt. Jedenfalls fehlt es an der weiteren Voraussetzung einer Analogie. Der zu beurteilende Sachverhalt ist mit dem in § 55 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 InsO geregelten Sachverhalt nicht soweit vergleichbar, dass angenommen werden könnte, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie beim Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 - IX ZR 87/16, ZIP 2017, 383 Rn. 24 mwN). Angesichts des Postulats einer Gleichbehandlung der Gläubiger im Insolvenzverfahren, der lediglich zu Gunsten eines Teils der Gläubiger und allein auf Erhöhung der Schuldenmasse gerichteten Tätigkeit des gemeinsamen Vertreters sowie der nicht unerheblichen Höhe der zu beanspruchenden Vergütung und der damit verbundenen Gefahr einer Auszehrung der Masse erscheint es fraglich, ob der Gesetzgeber den Vergütungsanspruch

uneingeschränkt als Masseverbindlichkeit qualifiziert hätte oder nicht vielmehr den Schutz des gemeinsamen Vertreters über die Möglichkeit der Vorschusszahlung für hinreichend erachtet hat. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts sind die Vermögensinteressen des gemeinsamen Vertreters, für den zudem keine Pflicht besteht, das ihm übertragene Amt anzunehmen, auch bereits über die Regelung zur Zahlung von Vorschüssen hinreichend geschützt.

50 (5) Der Vergütungsanspruch des gemeinsamen Vertreters kann schließlich auch nicht in direkter oder entsprechender Anwendung von § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO als Masseverbindlichkeit eingeordnet werden. Die Pflicht zur Zahlung der Vergütung beruht nicht auf einem zwischen dem gemeinsamen Vertreter und der späteren Schuldnerin geschlossenen Vertrag mit synallagmatischen Leistungspflichten, sondern auf der gesetzlichen Bestimmung des § 6 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 SpruchG. Die Voraussetzungen einer Analogie liegen ebenfalls nicht vor. Zweck der Regelung in § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist der Schutz des Vertragspartners eines Schuldners, der auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an die Masse leisten muss. Eine vergleichbare Lage besteht bei dem nur den keinen Antrag stellenden Anteilsinhabern, nicht aber der Schuldnerin verpflichteten gemeinsamen Vertreter nicht (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 - IX ZR 87/16, ZIP 2017, 383 Rn. 25).

51 III. Die Anschlussrechtsbeschwerde hat keinen Erfolg; sie ist unbegründet. Entgegen der Auffassung des gemeinsamen Vertreters ist seine Vergütungsforderung keine sog. Neumasseverbindlichkeit i.S.v. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Darunter fallen Masseverbindlichkeiten, die nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet worden sind, ohne zu den Kosten des Verfahrens zu gehören. Die Vergütungsforderung des gemeinsamen Vertreters ist zum einen schon keine Masseverbindlichkeit und wurde zum anderen bereits vor der An-



zeige der Masseunzulänglichkeit durch den Antragsgegner am 8. März 2010 mit seiner Bestellung zum gemeinsamen Vertreter durch Beschluss vom 29. Juli 2003 begründet.

52 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Obwohl die Vorschriften über die Kostentragung (§§ 91 ff. ZPO) in § 85 FamFG nicht ausdrücklich aufgeführt sind, erfasst die dortige Verweisung auch die Kostenvorschriften der ZPO, da diese auf das kontradiktorische Verfahren besser passen als die §§ 81 ff. FamFG (BGH, Beschluss vom 22. Oktober 2013 - II ZB 4/13, ZIP 2013, 2426 Rn. 21 mwN).

Drescher

Sunder

Bernau

B. Grüneberg

von Selle

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 28.05.2014 - 82 O 104/03 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 14.12.2015 - I-26 W 17/14 [AktE] -