



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX ZB 193/08

vom

12. März 2009

in dem Gesamtvollstreckungsverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO §§ 318, 319, 321, 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, InsO §§ 4, 7

Die nachträgliche Zulassung der Rechtsbeschwerde ist nicht bindend, wenn das Beschwerdegericht bei seiner ursprünglichen Entscheidung irrtümlich davon ausgegangen ist, die Rechtsbeschwerde sei schon nach dem Gesetz statthaft.

BGH, Beschluss vom 12. März 2009 - IX ZB 193/08 - LG Schwerin
AG Schwerin

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Richter Prof. Dr. Kayser, Raebel, die Richterin Lohmann, die Richter Dr. Pape und Grupp

am 12. März 2009

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss der 5. Zivilkammer des Landgerichts Schwerin vom 9. Juli 2008, berichtigt durch Beschluss vom 13. August 2008, wird auf Kosten des weiteren Beteiligten zu 1 als unzulässig verworfen.

Der Wert des Beschwerdegegenstandes wird auf 152.408,29 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Der (weitere) Beteiligte zu 1 war Verwalter in dem am 2. September 1997 eröffneten Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der Schuldnerin. Mit Beschluss des Gesamtvollstreckungsgerichts vom 28. September 2004 wurde er entlassen.
- 2 Mit Schriftsatz vom 8. November 2004 hat der Beteiligte zu 1 beantragt, seine restliche Vergütung abzüglich entnommener Vorschüsse auf weitere

81.325,46 € festzusetzen. Hierauf hat das Insolvenzgericht wegen Verwirkung des Anspruchs die Vergütung auf 0,00 € festgesetzt und ihn zugleich aufgefordert, die bereits entnommenen Vorschüsse an die Masse zurückzuleisten. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde hatte keinen Erfolg. Nach Zurückweisung der Beschwerde durch Beschluss vom 9. Juli 2008 hat das Beschwerdegericht in einem weiteren Beschluss vom 13. August 2008 den Tenor seiner Entscheidung dahingehend ergänzt, dass die Rechtsbeschwerde zugelassen werde. Nach der Begründung dieser Entscheidung war es bei Erlass des Beschlusses vom 9. Juli 2008 irrtümlich von der Anwendbarkeit des § 7 InsO auf Rechtsbeschwerden gegen Entscheidungen der Beschwerdegerichte im Gesamtvollstreckungsverfahren ausgegangen.

3 Mit der Rechtsbeschwerde erstrebt der Beteiligte zu 1 die Festsetzung seiner Vergütung unter Berücksichtigung entnommener Vorschüsse von 83.216, 22 € auf noch 69.192,07 €.

II.

4 Die Rechtsbeschwerde ist nicht statthaft.

5 1. Die Rechtsbeschwerde nach §§ 6, 7 InsO, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO ist nicht gegeben. § 7 InsO ist gemäß Art. 103 Satz 1 EGVsO auf den Rechtsmittelzug in Verfahren nach der Gesamtvollstreckungsordnung nicht anzuwenden (BGH, Beschl. v. 15. Januar 2004 - IX ZB 62/03, ZInsO 2004, 274, 275). Die Rechtsbeschwerde ist in diesen Verfahren nur dann statthaft, wenn sie in dem Beschluss, mit dem über die sofortige Beschwerde entschieden wurde, gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO ausdrücklich zugelassen worden ist

(vgl. BGH, Beschl. v. 24. November 2003 - II ZB 37/02, NJW 2004, 779; Zöller/ Heßler, ZPO 27. Aufl. § 574 Rn. 14; Hk-ZPO/Kayser, 2. Aufl. § 574 Rn. 14).

6 2. Eine das Rechtsbeschwerdegericht nach § 574 Abs. 3 Satz 2 ZPO bindende Zulassung liegt nicht vor.

7 a) Bei dem Beschluss vom 13. August 2008 handelt es sich - ungeachtet seiner Bezeichnung durch das Beschwerdegericht als Berichtigungsbeschluss - nach Tenor und Gründen um eine Ergänzungsentscheidung entsprechend § 321 ZPO, die jedoch unzulässig ist. Der Bundesgerichtshof (Beschl. v. 24. November 2003 aaO) hat für § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO entschieden, dass eine im Beschwerdebeschluss unterbliebene Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht durch einen Ergänzungsbeschluss nachgeholt werden kann. Enthält der Beschluss keinen Ausspruch der Zulassung, so heißt das, dass die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen wird. Eine nachträgliche Zulassung holt nicht, wie in § 321 ZPO vorausgesetzt wird, eine unterbliebene Entscheidung nach, sondern widerspricht entgegen § 318 ZPO der bereits getroffenen Entscheidung und ändert sie ab. Dies gilt sowohl für die Zulassung der Revision nach § 543 ZPO n.F. als auch für den vergleichbaren Fall der Zulassung der Rechtsbeschwerde durch Ergänzungsbeschluss (BGH, Beschl. v. 24. November 2003 aaO).

8 b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann zwar eine Berichtigung des Beschlusses, in den eine beschlossene Zulassung versehentlich nicht aufgenommen wurde, nach § 319 ZPO erfolgen. Dass die Zulassung der Rechtsbeschwerde beschlossen und nur versehentlich nicht im Beschluss ausgesprochen war, muss sich dann aber aus dem Zusammenhang des Be-

schlusses selbst oder mindestens aus den Vorgängen bei seinem Erlass oder seiner Verkündung ergeben, weil nur dann eine "offenbare" Unrichtigkeit vorliegen kann (BGH, Beschl. v. 24. November 2003 aaO; vgl. BGHZ 20, 188, 191 f; 78, 22 für die gleich gelagerten Fälle der Zulassung der Revision nach § 546 ZPO a.F.).

9 Der Beschluss vom 13. August 2008 ist zwar vom Beschwerdegericht getroffen worden, um den Beschluss vom 9. Juli 2008 zu berichtigen. Aus der Begründung der Entscheidung ergibt sich aber, dass es sich tatsächlich nicht um eine Berichtigung handelt. Das Beschwerdegericht ist bei der Beratung der Sache aufgrund Rechtsirrtums von der Anwendbarkeit des § 7 InsO ausgegangen. Eine Zulassung der Rechtsbeschwerde hat es deshalb nicht für erforderlich gehalten. Der Beschluss gab das Ergebnis der Beratung vollständig und richtig wieder.

10 Auch die weitere Voraussetzung, aus dem Zusammenhang des Beschlusses selbst oder zumindest aus den Vorgängen, die zu seinem Erlass geführt haben, müsse sich ergeben, dass eine "offenbare" Unrichtigkeit vorliegt, ist nicht erfüllt. Weder aus dem Beschluss selbst noch aus den Umständen, die zum Erlass der Entscheidung geführt haben, ist der Wille des Beschwerdegerichts zu entnehmen, die Rechtsbeschwerde zuzulassen. Obwohl der Senat schon 2004 entschieden hat, dass die Rechtsbeschwerde im Gesamtvollstreckungsverfahren nur statthaft ist, wenn sie vom Beschwerdegericht ausdrücklich zugelassen ist (BGH, Beschl. v. 15. Januar 2004 aaO), hat sich das Beschwerdegericht in dem am 8. Juli 2008 getroffenen Beschluss weder im Tenor noch in den Gründen zur Zulassung der Rechtsbeschwerde geäußert. Dieses Schweigen reicht aus, um von einer Nichtzulassung auszugehen (Hk-ZPO/Kayser, aaO).

- 11 c) Eine ergänzende Zulassung der Rechtsbeschwerde analog § 321a ZPO, die möglich ist, wenn in der Beschwerdeentscheidung durch willkürliche Nichtzulassung ein Verfahrensgrundrecht des Beschwerdeführers verletzt worden ist (BGH, Beschl. v. 19. Mai 2004 - IXa ZB 182/03, NJW 2004, 2529; v. 4. Juli 2007 - VII ZB 28/07, WM 2007, 2035, 2036), kommt vorliegend nicht in Betracht. Eine Verletzung von Verfahrensgrundrechten des Beschwerdeführers wird von der Rechtsbeschwerde nicht geltend gemacht. Sie ist auch nicht gegeben.
- 12 d) Eine Bindung des Senats durch den Berichtigungsbeschluss vom 13. August 2008 ist nicht eingetreten. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entfalten fehlerhafte Berichtigungsbeschlüsse, die erkenn-

bar keine gesetzliche Grundlage haben, trotz formeller Rechtskraft keine verbindliche Wirkung (BGHZ 20, 188, 192 f; BGH, Urt. v. 9. November 1994 - XII ZR 184/93, NJW 1995, 1033; Beschl. v. 11. Mai 2004 - VI ZB 19/04, NJW 2004, 2389).

Kayser

Raebel

Lohmann

Pape

Grupp

Vorinstanzen:

AG Schwerin, Entscheidung vom 05.01.2006 - 58 N 557/97 -

LG Schwerin, Entscheidung vom 09.07.2008 - 5 T 31/06 -