BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX ZB 88/09

vom

15. November 2012

in dem Insolvenzverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

InsO § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 63 Abs. 1, § 65; InsVV § 11 Abs. 1 Satz 4

a) § 11 Abs. 1 Satz 4 InsVV ist unwirksam, soweit er anordnet, dass der Wert von Gegenständen, an denen Aussonderungsrechte bestehen, der Berechnungsgrundlage für die Vergütung des vorläufigen Verwalters hinzuzurechnen ist.

b) Forderungen sind auch bei der Berechnungsgrundlage für die Vergütung des vorläufigen Verwalters mit ihrem Verkehrswert, nicht mit dem Nominalwert anzusetzen.

c) Für die Vergütung des vorläufigen Verwalters, der das Unternehmen des Schuldners fortgeführt hat, ist bei der Berechnungsgrundlage nur der Überschuss zu berücksichtigen.

BGH, Beschluss vom 15. November 2012 - IX ZB 88/09 - LG Düsseldorf
AG Düsseldorf

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

am 15. November 2012
beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss der 25. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 5. März 2009 wird auf Kosten des vorläufigen Insolvenzverwalters zurückgewiesen.

Der Wert des Verfahrens der Rechtsbeschwerde wird auf 281.187,67 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Die Schuldnerin, eine GmbH & Co. KG, hatte den Zweck, ein Einkaufszentrum zu planen, zu errichten, zu vermieten und zu verwalten. Hierzu kaufte sie von der D. AG ein Grundstück zum Kaufpreis von 89.476.079,21 €. Zur Sicherung des Eigentumsübertragungsanspruchs wurde zugunsten der Schuldnerin eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Den Kaufpreis zahlte die Schuldnerin nicht. Sie nahm jedoch bei einer Bank ein Darlehen auf, das mit 10 Mio. DM valutierte und durch eine an dem Grundstück bestellte Grundschuld gesichert war. Die D. AG bezahlte deshalb

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

schließlich 5.675.000 € an die Bank, damit diese im Gegenzug die Löschung der Grundschuld an dem Grundstück bewilligte.

2 Nach Eigenantrag vom 18. Dezember 2006 ordnete das Insolvenzgericht am 2. Januar 2007 die Einholung eines Sachverständigengutachtens des weiteren Beteiligten zu 2 dazu an, ob Sicherungsmaßnahmen zu treffen seien, ein Eröffnungsgrund vorliege und eine kostendeckende Masse vorhanden sei.

3 Auf Anregung des weiteren Beteiligten zu 2 bestellte das Insolvenzgericht diesen am 3. Januar 2007 zum vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt. Am 16. April 2007 eröffnete das Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin.

4 Am 1. September 2008 beantragte der vorläufige Insolvenzverwalter seine Vergütung auf 247.738,38 € zuzüglich 1.000 € Auslagen und 19 v.H. Umsatzsteuer in Höhe von 47.260,29 € festzusetzen, zusammen 295.998,63 €. Als Berechnungsgrundlage legte er dabei einen Wert von 92.640.701,37 € zugrunde, in dem der Grundstückswert in Höhe von 89.476.079,20 € und der Anspruch auf Erstattung der Grunderwerbsteuer in Höhe von 3.131.663,77 € enthalten waren. Hieraus errechnete er eine Regelvergütung gemäß § 2 InsVV in Höhe von 990.953,51 €, wovon er 25 v.H. beansprucht.

5 Das Amtsgericht hat die Vergütung auf 11.996,36 € zuzüglich Auslagen von 449,86 € und Umsatzsteuer von 2.364,78 €, zusammen 14.811 € festgesetzt. Hiergegen legten die Gläubigerin und der vorläufige Insolvenzverwalter sofortige Beschwerde ein, denen das Insolvenzgericht nicht abhalf. Beide Beschwerden sind ohne Erfolg geblieben. Das Landgericht entschied über sie am selben Tage in zwei gesonderten Beschlüssen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

6 Mit der Rechtsbeschwerde gegen den seine sofortige Beschwerde zurückweisenden Beschluss verfolgt der vorläufige Insolvenzverwalter seinen Vergütungsanspruch in vollem Umfang weiter.

II.

7 Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§§ 4, 6 Abs. 1, §§ 7, 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 64 Abs. 3 InsO, Art. 103f EGInsO, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und zulässig (§ 574 Abs. 2, § 575 ZPO). Sie ist jedoch unbegründet.

8 1. Das Beschwerdegericht hat gemeint, der Wert des Grundstücks gehöre nicht zur Berechnungsgrundlage. Nach § 11 Abs. 1 Satz 4 InsVV seien Vermögensgegenstände, an denen bei Verfahrenseröffnung Aus- und Absonderungsrechte bestehen, der Berechnungsgrundlage zuzurechnen, sofern sich der Verwalter in erheblichem Umfang damit befasst habe. Dementsprechend sei der durch Vormerkung gesicherte Eigentumsübertragungsanspruch in die Berechnungsgrundlage einzubeziehen. Der Wert dieses Anspruchs sei jedoch Null, weil zum Vollzug die Zahlung des Kaufpreises von 89.476.029,71 € erforderlich sei. Das Grundstück selbst sei für die Schuldnerin ein fremder Gegenstand.

9 Auch der vom (endgültigen) Insolvenzverwalter vereinnahmte Betrag von 3.131.662,77 € aus Grunderwerbssteuererstattung sei nicht einzubeziehen, weil der Anspruch gegen das Finanzamt erst dadurch entstanden sei, dass der (endgültige) Verwalter die Nichterfüllung des Grundstückskaufvertrages gewählt habe. Insoweit habe der vorläufige Insolvenzverwalter keine Tätigkeit entfaltet.

10 2. Die Rechtsbeschwerde meint demgegenüber, der Wert des Grundstücks gehöre zur Berechnungsgrundlage. Die gegenteilige Auffassung verstoße gegen § 11 Abs. 1 Satz 4 InsVV nF. Es sei unerheblich, dass die Schuldnerin weder im Grundbuch eingetragen worden sei noch den Kaufpreis bezahlt habe. Maßgebend sei allein, dass sich die Sache im Besitz der Schuldnerin befunden, daran ein Aussonderungsrecht bestanden und dass sich der vorläufige Verwalter mit dem Grundstück in erheblichem Umfang befasst habe. Insoweit gelte nichts anderes als bei Gegenständen der Schuldnerin, die wertausschöpfend belastet seien. Das Grundstück habe sich im Vermögen der Schuldnerin befunden, weil es in Erfüllung des Kaufvertrages bereits an die Schuldnerin übergeben worden sei.

11 § 11 Abs. 1 Satz 5 InsVV sei nicht einschlägig, weil diese Ausnahme nur Fälle meine, bei denen die Befassung durch den vorläufigen Verwalter von vorneherein nur marginal sein könne. Deshalb habe das Beschwerdegericht nicht dahingestellt lassen dürfen, ob eine - tatsächlich gegebene - erhebliche Befassung vorgelegen habe.

12 Das Beschwerdegericht habe es zudem rechtsfehlerhaft abgelehnt, den Wert des durch Vormerkung gesicherten Eigentumsübertragungsanspruchs in vollem Umfang in die Berechnungsgrundlage einzustellen. Die Annahme, der von der Schuldnerin geschuldete Kaufpreis sei abzuziehen, sei unzutreffend, weil es nach der Begründung der Neuregelung des § 11 Abs. 1 InsVV beim vorläufigen Insolvenzverwalter eindeutig allein auf das Aktivvermögen ankomme, von dem Verbindlichkeiten nicht in Abzug zu bringen seien. § 1 Abs. 2 Nr. 1 und 3 InsVV seien auf den vorläufigen Verwalter nicht anwendbar.

13 Schließlich habe das Beschwerdegericht fehlerhaft den vom Insolvenzverwalter vereinnahmten Betrag von 3.131.662,77 € aus Grunderwerbssteuererstattung nicht in die Berechnungsgrundlage einbezogen. Maßgebend sei der objektive Wert des Vermögens des Schuldners zur Zeit der Beendigung der Tätigkeit des vorläufigen Verwalters. Dafür sei der später erzielte Erlös ein gewichtiges Indiz. Zwar sei möglich, dass der Anspruch gegen das Finanzamt erst dadurch entstanden sei, dass der Verwalter Nichterfüllung gewählt habe. Die Zugrundelegung einer Berechnungsgrundlage von lediglich 32.985,42 € sei aber jedenfalls unhaltbar.

14 3. Die Ausführungen des Beschwerdegerichts halten einer rechtlichen Prüfung im Ergebnis stand.

15 a) Der Wert des Grundstücks ist bei der Berechnungsgrundlage nicht gemäß § 11 Abs. 1 Satz 4 InsVV zu berücksichtigen, weil diese Vorschrift hinsichtlich der Gegenstände, an denen Aussonderungsrechte bestehen, von der Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt und deshalb unwirksam ist.

16 aa) Der Senat hat diese Frage bislang wiederholt offengelassen (vgl. z.B. BGH, Beschluss vom 11. März 2010 - IX ZB 122/08, ZIP 2010, 1909 Rn. 7). Sie ist hier entscheidungserheblich.

17 (1) Nach § 11 Abs. 1 Satz 2 InsVV ist Berechnungsgrundlage für die Vergütung des vorläufigen Verwalters das Vermögen, auf das sich seine Tätigkeit während des Eröffnungsverfahrens bezieht. Die Begründung zur Zweiten Verordnung zur Änderung der Insolvenzrechtlichen Vergütungsverordnung (in der zur Anhörung hinausgegebenen Fassung vom 19. Oktober 2006 abgedruckt in ZInsO 2006, 1135; in überarbeiteter Fassung abgedruckt in ZInsO

2007, 27) führt dazu aus, dem liege der "klassische" Vermögensbegriff zugrunde, wie er in der Rechtswissenschaft seit Jahren verwendet werde. Insoweit werde unter Vermögen die Gesamtheit der einer Person zustehenden Güter und Rechte von wirtschaftlichem Wert verstanden. Hierzu zählten insbesondere das Eigentum an Grundstücken und beweglichen Sachen, Forderungen und sonstige Rechte, wie etwa Patente und Urheberrechte, die einen Geldwert besitzen (amtliche Begründung, ZInsO 2007, 27, 28). Dass es sich in diesem Sinne um Vermögen des Schuldners handeln muss, führt die Begründung nicht ausdrücklich aus; jedoch wird gerade darauf abgestellt, dass die Rechte der Person zustehen müssen, um deren Vermögen es geht. § 11 Abs. 1 Satz 2 InsVV erfasst also nur Vermögen des Schuldners. Nach § 11 Abs. 1 Satz 4 InsVV werden aber zusätzlich Gegenstände erfasst (hinzugerechnet), an denen ein Dritter ein Aussonderungsrecht hat, sofern sich der vorläufige Verwalter in erheblichem Umfang mit ihnen befasst hat. Damit wird der Vermögensbegriff des § 11 Abs. 1 Satz 2 InsVV um schuldnerfremde Gegenstände erweitert (vgl. hierzu Vill in Festschrift Gero Fischer, 2008, S. 547, 550 ff). Ein Aussonderungsrecht setzt wiederum voraus, dass sich der schuldnerfremde Gegenstand zumindest im Besitz des Schuldners befindet.

18 (2) Das von der Schuldnerin gekaufte Grundstück stand weiterhin im Eigentum der Verkäuferin. Die Schuldnerin hatte lediglich einen schuldrechtlichen Verschaffungsanspruch, der mit einer Auflassungsvormerkung gesichert war. Sie hatte keinerlei Zahlungen auf den Kaufpreis geleistet, lediglich das Grundstück zum Nachteil der Verkäuferin in erheblichem Umfang belastet. Ob das Grundstück an die Schuldnerin im Sinne einer tatsächlichen Besitzverschaffung übergeben wurde, ist zwischen den weiteren Beteiligten streitig. In einem zwischen der Gläubigerin und der Schuldnerin geschlossenen Mietvertrag über das Grundstück wird allerdings festgestellt, dass das Grundstück am 15. Dezember

1998 an die Schuldnerin übergeben worden sei. Im Vertrag mietete die Gläubigerin das Grundstück ebenfalls ab 15. Dezember 1998 zu einem monatlichen Mietzins von 1.000 DM zusätzlich Umsatzsteuer an. Die Schuldnerin überließ darin das Grundstück der Gläubigerin zum uneingeschränkten Gebrauch.

19 Das Beschwerdegericht hat eine fehlende tatsächliche Besitzverschaffung nicht festgestellt. Für das Rechtsbeschwerdeverfahren muss deshalb der von dem vorläufigen Insolvenzverwalter behauptete (mittelbare) Besitz zugrunde gelegt werden.

20 (3) Das Beschwerdegericht hat in dem angefochtenen Beschluss zwar nicht ausdrücklich festgestellt, dass sich der vorläufige Insolvenzverwalter in erheblichem Umfang mit dem Grundstück befasst hat. Die Gläubigerin hatte auch dies bestritten. Es hat jedoch einen Zuschlag von 75 v.H. für angemessen erachtet, was gemäß § 3 Abs. 1 Buchst. a InsVV eine erhebliche Befassung voraussetzt. In seinem die sofortige Beschwerde der Gläubigerin zurückweisenden Beschluss hat es inhaltlich eine erhebliche Befassung bejaht. Hiervon ist deshalb für das Rechtsbeschwerdeverfahren auszugehen.

21 bb) § 11 Abs. 1 Satz 4 InsVV ist insoweit von der Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt und deshalb nichtig, als Gegenstände in die Berechnungsgrundlage einbezogen werden, an denen Aussonderungsrechte bestehen.

22 (1) Nach § 65 InsO ist das Bundesministerium der Justiz ermächtigt, die Vergütung und die Erstattung der Auslagen des Insolvenzverwalters durch Rechtsverordnung näher zu regeln. Das gilt gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO entsprechend für den vorläufigen Insolvenzverwalter.

23 Nach § 63 Abs. 1 InsO hat der (endgültige) Insolvenzverwalter Anspruch auf Vergütung für seine Geschäftsführung und auf Erstattung angemessener Auslagen. Der Regelsatz seiner Vergütung wird nach dem Wert der Insolvenzmasse zur Zeit der Beendigung des Verfahrens berechnet. Dem Umfang und der Schwierigkeit der Geschäftsführung des Verwalters wird durch Abweichungen vom Regelsatz Rechnung getragen.

24 Diese Regelung ist zwar sehr knapp. Sie genügt aber noch dem Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG (BGH, Beschluss vom 29. September 2011 - IX ZB 112/09, ZIP 2011, 2117 Rn. 6; Bork/Muthorst, ZIP 2010, 1627, 1630 f; zweifelnd MünchKomm-InsO/Nowak, 2. Aufl. § 65 Rn. 2). Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigungsgrundlage sind noch hinreichend bestimmt (Keller, Vergütung und Kosten im Insolvenzverfahren, 3. Aufl., Rn. 41).

25 Die Berechnungsgrundlage gemäß § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO bemisst sich für die Vergütung des Verwalters nach dem Wert der Insolvenzmasse zum Zeitpunkt der Beendigung des Verfahrens. Insolvenzmasse ist nach § 35 Abs. 1 InsO das Vermögen, welches dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gehört und das er während des Verfahrens erwirbt. Unpfändbare Gegenstände gehören nach § 36 InsO nicht zur Insolvenzmasse. Sie gehören deshalb auch nicht zur Berechnungsgrundlage für die Verwaltervergütung (BGH, Beschluss vom 5. Juli 2007 - IX ZB 83/03, ZInsO 2007, 766 Rn. 7). Gegenstände, an denen ein Aussonderungsrecht besteht, gehören gemäß § 47 InsO ebenfalls nicht zur Insolvenzmasse. § 86 Abs. 1 Nr. 1 InsO kann nicht anders verstanden werden, sondern ist lediglich ungenau formuliert (vgl. Jaeger/Henckel, InsO, § 35 Rn. 7).

26 Die Regelung des § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO kann allerdings - schon bezogen auf den (endgültigen) Verwalter - nicht streng wortlautbezogen ausgelegt werden, weil zum Zeitpunkt der Beendigung des Insolvenzverfahrens, also nach Vollzug der Schlussverteilung (§ 200 Abs. 1 InsO), eine Insolvenzmasse nicht mehr vorhanden ist, auf welche sich der Regelsatz der Verwaltervergütung beziehen könnte. Nach der Gesetzesbegründung sollte durch die Regelung an das Recht zur Konkursverwaltervergütung angeknüpft werden, nach welcher die Vergütung des Konkursverwalters nach der Teilungsmasse berechnet wurde, auf die sich die Schlussrechnung bezog. Es sollte dagegen, anders als zuvor beim Vergleichsverwalter, nicht mehr auf das Aktivvermögen abgestellt werden (§ 1 Abs. 1, § 8 Abs. 1 VergVO; vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 130 zu § 74 RegE-InsO). Insoweit wird in § 1 InsVV ein offenkundiges Redaktionsversehen des Gesetzgebers dahin klargestellt, dass die Vergütung des Insolvenzverwalters nach dem Wert der Insolvenzmasse berechnet wird, auf welche sich die Schlussrechnung nach § 66 InsO bezieht (§ 1 Abs. 1 Satz 1 InsVV).

27 Die vorhandene Teilungsmasse wird allerdings beim Insolvenzverwalter nicht einschränkungslos zugrunde gelegt. Masseverbindlichkeiten werden grundsätzlich nicht abgezogen (§ 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 1 InsVV entsprechend § 2 Nr. 3 Satz 1 VergVO). Bei Unternehmensfortführung wird nur der Überschuss berücksichtigt (§ 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 Buchst. b InsVV entsprechend § 2 Nr. 5 VergVO). Daneben bestehen weitere Abweichungen.

28 Der Wert von Gegenständen, an denen Aussonderungsrechte bestehen, gehört aber nicht zur Berechnungsgrundlage des endgültigen Insolvenzverwalters, es sei denn, der Schuldner hatte an dem Gegenstand schon ein eigenes Recht erworben. Nur der Wert eines solchen dinglichen Rechts oder einer solchen Forderung ist dann zu berücksichtigen.

29 Im Übrigen wird nur im Fall, dass das Aussonderungsrecht abgefunden wird, der Überschuss nach Maßgabe des § 1 Abs. 2 Nr. 2 InsVV zur Berechnungsgrundlage gerechnet (vgl. § 2 Nr. 2 VergVO).

30 (2) Für den vorläufigen Insolvenzverwalter gilt gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO die Vorschrift des § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO entsprechend. Hieraus ergibt sich, dass Gegenstände, die ausgesondert werden können, auch beim vorläufigen Verwalter nicht zur Berechnungsgrundlage für die Vergütung zählen, weil dies zu einem von § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO abweichenden Wechsel im Berechnungssystem führte. Bei solchen Gegenstände steht von vorneherein fest, dass sie nicht zur Insolvenzmasse gehören werden. Diese Entscheidung des Gesetzgebers kann durch die Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung nicht korrigiert werden.

31 (a) Allerdings tritt die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs für die vorläufige Verwaltung bereits mit Ende der vergütungspflichtigen Tätigkeit und damit regelmäßig mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein (BGH, Beschluss vom 29. März 2007 - IX ZB 153/06, WM 2007, 1072 Rn. 5).

32 Zu diesem Zeitpunkt steht die Berechnungsgrundlage für die Vergütung des endgültigen Verwalters noch nicht fest. Die Berechnungsgrundlage für den vorläufigen und den endgültigen Insolvenzverwalter unterscheiden sich im Regelfall erheblich, schon weil Ansprüche, die erst mit oder nach Verfahrenseröffnung entstehen, nach derzeitiger Rechtslage nicht in die Berechnungsgrundlage des vorläufigen Verwalters einbezogen werden können (BGH, Beschluss vom 23. September 2010 - IX ZB 204/09, ZIP 2010, 2107 Rn. 11 ff mwN). Die eigenständige Vergütung des vorläufigen Verwalters kann außerdem nicht da-

von abhängen, wie erfolgreich die Masse nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens verwertet wird. Die Berechnungsgrundlage für die Vergütung des vorläufigen Verwalters ist deshalb eigenständig zu bestimmen; sie hängt nicht von Umständen ab, die sich erst nach Verfahrenseröffnung ergeben (BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2003 - IX ZB 50/03, WM 2004, 585, 586; vom 13. Juli 2006 - IX ZB 104/05, BGHZ 168, 321 Rn. 27).

33 (b) Eingang in die Berechnungsgrundlage für die Vergütung des vorläufigen Verwalters können gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 InsVV nur solche Vermögenswerte finden, auf die sich dessen Tätigkeit während des Eröffnungsverfahrens erstreckt. Schuldnerfremde Gegenstände, mit denen sich der vorläufige Verwalter, wenn auch in erheblichem Umfang, befasst, können mit ihrem Wert nicht zur Berechnungsgrundlage gezählt werden. Der Senat hat vielmehr stets darauf abgestellt, ob der Gegenstand zu dem von dem Insolvenzverwalter für die Masse zu reklamierenden Vermögen gehört (BGH, Beschluss vom 29. April 2004 - IX ZB 225/03, ZIP 2004, 1653, 1654; vom 23. September 2010 - IX ZB 204/09, ZIP 2010, 2107 Rn. 10).

34 Die Annahme in der Begründung der Zweiten Änderungsverordnung, die entsprechende Anwendung des § 65 InsO führe dazu, dass die besondere Berechnungsgrundlage des § 11 Abs. 1 Satz 4 InsVV für die Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters gesetzlich gedeckt sei (so inhaltlich aaO S. 28 vor 2), ist unzutreffend. Die inhaltliche Ausgestaltung der Ermächtigung in § 63 Abs. 1 Satz 2 und 3 InsO ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO anwendbar; andernfalls würde schon Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung entgegen Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG nicht bestimmt sein. Allerdings ist die Vorschrift entsprechend den besonderen Gegebenheiten beim vorläufigen Insolvenzverwalter anzupassen. Dem Verordnungs-

geber kommt hier ein weiter Ermessensspielraum zu. Er kann jedoch nicht das durch die Vorschrift vorgegebene System verlassen und völlig andere Bemessungskriterien bestimmen. Maßgebend ist auch hier, dass in die Berechnungsgrundlage nach § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO nur Eingang finden kann, was Gegenstand der Masse ist oder bei Eröffnung werden würde und zur Begleichung der Masseverbindlichkeiten zur Verfügung steht. Aus der Masse wird die Höhe der Vergütung nach Maßgabe des § 2 Abs. 1, § 11 Abs. 1 Satz 2 InsVV berechnet, aus ihr wird sie bezahlt. Danach ist es systemwidrig, der Festsetzung der Vergütung schuldnerfremde Gegenstände zugrunde zu legen und nach ihrem Wert den dem vorläufigen Verwalter gebührenden Anteil an der Masse zu berechnen, wenn von vornherein klar ist, dass der Wert dieser Gegenstände zur Befriedigung von Masseverbindlichkeiten gerade nicht zur Verfügung steht.

35 Steht objektiv von vornherein fest, dass ein Gegenstand bei Eröffnung nicht zur Insolvenzmasse gehören wird, überschreitet seine gleichwohl angeordnete Einbeziehung in die Berechnungsgrundlage die Grenzen der entsprechenden Anwendung der Ermächtigung (Raebel, Festschrift für Gero Fischer, 2008, S. 459, 479 ff). Es genügt allerdings, dass der Gegenstand während des Eröffnungsverfahrens zum Vermögen des Schuldners gehörte, also bei unveränderter Zugehörigkeit Massegegenstand geworden wäre.

36 (c) Der Verordnungsgeber hat in der Begründung zu § 11 Abs. 1 InsVV ausgeführt:

"Angesichts dieses Verfahrenszwecks können bei der Berechnungsgrundlage für die Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters keine Gegenstände berücksichtigt werden, bei denen aufgrund der Rechtsbeziehung des Schuldners zu diesen Gegenständen von vorneherein klar ist, dass sie nicht zur Masse des späteren Insolvenzverfahrens gehören werden. Insoweit werden nach § 11 Abs. 1 Satz 4 InsVV-E Gegenstände, die der Schuldner lediglich aufgrund eines Besitzüberlassungsvertrages in Besitz hat, nicht zur Ermittlung der Berechnungsgrundlage herangezogen. Zu den Besitzüberlassungsverträgen sind zunächst die Gebrauchsüberlassungsverträge (also insbesondere Miete, Pacht und Leihe) zu rechnen. Daneben werden aber auch noch die Verträge erfasst, die etwa wie die Verwahrung kein Recht zum Gebrauch gewähren. Zieht man als Unterscheidungskriterium heran, ob aufgrund der Rechtsbeziehung des Schuldners zu dem betreffenden Gegenstand offensichtlich ist, dass er nicht zur Insolvenzmasse gehören wird, so könnte bei den Leasinggegenständen je nach dem zugrundeliegenden Vertragsverhältnis eine differenzierende Betrachtungsweise geboten sein. So ließe sich etwa beim Finanzierungsleasing mit Kaufoption eine Einbeziehung in die Berechnungsgrundlage mit guten Gründen vertreten.

Zur Verdeutlichung von Absatz 1 Satz 5 sei etwa der Fall angeführt, dass der Schuldner in sehr guter Lage Büroräume angemietet hat, deren Wert mehrere Millionen Euro betragen. Es wäre durch nichts zu rechtfertigen, diese Immobilie in die Berechnungsgrundlage für die Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters einzubeziehen" (ZInsO 2007, 27, 29).

37 Im Widerspruch hierzu hat die Begründung zur Zweiten Änderungsverordnung gleichwohl an anderer Stelle den mit § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht zu vereinbarenden Schluss gezogen, aussonderbare Gegenstände gehörten, von der Ausnahme des § 11 Abs. 1 Satz 5 InsVO abgesehen, zur Berechnungsgrundlage, auch wenn von vornherein objektiv feststeht, dass sie nicht zur Masse gehören werden.

38 Hierzu erklärt die Verordnungsbegründung an der bereits zitierten Stelle in Widerspruch zu den soeben zitierten Ausführungen, es sei der "klassische" Vermögensbegriff zugrunde zu legen, wie er in der Rechtswissenschaft seit vielen Jahren verwendet werde. Danach werde unter Vermögen die Gesamtheit der einer Person zustehenden Güter und Rechte von wirtschaftlichem Wert verstanden (aaO S. 28 f). Diese Definition zugrunde gelegt, ergibt sich schon nichts dafür, dass der Wert eines Gegenstandes, der im Eigentum einer anderen Person steht, dem Vermögen des Schuldners zuzurechnen ist. Zu seinem Vermögen gehört nur der Wert von Rechten, die ihm selbst zustehen.

39 Soweit in der Verordnungsbegründung anschließend ausgeführt wird, dass sich aus der Definition unschwer erschließe, dass insofern keine Saldierung zu erfolgen habe, vielmehr der Gegenstand ohne die auf ihm ruhenden Belastungen zu taxieren sei (aaO S. 29), besagt dies zu Gegenständen, an denen Aussonderungsrechte bestehen, offensichtlich nichts.

40 (d) § 63 Abs. 1 Satz 3 InsO, der gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO ebenfalls entsprechend anwendbar ist, stellt klar, dass dem Umfang und der Schwierigkeit der Geschäftsführung des Verwalters durch Abweichungen vom Regelsatz Rechnung zu tragen ist. Hiernach ist es für die Frage, ob ein Gegen-

stand zur Berechnungsgrundlage zu rechnen ist, an dem bei Eröffnung ein Aussonderungsrecht besteht, völlig unerheblich, ob und in welchem Umfang der vorläufige Verwalter sich mit dem Gegenstand befasst hat.

41 Gegenstände oder Forderungen, die zur Berechnungsgrundlage zählen, sind nach ständiger Rechtsprechung des Senats auch dann zu berücksichtigen, wenn sich der vorläufige Verwalter überhaupt nicht mit ihnen befasst hat (BGH, Beschluss vom 9. Juni 2005 - IX ZB 230/03, ZIP 2005, 1324, 1325; vom 26. April 2007 - IX ZB 160/06, ZIP 2007, 1330 Rn. 5; vom 17. März 2011 - IX ZB 145/10, ZInsO 2011, 839 Rn. 12). Umgekehrt kann nicht allein der Umstand, dass sich der vorläufige Verwalter mit einem Gegenstand in erheblichem Umfang befasst hat, diesen zum Schuldnervermögen und zum Gegenstand der Berechnungsgrundlage für seine Vergütung machen.

42 b) Ein geldwertes Anwartschaftsrecht der Schuldnerin hinsichtlich des Eigentums an dem Grundstück macht die Rechtsbeschwerde nicht geltend. Dies setzte zumindest voraus, dass der Erfüllungsanspruch fortbestand, sowie eine bindende Auflassung und entweder einen beim Grundbuchamt eingegangenen Eigentumsumschreibungsantrag der Schuldnerin oder die Eintragung einer Auflassungsvormerkung (vgl. Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl., § 925 Rn. 23 ff). Insbesondere das Vorliegen einer bindenden Auflassung macht die Rechtsbeschwerde nicht geltend. Wie der Wert eines solchen Anwartschaftsrechts zu bemessen wäre, kann deshalb dahinstehen; im vorliegenden Fall ist für einen Wert nichts vorgetragen (vgl. nachfolgend c).

43 c) Der Eigentumsübertragungsanspruch der Schuldnerin ist in der Berechnungsgrundlage zu berücksichtigen, allerdings, wie jede Forderung, nur mit ihrem Verkehrswert (BGH, Beschluss vom 9. Juni 2005 - IX ZB 230/03, ZIP 2005, 1324, 1325; vom 17. März 2011 - IX ZB 145/10, ZInsO 2011, 839 Rn. 12; vom 9. Februar 2012 - IX ZB 230/10, ZInsO 2012, 603 Rn. 8; st. Rspr.).

44 aa) Da der Forderung auf Übertragung des Grundstücks die Gegenforderung auf Zahlung des vollständigen Kaufpreises entgegenstand, hat das Beschwerdegericht die Forderung zutreffend mit Null bewertet. Dass der Übereignungsanspruch wertvoller gewesen sei als die Kaufpreisforderung, hat der Verwalter nicht dargelegt.

45 bb) Soweit sich der Verwalter darauf beruft, nach § 11 Abs. 1 InsVV sei nur das Aktivvermögen maßgebend, weil § 1 Abs. 2 Nr. 3 InsVV auf den vorläufigen Verwalter nicht anwendbar sei, trifft dies nicht zu.

46 Nach § 10 InsVV gelten die Vorschriften des ersten Abschnitts für die Vergütung des vorläufigen Verwalters entsprechend, soweit § 11 InsVV nichts anderes bestimmt. Letzteres ist nicht der Fall. Der Wortlaut des § 11 InsVV gibt hierfür nichts her. Auch die Begründung der Zweiten Änderungsverordnung führt nirgends aus, dass die Anwendung des § 1 Abs. 2 Nr. 3 InsVV entgegen § 10 InsVV ausgeschlossen sei. Dies widerspräche auch dem Willen des Gesetzgebers zu § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO, der gerade nicht auf das Aktivvermögen abstellen wollte (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 130 zu § 74 RegE-InsO).

47 Allerdings beruft sich die Rechtsbeschwerde zutreffend darauf, dass in der Begründung der Zweiten Verordnung zur Änderung der Insolvenzrechtlichen Vergütungsverordnung sich die oben bereits mehrfach zitierte Passage findet, wonach es bei dem zugrunde zu legenden "klassischen" Vermögensbegriff weitgehend unstreitig sei, dass die Verbindlichkeiten nicht zu dem Vermögen zu rechnen seien, so dass sie auch nicht den Rechten gegenübergestellt und wertmäßig von ihnen abgezogen werden könnten. Insofern lasse sich von der Maßgeblichkeit des Aktivvermögens sprechen (aaO S. 28 f).

48 Aus diesen allgemeinen Ausführungen zur Berücksichtigung von Verbindlichkeiten kann nicht abgeleitet werden, dass entgegen der Vorschrift des § 10 InsVV die Regelung des § 1 Abs. 2 Nr. 3 InsVV keine Anwendung finden soll, die ohnehin nur Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes ist, dass jede Forderung nur mit ihrem Verkehrswert zu berücksichtigen ist. Es kann nicht angenommen werden, dass im Rechtsverkehr wertlose Forderungen mit ihrem Nominalwert in die Berechnungsgrundlage einzustellen wären, hier in Höhe von ungefähr 90 Mio. €. Das wäre mit dem entsprechend anwendbaren § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO unvereinbar.

49 Bei der Betriebsfortführung hätte die vom Rechtsbeschwerdeführer verfolgte Sichtweise zur Konsequenz, dass nicht wie beim Verwalter der Überschuss, sondern ein Mehrfaches des Bruttoumsatzes als Berechnungsgrundlage zu berücksichtigen wäre, etwa die zunächst vorhandenen Geldmittel, zusätzlich die damit beschafften Waren und schließlich die erzielten Verkaufserlöse. Es bestehen auch insoweit keine Bedenken, § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 Buchst. b InsVV auch nach Inkrafttreten der Zweiten Änderungsverordnung zur InsVV weiterhin anzuwenden, weil es auch insoweit an einer einschränkenden Anordnung der Verweisung des § 10 InsVV in § 11 InsVV fehlt. An der ständigen

Rechtsprechung, wonach § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 Buchst. b InsVV auch für die Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters gilt (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juni 2011 - IX ZB 47/10, ZInsO 2011, 1519 Rn. 7 mwN), ist deshalb auch für die Neufassung des § 11 InsVV festzuhalten. Anderes wäre wiederum mit § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO unvereinbar.

50 d) Zutreffend hat schließlich das Beschwerdegericht die nach Verfahrenseröffnung und Wahl der Nichterfüllung hinsichtlich des Grundstückskaufvertrages entstandene Forderung auf Grundsteuererstattung und den eingezogenen Betrag nicht in die Berechnungsgrundlage einbezogen. Da die Forderung erst nach Verfahrenseröffnung mit Ausübung des Wahlrechts durch den endgültigen Insolvenzverwalter gemäß § 103 InsO entstanden ist, gehörte sie nicht zu dem Vermögen, auf das sich die Tätigkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 InsVV erstreckte. Das Wahlrecht des § 103 InsO kommt nur dem endgültigen Insolvenzverwalter zu. Folglich ist der Anspruch erst nach Eröffnung entstanden (vgl. BGH, Beschluss vom 23. September 2010, aaO Rn. 11 f). Die Zweite Verordnung zur Änderung der Insolvenzrechtlichen Vergütungsverordnung gibt keinen Anlass, hiervon abzuweichen (BGH, Beschluss vom 11. März 2010 - IX ZB 122/08, ZIP 2010, 1909 Rn. 7 mwN).

51 e) Das Beschwerdegericht hat im Hinblick auf die grundstücksbezogene Tätigkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters einen Zuschlag von 75 v.H. gewährt; das wird vom Rechtsbeschwerdeführer nicht beanstandet.

Kayser Vill Lohmann

Fischer Pape

Vorinstanzen:
AG Düsseldorf, Entscheidung vom 30.09.2008 - 500 IN 296/06 -
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 05.03.2009 - 25 T 677/08 -