

3. Erfüllung des Aussonderungsrechts

Der Aussonderungsanspruch des Auftraggebers ist von dem Insolvenzverwalter – wie stets in Fällen des Aussonderungsrechts – unentgeltlich zu erfüllen.³⁰ Bei Daten wird Herausgabe regelmäßig in Form der Datenübertragung (ggf. in Verbindung mit einer Löschung der bei dem Insolvenzschuldner befindlichen Daten) zu leisten sein.³¹

Bei Verletzung des Aussonderungsrechts oder verzögerter Erfüllung ist der Auftraggeber zur Ersatzaussonderung nach § 48 InsO berechtigt und kann Ansprüche gegen die Insolvenzmasse geltend machen (§ 55 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 InsO). Daneben haftet aber auch der Insolvenzverwalter persönlich gem. § 60 Abs. 1 InsO.³²

IV. Prozessuale Durchsetzung und Zwangsvollstreckung

Der Anspruch auf Aussonderung ist gegen den Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes durchzusetzen³³ und durch einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO sicherbar.³⁴ Bei besonderer Dringlichkeit, insbesondere in Fällen, in denen die Nichtherausgabe der Daten einem Rechtsverlust gleichkäme oder der Auftraggeber sonst dringend auf die Herausgabe der Daten angewiesen ist,³⁵ ist die Vorwegnahme der Hauptsache, also die im einstweiligen Verfügungsverfahren angeordnete Datenherausgabe gerechtfertigt. Im Rahmen der durchzuführenden Interessenabwägung ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Insolvenzverwalter personenbezogene Daten nicht anderweitig verwerten darf und diese für ihn daher keinen Wert haben.³⁶

Ein im einstweiligen Verfügungs- oder Hauptsacheverfahren erstrittener Titel ist regelmäßig nach § 888 ZPO zu vollstrecken. Dies gilt jedenfalls, soweit ein körperlicher Datenträger nicht existiert und daher eine Herausgabevollstreckung nach § 883 ZPO leer laufen würde. Denn im Regelfall muss im Rahmen der Vollstreckung des Titels auf „Herausgabe“ der Daten auf Anlagen des Schuldners eingewirkt werden mit der Folge, dass wegen einer unvertretbaren Handlung und nicht nach § 887 ZPO zu vollstrecken ist.³⁷ Eine etwai-

ge Unkenntnis des Insolvenzverwalters im Hinblick auf ein Passwort, unter dem die Daten gespeichert sind, hindert die Zwangsvollstreckung gegen ihn aus § 888 ZPO nicht. Denn für eine Vollstreckung nach dieser Vorschrift genügt die Möglichkeit, sich dieses Wissen über das Passwort – bspw. über die Mitarbeiter des Schuldners – zu verschaffen.³⁸

V. Zusammenfassung

1. Die Frage des Aussonderungsrechts stellt sich unabhängig von dem Schicksal, den der zugrunde liegende Vertrag nach §§ 103 ff. InsO nimmt.
2. Daten sind aussonderungsfähig.
3. Der Aussonderungsanspruch des Auftraggebers kann sich aus dem zugrunde liegenden Vertrag, aus § 667 BGB, den Grundsätzen der uneigennützigten Verwaltungstreuhand, aber auch aus § 1004 BGB analog ergeben.
4. Jedenfalls in Fällen der Auftragsdatenverarbeitung besteht ein Aussonderungsrecht des Auftraggebers unabhängig davon, welche Variante des § 667 BGB einschlägig ist.
5. Der Anspruch ist regelmäßig durch Datenübertragung zu erfüllen. Durch seine Nicht- oder verspätete Erfüllung können Ansprüche gegen die Insolvenzmasse, aber auch gegen den Insolvenzverwalter persönlich entstehen.
6. Der im Wege des Aussonderungsbegehrens verlangte Herausgabe von Daten ist durch einstweilige Verfügung sicherbar. Die Vollstreckung vollzieht sich regelmäßig nach § 888 ZPO.

30 Braun/Bäuerle (Fn. 17), § 47 Rn. 91; Uhlenbruck/Brinkmann (Fn. 5), § 47 Rn. 106.

31 Vgl. BGH, NJW-RR 2004, 1290 f. = LNR 2004, 14339 zur Zustimmung zur Datenübertragung als Erfüllung eines Herausgabeanpruchs.

32 MünchKomm-InsO/Ganter (Fn. 1), § 47 Rn. 453.

33 MünchKomm-InsO/Ganter (Fn. 1), § 47 Rn. 478.

34 MünchKomm-InsO/Ganter (Fn. 1), § 47 Rn. 491.

35 OLG Brandenburg, MDR 2005, 950 = LNR 2005, 32276; Zöller/Vollkommer, ZPO, § 940 Rn. 8 m.w.N.

36 Grützmacher, ITRB 2004, 282, 285.

37 Weimann, RPfeger 1996, 12, 17; Petzold, Jur-PC 1990, 857, 860.

38 MünchKomm-InsO/Ott/Vuia (Fn. 1), § 80 Rn. 46 f.

Festsetzung der Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters im streitigen Zivilprozess

Anmerkung zu LG Lüneburg, Urt. v. 18. 2. 2011 – 3 O 207/10, ZInsO 2011, 590 f.

von Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter Henning Sämisch, Hamburg*

In der vorliegenden Entscheidung geht es um die Frage der Vergütung eines (ehemaligen) vorläufigen Insolvenzverwalters nach Erledigung eines Insolvenzantrags. Es sind in dieser Entscheidung mehrere Gesichtspunkte angesprochen worden, die in der folgenden Reihenfolge kurz thematisiert werden.

I. Zuständigkeit des Landgerichts

Bekanntermaßen hat der BGH mit Beschl. v. 3.12.2009 entschieden, dass die Vergütung des vorläufigen Verwalters

vom Insolvenzgericht nicht im Verfahren nach §§ 63, 64 InsO §§ 8, 10, 11 InsVV festgesetzt werden kann, wenn das Insolvenzverfahren nicht zur Eröffnung gelangt; der ehema-

* Rechtsanwalt Henning Sämisch ist als Insolvenzverwalter in der Sozietät SHNF tätig.

lige vorläufige Insolvenzverwalter sei wegen seines Vergütungsanspruchs vielmehr auf den ordentlichen Rechtsweg zu verweisen.¹ Der BGH hat in dem v.g. Beschluss festgestellt, dass es an einer gesetzlichen Grundlage für eine Kostengrundfestsetzung für vorläufige Insolvenzverwalter fehle, wenn das nachfolgende Insolvenzverfahren nicht eröffnet wird. Die Vergütung und die Auslagen des vorläufigen Insolvenzverwalters würden nicht zu den Kosten des Verfahrens gehören, § 23 GKG. Insbesondere gelte § 54 Nr. 2 InsO nur, wenn das Verfahren eröffnet wird. Dies würde sich aus der Gesetzesgeschichte ergeben. Der vorläufige Insolvenzverwalter könne auch keine Kostengrundentscheidung erwirken, weil er nicht Partei des Eröffnungsverfahrens sei.

In dem vorliegenden Fall hatte das AG Uelzen zuvor über die Kosten des Verfahrens im Verhältnis vom Antragsteller und Antragsgegner entschieden und sie dem Insolvenzantragsgegner auferlegt. Dagegen hat er sich gewandt. Das LG Lüneburg² hatte die sofortige(n) Beschwerde(n) zurückgewiesen. Zu der grundsätzlichen Frage der Zuständigkeit über Kostengrundentscheidungen hat das LG nicht Stellung genommen, sondern im Rahmen des Beschwerdeverfahrens zu Recht dem Antragsgegner bzw. dem Schuldner die Kosten auferlegt. Zu den Kosten für die vorläufige Insolvenzverwaltung musste zu diesem Zeitpunkt auch nichts gesagt werden. Sie waren nicht Gegenstand der Auseinandersetzung.

Nach Rechtskraft dieser Kostenentscheidung wurde für den ehemaligen vorläufigen Insolvenzverwalter fraglich, in welcher Art und Weise die Vergütung für die vorläufige Insolvenzverwaltung geltend zu machen sei. In dem vorliegenden Fall wurde zuvor der Antrag auf Festsetzung der Vergütung bei dem AG gestellt. Dort wurde bis zur Entscheidung über die Kosten keine Entscheidung über eine Festsetzung einer Vergütung getroffen. Der ehemalige vorläufige Verwalter hatte sodann dem Insolvenzantragsgegner seinen gefertigten Vergütungsantrag zur Kenntnisnahme und Zahlung übersandt. Die Zahlung in der geltend gemachten Höhe wurde verweigert. Dann begannen Verhandlungen über die Angemessenheit einer Vergütung. Es war klar, dass keine Einigung möglich sein wird. Im nächsten Schritt wurde daher der Anspruch auf Vergütung bei dem LG Lüneburg und zwar unter gleichzeitiger Zurücknahme des Antrags auf Festsetzung der Vergütung bei dem AG Uelzen nunmehr klageweise geltend gemacht.

Der Unterzeichner sah sich wegen der BGH-Entscheidung v. 3.12.2009 daran gehindert, weiterhin das Festsetzungsverfahren vor dem AG in Uelzen zu betreiben. Dennoch waren erhebliche Zweifel an der Zuständigkeit des LG für die Festsetzung der vorliegenden Vergütung bzw. für die Titulierung eines Anspruchs auf Vergütung angebracht. Es wurde versucht, das LG dazu zu bewegen, sich für unzuständig zu erklären und die Angelegenheit an das nach Auffassung des Verfassers zuständige Insolvenzgericht in Uelzen zu verweisen. Diese Ansicht wurde wie folgt begründet:

„Der Beschluss des BGH ist durch die absolut herrschende Meinung in der Literatur und den Amtsgerichten zu Recht kritisiert worden (AG Duisburg, ZInsO 2010, S. 487 f.;

AG Göttingen (*Schmerbach*), ZInsO 2010, S. 975 f.; AG Düsseldorf, ZInsO 2010, S. 1807 ff.; *Frind*, ZInsO 2010, S. 108 ff.; *Gräber*, InsbÜO 2010, S. 62 ff.; *Riewe*, NZI 2010, S. 131 ff.; *Uhlenbruck*, NZI 2010, 161 ff.; *Mitlehner*, EWIR 2010, S. 195 f.; *Keller*, EWIR 2010, S. 461 – 462). Anzumerken ist hierbei, dass sich sowohl das Amtsgerichts Duisburg als auch das Amtsgericht Göttingen dem BGH-Beschluss ausdrücklich entgegengestellt haben.

Entgegen den Ausführungen des BGH ist das Insolvenzgericht zuständig für die Festsetzung der Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters. Die gesetzliche Grundlage für die Kostengrundentscheidung durch das Insolvenzgericht ergibt sich ausdrücklich aus § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO i.V.m. § 64 InsO. Nach diesen Regelungen setzt das Insolvenzgericht die Vergütung und die zu erstattenden Auslagen des vorläufigen Insolvenzverwalters durch Beschluss fest. Dies gilt auch dann, wenn das Insolvenzverfahren wegen Rücknahme des Eröffnungsantrags nicht eröffnet wird (AG Göttingen, Beschl. v. 5.5.2010 – 74 IN 281/09; AG Duisburg, Beschl. v. 28.4.2010 – 62 IN 145/09).

Dass diese Normen zusammen zu sehen sind, ergibt sich auch daraus, dass der Insolvenzzurechtlichen Vergütungsverordnung (InsVV), in der die einzelnen Vergütungstatbestände geregelt sind, als gesetzliche Grundlage § 65 i.V.m. § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO vorangestellt worden ist. In § 65 InsO ist normiert, dass die Vergütung nach § 64 InsO im Wege einer Verordnung geregelt werden kann. Dies ist Rahmen der InsVV geschehen. Der Gesetzgeber hat also im Rahmen der InsVV noch einmal deutlich die gesetzliche Grundlage für die Kostenfestsetzung der vorläufigen Verwaltervergütung hervorgehoben.

Es kann deshalb nicht nachvollzogen werden, warum der BGH in seinem o.g. Beschluss die Rechtsgrundlage des § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO i.V.m. § 64 InsO nicht geprüft hat und auch nicht in Erwägung gezogen hat. Es ist allerdings kein sachlicher Grund ersichtlich, dass diese Normen hier keine Anwendung finden. Den Regelungen ist auch keine Differenzierung danach zu entnehmen, ob das Verfahren später eröffnet wird oder nicht.

Eine solche Differenzierung ist auch historisch nicht herzuweisen. Schon zum vorläufigen Vergleichsverwalter, bzw. Sequester war anerkannt, dass das Konkurs- oder Vergleichsgericht die Kosten unabhängig davon festsetzt, ob das Verfahren eröffnet wird (vgl. hierzu mit weiteren Nachweisen AG Duisburg, Beschl. v. 28.4.2010 – 62 IN 145/09).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 23 GKG. Dass die Vergütung und die Auslagen des vorläufigen Insolvenzverwalters in dieser Norm nicht genannt werden, hat lediglich zur Folge, dass keine Ausfallhaftung dieser Gebühren aus der Landeskasse erfolgt, wenn das Verfahren masselos ist – anders als bspw. bei der Sachverständigenentschädigung.

Andernfalls stünde § 23 GKG auch im Widerspruch zu den insolvenzrechtlichen Vorschriften, denn der BGH hat

1 S. BGH, ZInsO 2010, 107 f.

2 3 T 37/10, LNR 2010, 36615.

nicht berücksichtigt, dass eine Kostenfestsetzung durch das Insolvenzgericht von § 25 Abs. 2 InsO für den Fall, dass die Sicherungsmaßnahmen aufgehoben werden, das Verfahren also nicht eröffnet wird, vorausgesetzt wird, da der vorläufige (starke) Insolvenzverwalter seine Gebühren und Auslagen aus der vorläufigen Insolvenzmasse zu berichtigen hat. Anerkannt ist, dass diese Regelung des § 25 Abs. 2 InsO bezüglich der Verfahrenskosten entsprechend auf den schwachen vorläufigen Verwalter anzuwenden ist (vgl. *Schröder*, in: *Hamburger Kommentar zu Insolvenzrecht*, 3. Aufl., § 25 Rn. 11). Die Zuständigkeit des Insolvenzgerichts für die Kostenfestsetzung wird nach dieser Norm als selbstverständlich vorausgesetzt (AG Göttingen, Beschl. v. 5.5.2010 – 74 IN 281/09; AG Duisburg, Beschl. v. 28.4.2010 – 62 IN 145/09).

Auch die Ausführungen des BGH zu § 54 Nr. 2 InsO überzeugen nicht. Aus § 54 Nr. 2 InsO ergibt sich keine gesetzliche Grundlage für eine Kostenfestsetzung. Der Regelungsgehalt beschränkt sich vielmehr auf die Bestimmung, wer Massegläubiger ist und welche Verbindlichkeiten vorrangig zu befriedigende Masseverbindlichkeiten sind. Die Norm ist insofern in einer Zusammenschau mit §§ 53 und 55 InsO zu betrachten.

Es findet entgegen der Auffassung des BGH auch keine Verweisung auf den Zivilrechtsweg mit einem materiell-rechtlichen Vergütungsanspruch gegen den Schuldner analog §§ 1835, 1836, 1915, 1987, 2221 BGB statt. Die InsO ordnet in § 21 Abs. 2 Nr. 1 die entsprechende Geltung des § 64 InsO Abs. 1 an. Danach setzt das Insolvenzgericht die Vergütung und die zu erstattenden Auslagen des Insolvenzverwalters durch Beschluss fest. Diese Vorschrift gilt kraft Verweisung auch für die Vergütung des vorläufigen Verwalters aus diversen Gründen unabhängig davon, ob das Verfahren eröffnet wurde (so auch AG Duisburg, *ZInsO* 2010, S. 635 und AG Göttingen, *ZInsO* 2010, S. 976 f.). Die Vorschrift ist nur so auszulegen, dass aus ihr eine Befugnis des Insolvenzgerichts zur Festsetzung folgt. Für eine Einschränkung auf die Fälle der Eröffnung des Verfahrens bestehen keine Anhaltspunkte (*Riewe*, *NZI* 2010, S. 131 ff.; *Uhlenbruck*, *NZI* 2010, S. 161 ff.).

Für eine analoge Anwendung der BGB-Vorschriften ist aber nur dann Raum, wenn eine planwidrige Regelungslücke vorliegen würde. Dies ist indessen nicht der Fall, da die Vergütung des vorläufigen Verwalters und auch die Zuständigkeit des Insolvenzgerichts gerade durch die Verweisung geregelt wurden. Im Übrigen dürfte zu berücksichtigen sein, dass auch der Sachverständige bei der Ermittlung der Vermögenswerte eine zum Teil deckungsgleiche Tätigkeit ausüben muss. Zu diesen Kosten darf das Insolvenzgericht ja ggf. entscheiden. Wenn anderes durch den Gesetzgeber gewollt war, hätte sich eine Klarstellung dahingehend im Gesetz gefunden, dass für die Festsetzung nach Erledigung (oder Rücknahme) das Insolvenzgericht nicht zuständig sein soll.

Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die vorhandenen Regelungen der InsO sowohl nach der Gesetzessystematik

als auch nach Sinn und Zweck der Regelungen die Entscheidung über die Vergütung des vorläufigen Verwalters dem Insolvenzgericht zuweisen. Hierfür spricht auch, dass die einzelnen Vergütungstatbestände in der Insolvenzzrechtlichen Vergütungsverordnung (InsVV) normiert sind und sich aus § 8 InsVV ausdrücklich ergibt, dass die Vergütung vom Insolvenzgericht festgesetzt wird. Die Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters ergibt sich aus § 11 i.V.m. §§ 8, 10 InsVV. Auch § 11 InsVV ist nicht zu entnehmen, dass diese Regelung nur für den Fall der späteren Insolvenzeröffnung gilt. Zudem ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass die InsVV ausdrücklich eine gesetzliche Anspruchsgrundlage benennt, indem noch dem ersten Abschnitt vorangestellt, § 65 i.V.m. § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO als gesetzliche Grundlage für die nachfolgenden Regelungen exponiert wird.

Zudem hat der vorläufige Insolvenzverwalter einen verfassungsrechtlich abgesicherten Anspruch auf Vergütung. Eine Ausfallhaftung der Landeskasse besteht im Falle der Nichteröffnung des Verfahrens zwar nicht. In diesem Fall hat aber der vorläufige Verwalter einen Anspruch darauf, dass er seinen Anspruch effektiv und kostengünstig durchsetzen kann. Dies dürfte grundsätzlich nur durch die Nutzung des vorhandenen Verfahrens vor dem Insolvenzgericht möglich sein. Es ist nicht zulässig, den Verwalter auf ein kostenträchtiges Zivilverfahren zu verweisen in dem auch noch befürchtet werden muss, dass der vorläufige Verwalter im Falle seines Obsiegens mit seinem Anspruch ausfällt. Es ist auch nicht zumutbar, dass der vorläufige Verwalter mit dem Schuldner zur Vermeidung einer rechtlichen Auseinandersetzung nunmehr seine Vergütung, die auf der Grundlage der InsVV berechnet wird, aushandeln muss. Das widerspricht der Natur der Tätigkeitsvergütung nach der gesetzlichen Grundlage des § 64 InsO i.V.m. § 11 InsVV.

Dieses Vorgehen findet im Übrigen auch im Zivilprozess keine Entsprechung. Auch hier werden die konkreten Kostenansprüche der Parteivertreter nach der RVG im Rahmen eines förmlichen Kostenfestsetzungsverfahrens durch das jeweilige Gericht geprüft und festgesetzt. Ein Parteivertreter/Anwalt muss die Höhe der Vergütung für seine gerichtliche Tätigkeit nicht im Wege eines erneuten Zivilprozesses durchsetzen. Auch die Kostengrundentscheidung wird durch das Gericht getroffen, das mit dem Rechtsstreit betraut ist. Der Grundsatz der Einheit der Kostenentscheidung spiegelt sich gewissermaßen auch darin wieder, dass dasselbe Gericht, das im Rahmen des Urteils eine Kostengrundentscheidung trifft, auch über den Kostenfestsetzungsantrag entscheidet, der dem Vergütungsantrag des (vorläufigen) Insolvenzverwalters entspricht. Dementsprechend muss auch dem Insolvenzgericht, das den vorläufigen Verwalter mit der Durchführung der Verwaltung betraut, und vor dem das vorläufige Insolvenzverfahren auch ‚verhandelt‘ wird, die Kostenfestsetzung obliegen.

Selbst wenn davon auszugehen ist, dass es an einer analogen Regelung bedarf, ist es geradezu widersprüchlich, den vorläufigen Verwalter hier auf den Zivilrechtsweg zu verweisen. Anders als beim normalen Rechtsstreit handelt es

sich bei der vorläufigen Insolvenzverwaltung nicht um einen Parteiprozess, sondern um eine kraft Amtes ausgeübte Handlung, die aufgrund einer Bestellung durch das jeweilige Insolvenzgericht erfolgt. Wenn also schon für den Parteivertreter im Parteiprozess kein separater Prozess für die Kostenfestsetzung erforderlich ist, kann dies erst recht nicht für den vorläufigen Insolvenzverwalter gelten. Eine analoge Regelung muss sich deshalb zwingend an den Regelungen der InsO und der InsVV orientieren und nicht an den Regelungen des BGB.

Eine Entscheidung durch das Zivilgericht ist auch völlig unpraktikabel, da der Insolvenzrichter in der Regel durch die gefertigten Zwischenberichte bzw. die geführten Telefonate die sachnähere Prüfungsinstanz ist und über den tatsächlich zu vergütenden Aufwand besser entscheiden kann. Andernfalls müsste im Rahmen des Zivilverfahrens der Insolvenzrichter ggf. angehört werden, da er ja gerade keine Entscheidung getroffen hat.

Im Übrigen wäre durch eine andere Praxis eine Zersplitterung der Rechtsprechung zu erwarten, wenn über Vergütungsfragen im Fall der Nichteröffnung die Zivilgerichte entscheiden (*Graeber*, InsbürO 2010, S. 62 ff.; *Frind*, ZInsO 2010, S. 108 ff.). Es sei darauf hingewiesen, dass über die Vergütung für den vorläufigen Verwalter und für den Verwalter in aller Regel spätestens nach 6 Wochen entschieden werden soll. Allein für die Frage der Kostentragungslast sind schon ca. 8 Monate vergangen. Von einer effektiven und kostengünstigen Verfolgung des verfassungsrechtlichen Anspruches auf Vergütung kann nicht mehr ausgegangen werden.

Daraus folgt, dass nur das Insolvenzgericht berechtigt und verpflichtet ist, über einen Vergütungsantrag des vorläufigen Verwalters zu entscheiden. Dies gilt unabhängig davon, ob in einer Kostengrundentscheidung (Erledigung/Abweisung mangels Masse) auch die Kosten des vorläufigen Verwalters dem Antragsgegner auferlegt worden sind⁴.

Für den Fall, dass das Gericht dieser Auffassung folgt, wurde darum gebeten, das Verfahren an das Insolvenzgericht Uelzen zur Festsetzung der Vergütung nach §§ 21, 64 InsO i.V.m. § 11 InsVV zu verweisen.

Das LG ist dieser Auffassung und den obigen Ausführungen nicht gefolgt. Es hat sich für die Klage örtlich und sachlich für zuständig erklärt. Es sah sich wegen der Entscheidung des BGH³ aber auch wegen der Klage daran gehindert, die Angelegenheit an das AG zu verweisen.

In der mündlichen Verhandlung wurde jedoch deutlich zum Ausdruck gebracht, dass ganz erhebliche Gründe für eine Zuständigkeit des AG sprechen. Nicht zuletzt sei das AG mit dem das Verfahren begleitenden Insolvenzrichter zur Beurteilung ggf. vorhandener Erhöhungen und Erschwernisse viel dichter eingebunden. Die Angemessenheit einer Vergütung könne dort insgesamt besser beurteilt werden. Sofern es nach Festsetzung der Vergütung bei dem AG Uelzen zu einer Beschwerde wegen der sachlichen Zuständigkeit des

AG gekommen wäre, hätte das LG diese Beschwerde wohl zurückgewiesen.

Vor dem Hintergrund, dass die Angelegenheit aber ohnehin streitig sei, wäre das LG nach Verweisung und Festsetzung der Vergütung durch das AG in der nächsten Instanz wieder zuständig. Insofern haben auch pragmatische Gründe für eine Entscheidung gesprochen.

Die Entscheidung ist aber auch aus anderen Gründen bemerkenswert.

II. Anwendung der §§ 11, 2 und 3 InsVV für die Ermittlung der Höhe einer Vergütung

Zunächst hat das LG Lüneburg den Anspruch auf Vergütung aus den §§ 1835, 1836, 1915, 1987 und 2221 BGB analog hergeleitet. Danach wäre der vorläufige Insolvenzverwalter zu vergüten, wie ein Vormund, Nachlassverwalter, Testamentsvollstrecker bzw. wie ein „Vermögenspfleger“. Das entspricht den Entscheidungen des BGH.⁴ Das LG leitete den Anspruch auf Vergütung nicht aus der InsO oder der InsVV her.

In einem nächsten Schritt wird dann aber doch für die Berechnung der Vergütung eines vorläufigen Insolvenzverwalters auf § 11 Abs. 2 InsVV i.V.m. § 2 InsVV abgestellt. Aus den Vorschriften der §§ 1835, 1836, 1915, 1987 und 2221 BGB ist auch nichts über die Berechnungsgrundlage und die Form der Berechnung einer Vergütung zu entnehmen. Insofern bleibt festzuhalten, dass es natürlich bei der gängigen Berechnungsgrundlage und auch bei der gängigen Berechnungsmethode nach den §§ 11, 2 und 3 InsVV für die Vergütung des vorläufigen Verwalters bleibt. Demnach wird auch zukünftig zur Berechnung der Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters bei Erledigung des Antrags auf die InsVV und hier insbesondere auf § 11, 2 und 3 InsVV zurückgegriffen. I.Ü. wurde in der mündlichen Verhandlung zum Ausdruck gebracht, dass Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von § 11 InsVV nicht angezeigt sind.⁵

III. Schätzung der Berechnungsgrundlage

Sofern es nicht zur Gutachtenerstellung kommt, sind die Berechnungsgrundlage bzw. die freie Aktivmasse sowie der Wert von Aus- und Absonderungsrechten unsicher. Insofern bleibt es dabei, dass wenn eine genaue Ermittlung der Berechnungsgrundlage etwa wegen Antragsrücknahme nicht möglich war, die Berechnungsgrundlage zu schätzen ist.⁶ Vorliegend wurde dabei auf einen nach Erledigung des Antrags hier eingehenden Jahresabschluss für das Jahr 2007 zurückgegriffen. Es waren diesem Jahresabschluss sowohl Werte für eine freie Aktivmasse sowie für bestehende Grundpfandrechte zu entnehmen, sodass Wertansätze überhaupt geschätzt werden konnten. Dem Jahresabschluss

3 ZInsO 2010, 107 f.

4 ZInsO 2008, 151, 153 und ZInsO 2010, 107, 108.

5 S. dazu auch *Bork/Muthost*, ZIP 2010, 1627 ff.

6 BGH, ZInsO 2005, 757 ff.

waren Werte von zusammen ca. 1.300.000 € zu entnehmen. Die grundpfandrechtlichen abgesicherten Belastungen lagen im Jahr 2007 bei geschätzt ca. 650.000 €. Fraglich war daher, welcher Wert als Berechnungsgrundlage zu berücksichtigen ist. Sofern eine erhebliche Befassung mit Absonderungsrechten vorgelegen hat, wären insgesamt geschätzte 1.300.000 € (freie Masse einschließlich Aus- und Absonderungsrechte) mindestens zu berücksichtigen.

IV. Erheblichkeit der Befassung mit Absonderungsrechten i.S.v. § 11 InsVV

Das LG hat eine erhebliche Befassung mit den Grundpfandrechten verneint. Nach Auffassung des Verfassers kann dem LG nicht zugestimmt werden, denn in dem vorliegenden Verfahren wurden diverse und insbesondere auch notwendige Tätigkeiten entfaltet:

Die Eintragung des Sperrvermerkes in das Grundbuch musste durch den vorläufigen Insolvenzverwalter veranlasst werden, da zumindest der Verkauf einer Teilfläche bevorstand. Es wurde der Versicherungsschutz überprüft, da sich insbesondere diverse Versicherungsprämien in der Vollstreckung befanden. Ebenfalls wurde die Immobilie „in Besitz“ genommen. Es fanden Termine vor Ort auch in Bezug auf die Absonderungsrechte statt. Der angeforderte Grundbuchauszug wurde bewertet und insbesondere auf eine Wertfindung und in Bezug auf die eingetragenen Sicherungsrechte analysiert. Es wurde mit der örtlichen Sparkasse wegen der Sicherungsrechte als Grundpfandgläubiger Kontakt aufgenommen und die Verwertungsmöglichkeiten sowie Sanierung in Form eines Insolvenzplanverfahrens erörtert. Weiter wurde mit dem Finanzamt Uelzen wegen eingetragener Sicherungshypotheken und aktuell vorhandener Steuerverbindlichkeiten Rücksprache gehalten. Das Immobilienvermögen lag verstreut, es waren diverse Grundbuchblätter vorhanden. Die HöfeO als ggf. infrage kommende Grundlage für weitere Absonderungsrechte wurde geprüft. Das LG ist der Auffassung, dass eine erhöhte Berechnungsgrundlage für die vorläufige Verwaltung nur dann in Betracht kommt, wenn sich der vorläufige Verwalter mit dem aus- oder absonderungsbelasteten Gegenstand genau so befasst hat, wie der endgültige Verwalter.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Die Regelung des § 11 InsVV bzgl. der erheblichen Befassung bezieht sich gerade auf die Situation in der vorläufigen Insolvenzverwaltung. Die Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters reichen nicht an die Befugnisse des endgültigen Verwalters. Daher kann sich der vorläufige Verwalter gar nicht mit den Absonderungsrechten in der Form befassen, wie der endgültige Verwalter. Schon gar nicht kann er Gegenstände mit Aus- und Absonderungsrechten in der vorläufigen Verwaltung regelmäßig einer Verwertung oder einer Abfindung – wie vom LG für eine erhebliche Befassung gefordert – zuführen.

Allein der Umstand, dass es sich um einen unkooperativen Schuldner gehandelt hat, dass Sicherungsmaßnahmen (Sicherungsvermerk) zur Vermeidung ungenehmigter Verkäu-

fe von Teilflächen notwendig waren, dass es sich um einen insofern laufenden (landwirtschaftlichen) Betrieb gehandelt hat⁷ und das Grundvermögen auseinanderlag und der Versicherungsschutz ermittelt werden musste,⁸ rechtfertigt in Bezug auf die damit zusammenhängenden Absonderungsrechte die Annahme einer erheblichen Tätigkeit. Es bleibt gar kein Raum für eine „nur“ nennenswerte Tätigkeit. Dies dürfte jedoch immer eine Frage des Einzelfalls bleiben. Daher ist insbesondere bei der Fertigung von Zwischenberichten und Fertigung von „Vergütungsanträgen“ auf die Beschreibung dieser Tätigkeit zu achten. Hier ist unmissverständlich die Erheblichkeit der Tätigkeit deutlich darzulegen. In dem vorliegenden Verfahren ist durch die Kammer zwar die Insolvenzakte beigezogen worden. Der Insolvenzrichter ist jedoch bzgl. der entfaltenen Tätigkeiten dichter am Sachverhalt. In dem vorliegenden Verfahren ist seitens des Verfassers allerdings auch nicht ausreichend vorgetragen worden.

V. Mögliche Erhöhungstatbestände

Das LG hat jedoch darauf hingewiesen, dass in den Fällen, wo eine erhebliche Befassung mit Aus- und Absonderungsrechten vorgetragen aber verneint wird, grds. dann aber ein Zuschlag i.S.v. § 3 InsVV zu gewähren ist. In dem vorliegenden Fall wären daher Erhöhungen für die vorgenommene Prüfung von Rechtsfragen in Bezug auf die HöfeO, Vorbereitung zu einem Planverfahren, die Bearbeitung bzw. insbesondere die erhebliche Befassung mit Aus- und Absonderungsrechten sowie wegen eines obstruktiven Verhaltens des Insolvenzantragsgegners möglich gewesen. Diese sind nicht beantragt worden. Im Verhältnis zu einer erhöhten Berechnungsgrundlage wegen der Einbeziehung der Absonderungsrechte wäre eine Erhöhung von „nur“ 0,5 auf die ermittelten Regelvergütung in der vorläufigen Insolvenzverwaltung für den Schuldner viel nachteilhafter gewesen. Es wären hier rd. 25.000 € mehr angefallen.

VI. Fazit

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass für den Fall der Erledigung des Insolvenzantrags bzgl. der Vergütung für die vorläufige Insolvenzverwaltung nach der vorliegenden Entscheidung auf den Zivilrechtsweg zu verweisen ist. Das zuständige Gericht wird sich hier bzgl. der Vergütung für die vorläufige Verwaltung auf den „Tarif“ InsVV stützen und die §§ 11, 2 und 3 InsVV für die Berechnung berücksichtigen. Ebenfalls wird ggf. die Berechnungsgrundlage zu schätzen sein. Für Erhöhungen gilt § 3 InsVV. Ob es gelingt, immer sachgerechte Entscheidungen zu erreichen, bleibt abzuwarten. Das Insolvenzgericht hat wegen der engen Zusammenarbeit mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter eine bessere Kenntnis vom jeweiligen Antragsverfahren und ist daher meist effektiver und „treffsicherer“ mit seiner Entscheidung. Das gewöhnliche Festsetzungsverfahren ist zudem meist zeitnah abgeschlossen. Dass nunmehr der

7 LG Potsdam, ZIP 2005, 914; LG Traunstein, ZInsO 2005, 477.

8 LG Wuppertal, ZInsO 2006, 1198.

ehemalige vorläufige Insolvenzverwalter gehalten ist, mit dem Schuldner bzw. Insolvenzantragsgegner seine Vergütung auszuhandeln und sie dann ggf. gerichtlich auf dem streitigen Zivilrechtsweg einzuklagen, ist nicht hinnehmbar. Einerseits vergehen hier i.d.R. bis zu einer Entscheidung mehrere Monate wenn nicht gar Jahre. Bei Obsiegen ist zudem nicht klar, ob die ausgeurteilte und titulierte Vergütung allein schon wegen des Zeitablaufs eintreibbar sein wird. Es entstehen für den Schuldner zumeist zusätzliche Rechtsanwaltskosten. Ob der mit dem Sachverhalt zuvor betraute Gutachter und vorläufige Insolvenzverwalter in einem neu-

en Verfahren das „Vertrauen“ des Schuldners genießt, dürfte fraglich sein. Sofern es bei der Zersplitterung für die Zuständigkeit bei erledigten Insolvenzanträgen bleibt und der BGH seine Auffassung nicht überprüft und ggf. klarstellt, ist der Gesetzgeber aufzufordern die Festsetzung einer Vergütung für den ehemaligen vorläufigen Insolvenzverwalter dem Insolvenzgericht ausdrücklich zuzuweisen. Insofern mag geregelt werden, dass die Vergütungsfestsetzung für den vorläufigen Verwalter vor Aufhebung der vorläufigen Insolvenzverwaltung bzw. vor Aufhebung von Sicherungsmaßnahmen durch das Insolvenzgericht zu erfolgen hat.

Nochmals: Aufrechnung gegen den Auszahlungsanspruch gem. § 37 Abs. 5 KStG

Replik zu Krüger, ZInsO 2010, 1732 ff.

von Wiss. Mitarbeiter Dr. Manuel Ladiges, LL.M. (Edinburgh), Göttingen

Aus Insolvenzverwaltersicht ist es nachvollziehbar, dass Krüger die aktuellen (nicht rechtskräftigen) Entscheidungen des FG Niedersachsen¹ und des FG Thüringen² zur Aufrechnung der Finanzverwaltung gegen den Auszahlungsanspruch auf das Körperschaftsteuerguthaben gem. § 37 Abs. 5 KStG kritisiert. Immerhin hat die Finanzverwaltung auf Grundlage dieser Rechtsprechung weiterreichende Aufrechnungsmöglichkeiten als nach der – auch von Krüger vertretenen – Auffassung, die unter Anwendung von § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO eine Aufrechnungsmöglichkeit verneint, wenn das Insolvenzverfahren bis zum 31.12.2006 eröffnet worden ist.³ Gleichwohl fordern Krügers Ausführungen Widerspruch heraus, wie im Folgenden kurz gezeigt wird.

Krügers Argumentation leidet an dem grundsätzlichen Fehler, dass er im Wesentlichen aus den Vorschriften über die steuerrechtliche Entstehung des Auszahlungsanspruchs gem. § 37 Abs. 5 KStG die insolvenzrechtliche Entstehung herleiten will. Diese unzutreffende Grundannahme wird besonders an zwei Stellen deutlich: Erstens verweist Krüger auf den Gesetzestext des § 37 Abs. 5 Satz 2 KStG „Der Anspruch entsteht mit Ablauf des 31. Dezember 2006 oder des nach Absatz 4 Satz 2 oder Satz 3 maßgebenden Tages.“ und will daraus einen Willen des Gesetzgebers ableiten, dass der Auszahlungsanspruch insolvenzrechtlich erst zum 31.12.2006 entstanden bzw. begründet worden ist. Zweitens zieht er das BMF-Schreiben v. 14.1.2008 heran, in dem es heißt, der gesamte Anspruch entstehe mit Ablauf des 31.12.2006,⁴ um u.a. damit eine Selbstbindung der Verwaltung in Bezug auf ein Aufrechnungsverbot gem. § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO bei Verfahrenseröffnung vor dem 31.12.2006 zu begründen.

Der Zeitpunkt der steuerrechtlichen Entstehung ist jedoch für die insolvenzrechtliche Entstehung nicht entscheidend,⁵ auch wenn es Fälle geben kann, in denen beides deckungsgleich ist.⁶ Denn für den BFH kommt es für die insolvenzrechtliche Entstehung eines Steuererstattungsanspruchs⁷ darauf an, ob „der zu Grunde liegende zivilrechtliche Sachverhalt, der zu der Entstehung der Steueransprüche führt,

bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verwirklicht worden ist“.⁸ Daraus folgt insbesondere, dass Krügers Rückgriff auf die allgemeinen Regelungen zum Entstehen eines Steuererstattungsanspruchs in §§ 37 Abs. 2, 38 AO⁹ für sich genommen für die Frage der insolvenzrechtlichen Entstehung nichts hergibt. I.Ü. ist es fernliegend, dass der Gesetzgeber mit der Änderung des § 37 Abs. 5 KStG – einer steuerrechtlichen (!) Vorschrift – Aussagen über die Entstehung des Auszahlungsanspruchs im insolvenzrechtlichen Sinne machen wollte. Hinweise auf diesen angeblichen Willen des Gesetzgebers finden sich in den Gesetzesmaterialien nicht, sondern es ist vielmehr anzunehmen, dass § 37 Abs. 5 Satz 2 KStG lediglich die steuerrechtliche Entstehung i.S.v. § 38 AO regelt.¹⁰

Auch das Argument einer Selbstbindung der Verwaltung¹¹ hinsichtlich der Aufrechnung gegen den Auszahlungsanspruch überzeugt aus mehreren Gründen nicht. Zunächst führt Krüger selbst an, dass eine aus Art. 3 Abs. 1 GG ab-

1 Urt. v. 20.5.2010 – 6 K 408/09, ZInsO 2010, 1749.

1 Urt. v. 20.5.2010 – 6 K 408/09, ZInsO 2010, 1749.

2 Urt. v. 18.2.2010 – 2 K 215/09, EFG 2010, 750 = LNR 2010, 17285.

3 OFD Münster v. 20.4.2007 – Kurzinfo Verfahrensrecht 10/1007, ZInsO 2007, 706; OFD Koblenz v. 7.12.2007 – S 0453 A/S 0550 A/S 0166 A – St 34 1/St 34 2/St 35 8, DSStR 2008, 354, 355; Grasshoff/Kleinmanns, ZInsO 2008, 609, 611; Schmittmann, ZInsO 2008, 502, 503.

4 DSStR 2008, 301, 302.

5 Vgl. BFH, Urt. v. 5.10.2004 – VII R 69/03, DSStR 2005, 190, 192 = ZInsO 2005, 542; Uhlenbruck/Sinz, InsO, 13. Aufl. 2010, § 96 Rn. 18; Pahlke/Koenig/Fritsch, AO, 2. Aufl. 2009, § 251 Rn. 84.

6 Vgl. BFH, Urt. v. 17.4.2007 – VII R 34/06, DSStR 2007, 1060 = LNR 2007, 31561.

7 Zur rechtlichen Einordnung des Auszahlungsanspruchs gem. § 37 Abs. 5 KStG als Steuererstattungsanspruch s. Ladiges, DSStR 2008, 2041, 2042.

8 BFH, Beschl. v. 30.4.2007 – VII B 252/06, DSStR 2007, 1194 = LNR 2007, 32189; BFH, Urt. v. 17.4.2007 – VII R 27/06, BSStBl. II 2009, S. 589 = ZInsO 2007, 664; BFH, Urt. v. 5.10.2004 – VII R 69/03, BSStBl. II 2005, S. 195 = ZInsO 2005, 542.

9 So Krüger, ZInsO 2010, 1732, 1733.

10 So auch FG Thüringen, Urt. v. 18.2.2010 – 2 K 215/09, EFG 2010, 750, 751 = LNR 2010, 17285.

11 Krüger, ZInsO 2010, 1732, 1734 f.