



Band 6

Schriftenreihe des  
**Centrum**

für Deutsches & Europäisches

**Insolvenzrecht**

Herausgegeben von Stefan Smid, Silke Wehdeking  
und Mark Zeuner

Torsten Martini

**Die Anfechtbarkeit der Zahlung  
der Vergütung des vorläufigen  
Insolvenzverwalters im Zweitverfahren**

# Teil A. Einleitung und Problemdarstellung

Aus Sicht des Gesetzes, der Gläubiger, des Schuldners und des Gerichts ist Insolvenzverwaltung treuhänderische Verwaltung fremden Vermögens. Aus Sicht des Insolvenzverwalters ist sie in Zeiten zunehmender Professionalisierung der Insolvenzverwaltung und anhaltenden Wettbewerbsdrucks, nicht erst seit Inkrafttreten des ESUG, mehr: sie bildet seine Existenzgrundlage.

Umso irritierender, wenn der Bundesgerichtshof dem vorläufigen Verwalter seine Vergütung mit Mitteln des Insolvenzrechts, nämlich der Anfechtung, auf Grundlage einer Entscheidung vom 15.12.2011 wieder nimmt, wenn es nicht unmittelbar, sondern erst aufgrund eines späteren Antrages, zur Verfahrenseröffnung kommt, und der vorläufige Verwalter damit pro bono tätig wurde.

Ob die Rechtsprechung des BGH konsistent und zwingend ist, will diese Arbeit ebenso zeigen wie sie die verfassungsrechtlichen Grenzen herausarbeiten will, die einer solchen Heranziehung eines Privaten im Sinne des Gemeinwesens und anderer Privater entgegenstehen. Sie versucht einen Lösungsvorschlag einer verfassungskonformen Interpretation der Regelungen des Gesetzes, die das Ausfallrisiko des vorläufigen Verwalters auf ein vertretbares und gerechtes Maß begrenzt.

## I. Problematik

Anlass der Untersuchung ist eine Entscheidung des 9. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 15.12.2011<sup>1</sup>, in der der erkennende Senat über die Frage zu entschieden hatte, ob in einem Folgeverfahren der frühere vorläufige Insolvenzverwalter seine Vergütung nach Erledigung des Fremdantrags in anfechtbarer Weise erlangt und demgemäß an die Masse des Zweitverfahrens herauszugeben hat.

Der 9. Zivilsenat hatte über folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

Der Insolvenzverwalter beehrte mit seiner Anfechtungsklage von dem Beklagten die Rückzahlung seiner Vergütung, die diesem vom Insolvenzschuldner erbracht worden war.

---

1 Az. IX ZR 118/11 = NZI 2012, 135.

Der Beklagte war vom zuständigen Insolvenzgericht in einem Antragsverfahren, dem ein gegen den Schuldner gerichteter Insolvenzantrag eines Gläubigers zugrunde lag, zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt worden. Der Schuldner leistete während des Antragsverfahrens auf die Forderung des Antragstellers vollständige Zahlung, der daraufhin die Erledigung seines Antrags erklärte.

Der frühere vorläufige Insolvenzverwalter hatte Gelder des Schuldnervermögens auf einem als echtes Anderkonto geführten Sonderkonto angelegt<sup>2</sup>.

Nach Aufhebung der vorläufigen Anordnung des Insolvenzgerichts, mit der der vorläufige Insolvenzverwalter bestellt worden war, hatte er auf die auf dem Anderkonto gebuchten Gelder zugegriffen, um hieraus seine Vergütung zu bestreiten.

Später wurde ein weiterer Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt, der schließlich zur Eröffnung unter Bestellung des Klägers zum Insolvenzverwalter führte.

Der 9. Zivilsenat bejahte wegen der Verkürzung der Aktivmasse durch die Entnahme der Vergütung von dem Anderkonto die von § 129 Abs. 1 InsO geforderte objektive Gläubigerbenachteiligung. Ein Bargeschäft nach § 142 InsO habe nicht vorgelegen. Der erkennende Senat ließ offen, ob der frühere vorläufige Insolvenzverwalter und Beklagte die Befriedigung seines Vergütungsanspruchs in inkongruenter Weise erlangt habe, jedenfalls habe eine kongruente Deckung vorgelegen.

Das Urteil des Bundesgerichtshofs ist aufgrund der Gesetzeslage vor Inkrafttreten des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)<sup>3</sup> ergangen. Bis zu diesem Zeitpunkt entsprach es der Judikatur des 9. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, dass bei Erledigung des Eröffnungsantrages der vorläufige Insolvenzverwalter keinen Anspruch wegen seiner Vergütung gegen die Staatskasse geltend machen konnte. Er hatte vielmehr seinen materiell-rechtlichen Vergütungsanspruch gegen den Schuldner im allgemeinen Zivilrechtsweg zu verfolgen<sup>4</sup>. Denn nach hergebrachten Grundsätzen konnte vor Einführung des § 26a InsO der Vergütungsanspruch des vorläufigen Insolvenzverwalters nicht durch das Insolvenzgericht gegen den Schuldner festgesetzt werden. Das summarische Festsetzungsverfahren steht im Allgemeinen dem Insolvenzverwalter zur Durchsetzung seiner Vergütungsansprüche nur im über das

---

2 Zur Systematik der Ander- und Treuhandkonten in der Insolvenz: Stahlschmidt NZI 2011, 272 ff.

3 Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 07.12.2011, BGBl I 2011 S. 2582.

4 BGH, B. v. 03.12.2009 – IX ZB 280/08 = NZI 2010, 98. Anders zuvor insbesondere die Urteilsanmerkung von Frind in ZInsO 2010, 108 (109). Zur vorerwähnten Entscheidung des BGH siehe insbesondere Uhlenbruck NZI 2010, 161 ff.

Vermögen des Schuldners eröffneten Insolvenzverfahren zu. Die Festsetzung der Vergütung durch das Insolvenzgericht gibt dem berechtigten Insolvenzverwalter nämlich das Recht, seine Vergütung der von ihm verwalteten Barmasse zu entnehmen. Der 9. Zivilsenat hat daher entschieden, dass für den Fall, dass es etwa wegen Erledigung des Eröffnungsantrages oder aber auch wegen Unzulänglichkeit der Masse, also mangels Kostendeckung, nicht zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens gelangt, der vorläufige Insolvenzverwalter nach Beendigung seines Amtes seine Vergütung vom Schuldner auf dem allgemeinen Rechtsweg zu fordern habe<sup>5</sup>.

Die Entscheidung des BGH vom 15.12.2011 hat für Unruhe gesorgt. Aus der Sicht der Insolvenzpraxis ist sie irritierend, da die Anfechtung der Zahlung der Vergütung im Folgeverfahren dazu führt, dass die Arbeit des vorläufigen Insolvenzverwalters unbezahlt bleibt. Über diese Irritationen hinaus ist diese Entscheidung des BGH aber auch geeignet, grundsätzlichere Fragen als die nach der berufsrechtlichen Stellung des vorläufigen Insolvenzverwalters zu erörtern. Sie verweist nämlich auf Grundsatzfragen des Insolvenzrechts.

Es wird im Folgenden auch näher zu erörtern sein, welche anfechtungsrechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben, dass zum Zeitpunkt des ersten Eröffnungsantrages, aufgrund dessen der vorläufige Insolvenzverwalter bestellt worden ist, eine vermögensrechtliche Lage des Schuldners bestanden hat, die unter dem Schlagwort der *materiellen Insolvenz* seit langem Gegenstand insolvenzrechtswissenschaftlicher Diskussionen ist.

Ob die Entscheidung des BGH zur Anfechtbarkeit der Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters richtig ist, kann nicht von berufsrechtspolitischen Präferenzen abhängen. Sie ist vor dem Hintergrund sowohl der systematischen Einordnung des Insolvenzantrags- (bzw. in der Diktion des ESUG) Eröffnungsverfahrens auf der einen Seite wie auch dem der Funktion des Insolvenzanfechtungsrechts auf der anderen Seite zu bestimmen.

Die Entscheidung berührt damit grundsätzliche Fragen des Insolvenzanfechtungsrechts, des Berufsrechts der Insolvenzverwalter und beinhaltet schlussendlich eine verfassungsrechtliche Problematik, nämlich die Frage, ob und falls ja, in welchem Umfang es mit der Berufsfreiheit des Insolvenzverwalters vereinbar ist, dass seine Tätigkeit nicht vergütet oder sein Vergütungsanspruch jedenfalls konkret gefährdet wird.

---

5 BGH, Urteil vom 13.12.2007 – IX ZR 196/06 = NJW 2008, 583.

## II. Inhalt der Entscheidung

Die Entscheidung des 9. Zivilsenats ist deshalb bemerkenswert, weil der anfechtungsrechtliche Ansatz nicht wirklich zwingend erscheint.

### 1. Festsetzung der Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters nach Aufhebung der erlassenen Sicherungsmaßnahmen

Zum Zeitpunkt der Erledigungserklärung hatte der Beklagte sein Gutachten, das er als Sachverständiger erstellt und in dem er die Zahlungsunfähigkeit festgestellt hatte, bereits eingereicht. Das Gericht hob am 09.06.2006 die vorläufige Insolvenzverwaltung auf und setzte die Vergütung des Beklagten für seine Tätigkeit auf dessen Antrag hin mit Beschluss vom 28.07.2006 auf 5.520,95 € fest. Diesen Betrag überwies der Beklagte sodann am 09.08.2006 von einem Sonderkonto, das er im Rahmen der vorläufigen Verwaltung eingerichtet hatte, auf ein eigenes Konto.

Der Bundesgerichtshof lässt offen, ob das Gericht hierzu überhaupt berechtigt war, ferner, ob der Vergütungsfestsetzungsbeschluss wirksam war und der Beklagte die Vergütung „in ausdehnender Anwendung des § 25 Abs. 2 InsO“ tatsächlich entnehmen durfte.

Dies war sicherlich nicht der Fall, nachdem der BGH bereits Ende 2009<sup>6</sup> entschieden hatte, dass eine Vergütungsfestsetzung bei fehlender Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht nach § 64 InsO i. V. m. §§ 8, 10 InsVV erfolgen kann, der ehemalige vorläufige Insolvenzverwalter vielmehr auf den ordentlichen Rechtsweg zu verweisen ist, um dort seinen materiell-rechtlichen Vergütungsanspruch, der ihm analog §§ 1835, 1836 1914, 1987, 2221 BGB zustehe, durchzusetzen<sup>7</sup>.

Dass der BGH die Frage der Berechtigung des Gerichts zur Vergütungsfestsetzung und infolge dessen auch die Frage offenlässt, ob die Festsetzung überhaupt wirksam (und nicht evtl. nichtig) ist<sup>8</sup>, verwundert, hätte doch die Diskussion einer Nichtigkeit der Festsetzung mangels funktionaler Zuständigkeit des Gerichts mit der möglichen Folge einer Rückforderbarkeit der gezahlten Vergütung nach Bereicherungsrecht nicht ferngelegen. Hätte das Gericht eine solche bejaht, wäre es auf

---

6 BGH, B. v. 03.12.2009 – IX ZB 280/08 = NZI 2010, 98.

7 Hierzu auch BGH, Urt. v. 26.06.2001 – IX ZR 209/98 = BGHZ 148, 175.

8 hierzu: BGH, B. v. 08.03.2012 – IX ZB 219/11 (Rechtswidrigkeit, aber keine Nichtigkeit).

die – wie sich noch zeigen wird<sup>9</sup> – problematischen Voraussetzungen der §§ 129 ff. InsO nicht angekommen.

## 2. Eröffnung des Verfahrens auf den Zweitantrag hin

Nach einem (weiteren) Insolvenzantrag, nämlich des Finanzamtes vom 25.07.2006, wurde sodann am 16.11.2006 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet. Die zur Insolvenzverwalterin bestellte Klägerin begehrte von dem Beklagten – also ihrem Vorgänger im Amt – die Rückgewähr eben dieser 5.220,95 €, die dieser für seine Tätigkeit als vorläufiger Insolvenzverwalter in dem früheren Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen der heutigen Schuldnerin erhalten hatte.

Nachdem die Klage in erster<sup>10</sup> und zweiter<sup>11</sup> Instanz erfolglos war, hatte sie beim Bundesgerichtshof Erfolg.

Tatsächlich bejahte der BGH nämlich im Gegensatz zu den Vorinstanzen die Tatbestandsvoraussetzungen eines Anfechtungsanspruchs<sup>12</sup> wegen kongruenter Deckung gem. §§ 143, 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO, wobei er die Frage, ob zugleich eine inkongruente Deckung gegeben sei, dahinstehen ließ, da jedenfalls eine kongruente vorliege.

Die Überweisung der festgesetzten Vergütung stelle eine anfechtbare Rechts-handlung dar. Der ehemalige vorläufige Insolvenzverwalter sei Insolvenzgläubiger i. S. d. § 130 Abs. 1 InsO. Darunter falle jeder Gläubiger, der ohne die erlangte Deckung in einem anschließenden Insolvenzverfahren mit seiner Forderung im Rang der §§ 38, 39 InsO am Insolvenzverfahren teilgenommen habe.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen stellten die Vergütungsansprüche des Beklagten im eröffneten Verfahren auch keine Massekosten dar.

Die §§ 53, 54 Nr. 2 InsO betreffen nur die Kosten des *eröffneten und durchgeführten* Verfahrens, nicht aber die Kosten anderer, auch nicht vorangegangener Verfahren, die nicht zur Eröffnung gelangten und nach wirksamer Erledigung auch nicht zur Eröffnung gelangen *konnten*. Etwas anderes gelte auch dann nicht, wenn – dies trug der Beklagte in der Revision vor – eine einheitliche materielle Insolvenz vorgelegen habe, m. a. W. bereits im früheren Verfahren

---

9 Hierzu D. II. 4.

10 LG Neuruppin, Urt. v. 15.04.2010 – 3 O 265/09 = DZWIR 2012, 367.

11 OLG Brandenburg, Urt. v. 09.02.2011 – 7 U 91/10 = DZWIR 2012, 367.

12 Zur Rechtsnatur und den Voraussetzungen der §§ 129 ff. siehe unten D. II.

ein Eröffnungsgrund vorgelegen habe und dieses Verfahren nur mangels eines zulässigen Gläubigerantrages nicht zur Eröffnung gelangt sei.

Der BGH lässt offen, ob dies entsprechend dem Rechtsgedanken des § 139 Abs. 2 InsO angenommen werden könne, wenn mehrere zulässige und begründete Eröffnungsanträge vorliegen, von denen nur einer zur Eröffnung führte, weshalb die anderen aus verfahrensrechtlichen Gründen für erledigt erklärt werden mussten. Er betont, dass in einem solchen Fall auch die für erledigt erklärten Anträge zur Eröffnung geführt hätten, so dass es naheliegend sei, dort angefallene Vergütungen eines vorläufigen Insolvenzverwalters dem eröffneten und durchzuführenden Verfahren zuzurechnen.

Denkbar ist dies, wenn an verschiedenen Gerichten Insolvenzanträge über das Vermögen ein und desselben Schuldners anhängig sind und das Gericht jeweils verschiedene vorläufige Insolvenzverwalter bestellt oder aber wenn bei einem und demselben Gericht mehrere Insolvenzanträge vorliegen und dort, z. B. durch verschiedene Richter, verschiedene vorläufige Insolvenzverwalter bestellt werden<sup>13</sup>.

Der nach Zahlung wirksam für erledigte Antrag habe jedoch nicht mehr zur Eröffnung führen können. Der vorläufige Insolvenzverwalter habe es in der Hand gehabt, durch Verweigerung der Zustimmung zur Zahlung die Erledigung zu vermeiden.

Zum Streitstand hinsichtlich der möglichen Rechtsmissbräuchlichkeit der Erledigung in diesem Fall: Nerlich/Römermann-Mönning, § 13 Rn. 117 m. w. N. Siehe auch Schmahl NZI 2002, 177 (183 f.), der davon ausgeht, dass mit Anordnung jedenfalls einer Verfügungsbeschränkung die spätere Verfahrenseröffnung und Gläubigerbefriedigung vorbereitet werde und der die Zahlung in Kenntnis dieser Verfügungsbeschränkung annehmende Gläubiger rechtsmissbräuchlich handle, indem er dokumentiere, dass es ihm bei seinem Antrag nicht um eine Mitwirkung hinsichtlich der Verfahrenseröffnung zwecks Verwirklichung der *par condicio creditorum* gehe, sondern ausschließlich um eigene wirtschaftliche Interessen.

Die Zustimmung zur Zahlung habe er aber, so der BGH weiter, nicht verweigert. Die erforderliche Gläubigerbenachteiligung liege in der Minderung des massezugehörigen Bestandes auf dem eingerichteten Anderkonto zugunsten des Beklagten. Zwar habe es sich um ein echtes Anderkonto gehandelt, dessen Vollrechtsinhaber der Beklagte mit der Folge gewesen sei, dass er allein der Bank

---

13 Zur Problematik des § 139 InsO: Wazlawik NZI 2009, 368 ff. Vgl. im übrigen L/S/Z-Zeuner, § 139 Rn. 16.

gegenüber berechtigt und verpflichtet gewesen sei<sup>14</sup>. Dort eingehende Gelder gehörten auch weder zur Insolvenzmasse noch zum Schuldnervermögen<sup>15</sup>. Es handele sich jedoch um offene Vollrechtstreuhandkonten<sup>16</sup>; die dort eingehenden Gelder seien Treugut des Insolvenzschuldners, die bei Beendigung des Treuhandverhältnisses gem. § 667 BGB an diesen herauszugeben seien.

Die Benachteiligung der Gläubiger sei demnach mindestens eine mittelbare, da der Beklagte durch die Überweisung des Geldes vom Ander- auf sein eigenes Konto seiner Verpflichtung zur Herausgabe an den Schuldner nicht mehr habe nachkommen können. Eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung reiche aus, da das Tatbestandsmerkmal der Gläubigerbenachteiligung i. S. d. § 129 Abs. 1 InsO im Hinblick auf den Grundsatz der *par condicio creditorum* umfassend zu verstehen sei<sup>17</sup>.

Das Vorliegen eines die Anfechtung ausschließenden Bargeschäfts im Sinne des § 142 InsO lehnt der BGH ab. Zwar könnten auch Dienstleistungen von Rechtsanwälten und ähnlichen Berufen grundsätzlich unter das Bargeschäftsprivileg fallen<sup>18</sup> und die Tätigkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters sei mit diesen Tätigkeiten vergleichbar. Es sei auch nicht entscheidend, dass es an einer nach der Rechtsprechung des Senats notwendigen Vereinbarung zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner fehle<sup>19</sup>, der Senat erwog aber, die Tätigkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters dem gleichzustellen, gleichwohl dieser nach Auffassung des BGH nicht kraft Vereinbarung mit dem Schuldner tätig wird, sondern infolge hoheitlicher Bestellung durch das Insolvenzgericht. Diese Gleichsetzung sei möglich, da § 142 InsO seinem Wortlaut nach nur darauf abstelle, ob für die Leistungen des Schuldners unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt sei.

Jedenfalls fehle es aber an der Unmittelbarkeit des Leistungsaustauschs, wie ein Rückgriff auf die Rechtsprechung des Senats zum Bargeschäft im Rahmen des anwaltlichen Mandatsverhältnisses zeige. In einem solchen Fall schließt der Senat ein Bargeschäft aus, wenn zwischen dem Beginn der anwaltlichen Tätigkeit und

---

14 Hierzu BGH, Urt. vom 18. 12. 2008 – IX ZR 192/07 = NZI 2009, 245; BGH, Urt. v. 12.05.2011 – IX ZR 133/10 = ZIP 2011, 1220.

15 Hierzu BGH, B. v. 20.09.2007 – IX ZB 239/06 = BeckRS 2007, 16307.

16 BGH, Urt. v. 12.05.2011 – IX ZR 133/10 = NZI 2011, 586.

17 BGH, B. v. 27.03.2008 – IX ZR 210/07 = NZI 2008, 293. Zum Tatbestandsmerkmal der Gläubigerbenachteiligung jüngst umfassend: Harbeck, passim.

18 BGH, Urt. v. 13.04.2006 – IX ZR 158/05 = BGHZ 167, 190.

19 In diesem Sinne: BGH, Urt. v. 29.11.2007 – IX ZR 30/07 = BGHZ 174, 297 Rn. 41; BGH, Urt. v. 21.01.1010 – IX ZR 65/09 = BGHZ 184, 101 Rn. 13.

der Erbringung der Gegenleistung mehr als 30 Tage liegen. Bei Vorschussanforderungen liege ein Bargeschäft nur vor, wenn in regelmäßigen Abständen Vorschüsse eingefordert würden, die in etwa den bisherigen Leistungen oder alternativ dem Wert der Leistungen der nächsten 30 Tage entsprächen<sup>20</sup>.

Der Rückgriff des Bundesgerichtshofs auf seine Rechtsprechung zu anwaltlichen Dienstleistungen verwundert, wurde dem Insolvenzverwalter doch kein Mandat erteilt. Vielmehr wird er gerichtlich bestellt, um die künftige Insolvenzmasse zwecks späterer anteiliger Befriedigung der Insolvenzgläubiger zu sichern. Seine Tätigkeit liegt in den seltensten Fällen im Interesse des Schuldners.

Der BGH stellt dennoch auf diese 30-Tage-Frist ab und betont, dass es im entschiedenen Fall an dieser fehlte: Der Beklagte begann seine Leistungen mit seiner Bestellung am 31.03.2006. Seine Tätigkeit stellte er am 08.08.2006 – also mehr als vier Monate später – in Rechnung, nachdem er zuvor am 16.06.2006 seine Tätigkeit gegenüber dem Gericht abgerechnet hatte. Er entnahm die Vergütung am 09.08.2006. Zwischen dem Beginn der Tätigkeit und der Zahlung seiner Tätigkeit lagen damit mehr als vier Monate. Selbst wenn man – so der Senat – auf den Zeitpunkt abstelle, in dem der Beklagte seinen Vergütungsanspruch erstmalig geltend gemacht habe (also am 16.06.2006), sei die 30-Tages-Frist seit Beginn der Tätigkeit nicht gewahrt gewesen. Der BGH meint, er müsse zur Vermeidung einer unangemessenen Ausdehnung des Bargeschäfts an dieser Frist festhalten.

Bemerkenswert ist das vom Senat angerissene, im Ergebnis aber nicht vertiefte, Verschuldensargument: Der Senat meint offensichtlich, es sei erwägenswert, auf die erstmalige Geltendmachung des Vergütungsanspruchs gegenüber dem Gericht abzustellen, „weil der Beklagte davon ausging, vor der Festsetzung der Vergütung diese nicht beanspruchen zu können“.

Abgesehen davon, dass der Anspruch auf Zahlung einer Vergütung dem Grunde nach von der Festsetzung durch das Gericht unabhängig ist und dies jedem Insolvenzverwalter bewusst sein dürfte, enthält § 142 InsO kein irgendwie geartetes Verschuldensmoment. Ein solches – und insoweit ist dieser Halbsatz gefährlich – würde eine ausufernde Anwendung des Bargeschäftsprivilegs gerade heraufbeschwören.

Das Anfechtungsrecht ist generell verschuldensunabhängig. Dies gilt auch und erst recht für § 142 InsO. Hinzukommt, dass das Bargeschäftsprivileg es dem materiell insolventen Schuldner ermöglichen soll, weiter am Geschäftsverkehr teilzunehmen, indem es ausschließt, dass jegliche Zahlung während der materiellen Insolvenz für den Fall der späteren Eröffnung des Insolvenzverfahrens

---

20 BGH, Urt. v. 13.04.2006 – IX ZR 158/05 = NZI 2006, 469; BGH, Urt. v. 06.12.2007 – IX ZR 113/06 = NZI 2008, 173; BGH, B. v. 18.09.2008 – IX ZR 135/05 = BeckRS 2008, 20943.

rückgängig gemacht wird. Es dient daher zuvörderst dem unternehmerisch tätigen Schuldner selbst<sup>21</sup>, der aber – wie ausgeführt – an der Anordnung einer vorläufigen Insolvenzverwaltung und den damit verbundenen Wirkungen in aller Regel kein Interesse hat.

Der Umstand, dass dem Beklagten daher die verspätete Geltendmachung seines Vorschussanspruchs zum Nachteil gereichen soll, ist vor dem Hintergrund der Entscheidung des BGH vom 22.09.2010<sup>22</sup> zur Verjährung des Vergütungsanspruchs des vorläufigen Insolvenzverwalters erstaunlich:

Während in der Judikatur der Instanzgerichte<sup>23</sup> und im Schrifttum<sup>24</sup> zuvor überwiegend angenommen wurde, dass die 3-jährige Verjährungsfrist des § 195 BGB dazu führe, dass der Vergütungsanspruch für die vorläufige Verwaltung zum Jahresschluss der Insolvenzeröffnung ohne Hemmung zu laufen beginne und damit auch vor Abschluss des Insolvenzverfahrens eine Verjährung eintreten könne, entschied der BGH dort, dass in Anwendung eines allgemeinen Rechtsgedankens, wie er z. B. auch in § 8 Abs. 2 S. 1 RVG<sup>25</sup> zum Ausdruck komme, die Verjährung des Vergütungsanspruchs für die vorläufige Verwaltung bis zum Abschluss des Insolvenzverfahrens gehemmt sei. Dies sei prozessökonomisch, da der vorläufige Insolvenzverwalter im Falle der Personenidentität mit dem endgültigen Insolvenzverwalter dann beide Vergütungsanträge gleichzeitig einreichen könne und sich das Gericht mit Festsetzungsfragen nur einmal beschäftigen müsse. Es komme hinzu, dass die Liquidität der Masse durch die dann nicht mehr gegebene Notwendigkeit einer frühzeitigen Entnahme nach vorangegangener Festsetzung geschont werde. Diese durch den BGH postulierte Prozessökonomie kann sich allerdings, wie nun die Entscheidung des BGH vom 15.12.2011 zeigt, für ihn im Hinblick auf eine etwaige Anfechtbarkeit auch nachteilig auswirken.

Schließlich lehnt der BGH das Argument, es fehle deshalb an einer Gläubigerbenachteiligung, weil der vorläufige Insolvenzverwalter im Interesse „der

---

21 Amtl. Begr. zu § 161 RegEInsO, BT-Drs. 12/2443, 167; vgl. im übrigen Braun/Riggert, § 142 Rn. 2; HK-Kreft, § 142 Rn. 2; L/S/Z-Zeuner, § 142 Rn. 1; Nerlich/Römermann-Nerlich, § 142 Rn. 2.

22 Az. IX ZB 195/09 = DZWIR 2011, 36.

23 LG Karlsruhe, B. v. 14.09.2009 – 11 T 458/08 = BeckRS 2009, 88522; AG Göttingen, B. v. 18.12.2009 – 71 IN 51/04 = BeckRS 2009, 89152; LG Gießen, B. v. 23.06.2009 – 7 T 34/09 = BeckRS 2009, 23481.

24 Nachweise bei Keller NZI 2007, 378.

25 Hiernach ist die Verjährung der Vergütung des Rechtsanwalts für die Tätigkeit in einem gerichtlichen Verfahren gehemmt, solange der Rechtsstreit anhängig ist.

Gläubiger“ tätig geworden sei, mit der Begründung ab, dieses Argument unterstelle einen abstrakten Gläubigerbegriff. Die Zusammensetzung der Gläubigerschaft im eröffneten Verfahren könne sich völlig anders darstellen als die in dem nicht zur Eröffnung führenden Insolvenzantragsverfahren.

Hiergegen spricht aber jedenfalls vordergründig § 54 Ziff. 2 InsO, wonach auch Auslagen und Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters Bestandteil der Verfahrenskosten des sodann eröffneten Insolvenzverfahrens sind. Auch die Zusammensetzung der Gläubigerschaft im eröffneten Verfahren entspricht nicht zwingend der Zusammensetzung der Gläubigeresamtheit im Eröffnungsverfahren. Insolvenzgläubiger sind diejenigen Gläubiger, denen Forderungen zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet sind, § 38 InsO. Auch bei angeordneten Sicherungsmaßnahmen kann sich die Zusammensetzung wesentlich unterscheiden, insbesondere bei länger andauernden Sicherungsmaßnahmen, wie sie in praxi infolge der Ausnutzung des Insolvenzgeldzeitraums bisweilen vorkommen. Kündigungen und Fälligkeiten von Darlehen durch Kreditinstitute wegen wesentlicher Verschlechterung der Vermögenslage erfolgen z. B. häufig erst nach Kenntnis der Bank von dem gestellten Insolvenzantrag und mangels einer Vorabinformation des Darlehensnehmers im Vorverfahren. Insbesondere in Fällen sog. „schwacher“ vorläufiger Verwaltungen steigen die Gläubigerforderungen bestimmter Gläubiger (nämlich derjenigen, deren weitere Leistungen zur Betriebsfortführung nicht benötigt werden und deren Zahlung der vorläufige Insolvenzverwalter daher nicht zustimmt) im Vorverfahren mitunter beträchtlich an. Nicht nur die Forderungshöhen (durch weiter laufende Zinsen, nicht gezahlte Entgelte etc.) erhöhen sich bis zur Verfahrenseröffnung. Die Forderungen der Gläubiger können im Vorverfahren auch eine völlig unterschiedliche Entwicklung nehmen.

*Beispiel:* der spätere Schuldner hat einen Gläubiger mit fälligen Forderungen von 10 TEUR. Ferner besteht ein Leasingvertrag ohne Rückstände. Dessen weiterer Erfüllung stimmt der vorläufige Zustimmungsverwalter im Eröffnungsverfahren nicht zu. Kündigt der Leasinggeber im Vorverfahren wegen Zahlungsverzuges, macht er einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung geltend, die im eröffneten Verfahren Insolvenzforderung ist. Diese meldet er i. H. v. weiteren 10 TEUR zur Insolvenztabelle an. Damit hat sich die Gläubigerzusammensetzung im eröffneten Verfahren völlig verändert. Dennoch käme niemand ernstlich auf die Idee, die Kosten der vorläufigen Verwaltung mit der Begründung nicht unter die Verfahrenskosten i. S. d. § 54 Ziff. 2 InsO zu subsumieren, dass die Zusammensetzung der Forderungen im Vorverfahren eine völlig andere war. Und natürlich können auch im Vorverfahren und noch kurz vor Eröffnung völlig neue Gläubiger hinzukommen. Auch hier sind die Auslagen und Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters selbstverständlich Kosten des Insolvenzverfahrens, wenngleich die Sicherungsmaßnahmen mitnichten im Interesse des erst später hinzugekommenen (und damit nach Eintritt der Insolvenzreife Neu-) Gläubigers lagen.