

Kriterien zur Festsetzung angemessener Vergütungen in der Eigenverwaltung

Zugleich Anmerkungen zum Beschluss des LG Duisburg v. 14. 9. 2016 im Verfahren 7 T 24/16 und 7 T 26/16, ZInsO 2016, 2103

von Rechtsanwalt Robert Buchalik* und Rechtsanwältin Katrin Schröder**, LL.M. corp. restruc., Düsseldorf

I. Problemstellung

Die Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers im Rahmen des ESUG¹ krisen- oder insolvenzbefangenen Unternehmen ein kostengünstiges Insolvenzverfahren ohne Insolvenzverwalter zur Verfügung zu stellen, um möglichst frühzeitige Antragstellungen für eine Sanierung unter Insolvenzschutz attraktiver zu machen,² hat zu einer grundlegend positiven Veränderung im Antragsverhalten sanierungswürdiger und sanierungsfähiger Unternehmen geführt. Lange Zeit war in diesem Zusammenhang durchaus streitig, wie die anges-

* Organhaftungsansprüche wurden aus der Berechnungsgrundlage herausgenommen.

* Robert Buchalik ist Partner der Kanzlei Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte Steuerberater, geschäftsführender Gesellschafter der Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung GmbH und Vorstandsvorsitzender des BV ESUG Deutschland e.V.

** Katrin Schröder ist Rechtsanwältin bei Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte Steuerberater, Düsseldorf.

1 Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen v. 3.11.2011 (ESUG), BGBl. I 2011, S. 2582.

2 BT-Drucks. 17/5712, S. 19.

sene Vergütung des den Schuldner überwachenden (vorläufigen) Sachwalters zu gestalten ist. Als Folge der in den beiden Grundsatzentscheidungen des BGH zur Vergütung in der Eigenverwaltung v. 21.7.2016 (IX ZB 70/14)³ und v. 22.9.2016 (IX ZB 71/14)⁴ getroffenen Maßgaben ergeben sich für die Insolvenzgerichte nicht nur Leitlinien zur künftigen Festsetzung, sondern zugleich auch zu einer nachlaufenden Überprüfung bereits getroffener Festsetzungen für (vorläufige) Sachwalter. Mit beiden Entscheidungen hat der IX. ZS des BGH zudem die „Kostengünstigkeit“ des Verfahrens und die Besonderheit der vergütungsrechtlichen Differenzierung unterstrichen.

Mit der Entscheidung des LG Duisburg v. 14.9.2016 liegt nun bereits die erste Entscheidung eines Beschwerdegerichts vor, die die Vergütung eines (vorläufigen) Sachwalters unter Berücksichtigung der BGH-Entscheidung v. 21.7.2016 auf den konkreten Einzelfall bezogen zur Anwendung gebracht hat. Darüber hinaus nimmt das LG Duisburg zu einigen bisher in der untergerichtlichen Rechtsprechung⁵ und Literatur⁶ streitigen Fragen im Zusammenhang mit der Gewährung von Zu- und Abschlägen Stellung und macht deutlich, dass nicht aufgrund abstrakter oder pauschaler Behauptungen überhaupt Zuschläge geltend gemacht werden können, sondern dies stets einen tatsachenbezogenen Sachvortrag erfordert.⁷ Die in ihrer Gesamtheit überzeugend begründete Entscheidung kann sowohl als Muster für künftige Entscheidungen, aber auch von den festsetzenden Gerichten als eine Art Checkliste genutzt werden.

II. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Vergütungsfestsetzungsbeschlüsse des AG Duisburg v. 31.8.2015, in denen die Vergütung des vorläufigen Sachwalters und des Sachwalters auf einen Betrag von insgesamt 508.379,11 € (brutto) antragsgemäß festgesetzt wurde. Sie ermittelte auf der Grundlage der BGH-Rechtsprechung und einer um die streitigen Organhaftungsansprüche gekürzten Berechnungsgrundlage eine aus ihrer Sicht angemessene Gesamtvergütung i.H.v. 149.790,22 € (brutto).

Da der Vortrag der Beschwerdeführerin seitens des Beschwerdegegners weitgehend unwidersprochen blieb, enthält die Entscheidung keine ausführliche Sachverhaltsdarstellung. Vielmehr fokussiert sie sich auf die eingangs erwähnten Rechtsfragen. Der entscheidungsrelevante Sachverhalt wird dementsprechend verkürzt wiedergegeben.

Das LG Duisburg hat insbesondere unter Berücksichtigung der BGH-Entscheidung v. 21.7.2016 den aufgeworfenen Rechtsfragen die grundsätzliche Bedeutung abgesprochen, weil diese durch diese BGH-Entscheidung v. 21.7.2016 geklärt wurden. Darüber hinaus bestätigt es, dass der vollumfängliche Verzicht auf die Geltendmachung der streitigen Organhaftungsansprüche im gestaltenden Teil des Insolvenzplans als nachträgliche Erkenntnisquelle bei der Ermittlung der Berechnungsgrundlage zu berücksichtigen war⁸ und die Erfüllung von gesetzlich dem (vorläufigen) Sachwalter zu-

gewiesenen Aufgaben (sog. Regelaufgaben) und überobligatorische Tätigkeiten nicht zuschlagsfähig ist. Im Ergebnis kürzt es die vom AG Duisburg festgesetzte Gesamtvergütung um insgesamt ca. 300.000 € auf einen Festsetzungsbetrag von 203.299,17 € (brutto).

Diese Festsetzung begründet es wie folgt:

1. Überwachung der Betriebsfortführung

Eingangs verweist das LG Duisburg auf die BGH-Entscheidung v. 21.7.2016:

Danach hat die Festsetzung der Vergütung der vorläufigen Sachwaltertätigkeit und der (endgültigen) Sachwaltertätigkeit im eröffneten Verfahren einheitlich zu erfolgen, wobei der Sachwalter einen Zuschlag i.H.v. 25 % für seine Tätigkeit im vorläufigen Verfahren erhält, auf die er bereits mit der Eröffnung einen Vorschuss erhalten kann (§ 9 InsVV). Einheitliche Berechnungsgrundlage ist die nach § 1 InsVV ermittelte besondere Vermögensmasse am Ende des Eigenverwaltungsverfahrens unter Berücksichtigung der Maßgaben des BGH. Darüber hinaus erhält der personenidentische Sachwalter im eröffneten Verfahren 60 % der Regelvergütung eines Insolvenzverwalters für seine Tätigkeit bis zum Abschluss des Verfahrens (§ 12 Abs. 1 InsVV). Insgesamt erhält der Sachwalter also regelmäßig 85 % der nach § 2 Abs. 1 InsVV ermittelten Staffilvergütung. Etwaige Zuschläge – die deutlich niedriger als in der Regelinsolvenz anzusetzen sind⁹ – werden auch in der Eigenverwaltung unmittelbar auf die Regelvergütung des Insolvenzverwalters berechnet.¹⁰ Zur Veranschaulichung wird auf die am Ende aufgeführten Tabellen verwiesen.

Maßgebliches Kriterium für die Gewährung eines Zu- und Abschlags ist der im Verhältnis zu den in jedem Verfahren zu erfüllenden gesetzlichen Aufgaben des (vorläufigen) Sach-

³ ZInsO 2016, 1637.

⁴ ZInsO 2016, 2077.

⁵ LG Freiburg v. 30.10.2015 – 3 T 194/15, ZInsO 2016, 185; LG Bonn v. 11.10.2013 – 6 T 184/13, ZInsO 2013, 2314; AG Münster v. 18.1.2016 – 74 IN 65/14, ZInsO 2016, 719; AG Ludwigsburg v. 22.7.2015 – 3b IN 414/14, ZInsO 2015, 1639; AG Essen v. 17.1.2014 – 164 IN 135/13, ZInsO 2014, 464; AG Potsdam v. 8.1.2015 – 35 IN 748/12, ZIP 2015, 1799; AG Wuppertal v. 26.5.2014 – 145 IN 751/14, ZIP 2015, 541; AG Hamburg v. 20.12.2013 – 67g IN 419/12, ZInsO 2014, 569; AG Essen v. 3.11.2014 – 166 IN 155/13, ZInsO 2015, 2398; AG Köln v. 13.11.2012 – 71 IN 109/12, ZInsO 2013, 471; AG Göttingen v. 28.11.2012 – 74 IN 160/12, ZInsO 2012, 2413.

⁶ Graeber/Graeber, InsVV, 2. Aufl. 2015, § 12 Rn. 13 ff.; Pape, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Lfg. 4/2012, § 270a Rn. 9; Graf-Schlicker, InsO, 4. Aufl. 2015, § 270a Rn. 11 f.; Haarmeyer/Mock, InsVV, 5. Aufl. 2014, § 14 Rn. 21 ff.; dies., ZInsO 2016, 1 ff.; Deutschbein, ZInsO 2015, 1957 ff.; Mock, ZInsO 2014, 67 ff.; Schur, ZIP 2014, 757 f.; Zimmer, ZInsO 2013, 2305 ff.

⁷ Zu den Anforderungen an die Begründung von Vergütungsanträgen vgl. zuletzt umfassend Haarmeyer, ZInsO 2016, 2057 ff.

⁸ BGH v. 22.9.2011 – IX ZB 107/10, ZInsO 2016, 2077 Rn. 17 f. m.w.N.

⁹ BGH v. 21.7.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 59 (eine Bindung an Faustregel Tabellen besteht nicht).

¹⁰ BGH v. 21.7.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 58.

walters gestiegene oder geminderte Arbeitsaufwand.¹¹ Hierzu sind die gesetzlich dem (vorläufigen) Sachwalter zugewiesenen Aufgaben in den Blick zu nehmen, da Zuschläge nur dann zu gewähren sind, wenn eine erhebliche Abweichung vom gesetzlichen Regelfall vorliegt.¹²

Dass im Rahmen der Sachwaltervergütung Zuschläge grds. möglich sind, begründet es mit dem Verweis in § 10 InsVV auf § 3 InsVV.¹³ Danach gelten die Vorschriften des Ersten Abschnitts (§§ 1 – 9 InsVV) auch für den Sachwalter, soweit in den §§ 11 – 13 InsVV nichts anderes bestimmt ist. § 12 Abs. 2 InsVV schließt die Anwendung der Vorschriften des Ersten Abschnitts nicht aus, sondern bestimmt lediglich einen speziellen Zuschlagstatbestand.

Anders als das AG Duisburg meint, rechtfertigt die Überwachung der Betriebsfortführung in Eigenverwaltungsverfahren aber nicht grds. einen Zuschlag, denn im Gegensatz zur Regelsolvenz ist die Überwachung der Betriebsfortführung gem. §§ 270a Abs. 1 Satz 2, 274 Abs. 2 InsO eine Regelaufgabe des (vorläufigen) Sachwalters,¹⁴ die eine Sanierung durch ein Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung „prägt“.¹⁵

Vor diesem Hintergrund kommt ein Zuschlag gem. §§ 10, 3 Abs. 1 lit. b InsVV nur dann in Betracht, wenn die Überwachung der Betriebsfortführung den (vorläufigen) Sachwalter in überdurchschnittlichen Umfang in Anspruch genommen hat.¹⁶ Ein Zuschlag scheidet daher von vornherein aus, wenn die eigenverwaltende Schuldnerin in einem durchschnittlichen Verfahren ihre Überwachung und Kontrolle jederzeit ermöglicht sowie Unterlagen und Daten aufbereitet und vollständig zur Verfügung stellt und jederzeit Auskunft gibt.¹⁷

Dass zur Überwachung der Betriebsfortführung die dauerhafte und umfassende Einbindung des (vorläufigen) Sachwalters in den Prozess der Betriebsfortführung insbesondere die Kontrolle der laufenden Bestellungen bzw. Rechtsgeschäfte gehört, hatte zuvor bereits der BGH klargestellt.¹⁸

Es überrascht daher kaum, dass das LG Duisburg feststellt, dass die regelmäßig immer wieder vorkommende reine Behauptung einer „außergewöhnlichen Belastung“ ohne substantiierte Darlegung des konkreten Prüfungsaufwandes und der pauschale Verweis auf die bisherige Berichterstattung im Vergütungsantrag nicht (mehr) ausreichen, um die Gewährung eines Zuschlags zu begründen.¹⁹

2. Liquiditätsüberwachung

Einen Zuschlag für die Liquiditätsüberwachung verneint das LG Duisburg mit Verweis auf die aus § 270b Abs. 4 Satz 2 InsO resultierende Pflicht des (vorläufigen) Sachwalters, den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit im laufenden Schutzschirmverfahren dem Insolvenzgericht unverzüglich anzuzeigen.

Ein Zuschlag kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn die Erfüllung dieser Regelaufgabe mit einem überdurchschnitt-

lichen Umfang²⁰ oder besonderen Schwierigkeiten²¹ verbunden war, zumal der (vorläufige) Sachwalter seine Anzeige- und Überwachungspflichten sogar auf einen externen Dienstleister delegiert und als „sonstige Auslagen“ zur Sachverständigenvergütung geltend gemacht und erstattet bekommen hatte.²²

I.Ü. weist das LG Duisburg unter Verweis auf § 4 Abs. 9 JVEG daraufhin, dass Entscheidungen im Rahmen der Sachverständigenvergütung sich nicht zulasten des Kostenschuldners auswirken. Dies ist als Verweis auf die Möglichkeit des Kostenerinnerungsverfahrens zu verstehen, in dem die Rechnungsposten der Sachverständigenvergütung angegriffen werden können.²³

3. Teilsanierung in Form einer Teilbetriebsveräußerung

Im Bereich der Teilsanierung verweist der LG Duisburg auf die klare Aufgabenverteilung in der Eigenverwaltung. Es gehöre nicht zu den Aufgaben des (vorläufigen) Sachwalters, die Möglichkeit der übertragenden Sanierung zu analysieren oder sogar selbst einen M&A-Prozess anzustoßen.²⁴ Dies sei vielmehr Aufgabe der Eigenverwaltung. Der (vorläufige) Sachwalter habe insoweit lediglich beratende Funktion,²⁵ dürfe aber nicht selbst gestaltend tätig werden,²⁶ da widerstreitende Strategien der Sanierung schaden könnten. Auch dürfe sich der (vorläufige) Sachwalter nicht darauf beschränken, von der Eigenverwaltung erarbeitete und vorgelegte

-
- 11 St. Rspr., vgl. BGH v. 26.2.2015 – IX ZB 34/13, ZInsO 2015, 765 Rn. 7; BGH v. 11.5.2006 – IX ZB 249/04, ZInsO 2006, 642 Rn. 11.
 - 12 BGH v. 11.5.2006 – IX ZB 249/04, ZInsO 2006, 642 Rn. 11.
 - 13 MünchKomm-InsO/Stephan, 3. Aufl. 2014, § 12 Rn. 8 f.; FK-InsO/Lorenz, 5. Aufl. 2015, § 12 Rn. 10.
 - 14 LG Freiburg v. 30.10.2015 – 3 T 194/15, ZInsO 2016, 185; LG Dessau-Roßlau v. 29.1.2015 – 8 T 94/14, NZI 2015, 570, 572; LG Bonn v. 11.10.2013 – 6 T 184/13, ZInsO 2013, 2314; Haarmeyer/Mock (Fn. 6), § 12 Rn. 10; Graeber/Graeber (Fn. 6), § 3 Rn. 54.
 - 15 BGH v. 21.7.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 67; BGH v. 1.9.2016 – IX ZB 71/14, ZInsO 2016, 2077 Rn. 53; Haarmeyer/Mock, ZInsO 2016, 1829, 1829.
 - 16 BGH v. 21.9.2016 – IX ZB 71/14, ZInsO 2016, 2077 Rn. 55; BGH v. 18.12.2003 – IX ZB 50/03, ZInsO 2004, 265; MünchKomm-InsO/Stephan (Fn. 13), § 12 Rn. 8 f.; FK-InsO/Lorenz (Fn. 13), § 12 Rn. 10.
 - 17 BGH v. 1.9.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 67; Haarmeyer/Mock, ZInsO 2016, 1, 6; dies., ZInsO 2016, 1829, 1829.
 - 18 BGH v. 1.9.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 67.
 - 19 Graf-Schlicker/Kalkmann (Fn. 6), § 3 InsVV.
 - 20 BGH v. 11.10.2007 – IX ZB 234/06, ZInsO 2007, 1268 Rn. 15.
 - 21 LG Münster v. 15.8.2011 – 5 T 475/11, JurionRS 2011, 41830 Rn. 3.
 - 22 Das Insolvenzgericht ist berechtigt und verpflichtet zu prüfen, ob die Beauftragung eines externen Dienstleisters gerechtfertigt war. Kommt es zu dem Ergebnis, dass die Beauftragung nicht gerechtfertigt war, kann es sogar die festzusetzende Vergütung um den zu Unrecht aus der Masse entnommenen Betrag kürzen, vgl. BGH v. 10.10.2013 – IX ZB 38/11, ZInsO 2013, 2285, 2288 Rn. 27.
 - 23 BeckOK-Kostenrecht/Bleutge, 15. Edition, zu § 4 JVEG Rn. 36.
 - 24 BGH v. 1.9.2016 – IX ZB 71/14, ZInsO 2016, 2077 Rn. 62.
 - 25 BGH v. 1.9.2016 – IX ZB 71/14, ZInsO 2016, 2077 Rn. 64.
 - 26 BGH v. 21.7.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 73; AG Essen v. 17.1.2014 – 164 IN 135/13, ZInsO 2014, 464; Haarmeyer/Mock, ZInsO 2016, 1829, 1829; a.A. Flöther, ZInsO 2014, 465, 467.

(Sanierungs-)Konzepte nachträglich zu billigen oder im Rahmen seiner Überwachungstätigkeit zu verwerfen.²⁷ Die Prüfung eines Kaufvertrags, den die Berater der Schuldnerin erstellt und endverhandelt haben, reicht jedenfalls nicht aus, um die Gewährung eines Zuschlags zu rechtfertigen.

4. Teilnahme an den Sitzungen des Lenkungsausschusses

Ebenso wenig genügt die punktuelle und passive Teilnahme an den Sitzungen eines Lenkungsausschusses zur Koordination des operativen Sanierungsprozesses, da ein überdurchschnittlicher Arbeitsaufwand nicht unterstellt werden kann. I.Ü. handelt es sich bei der Überwachung der operativen Sanierung um eine überobligatorische Tätigkeit, da die Sicherstellung der operativen Sanierung originäre Aufgabe der eigenverwaltenden Schuldnerin ist. Die Überwachung der operativen Sanierung wird durch den Gläubigerausschuss sichergestellt, der schon aufgrund seiner Zusammensetzung i.d.R. auch über die notwendige marktspezifische betriebswirtschaftliche Kompetenz verfügt.²⁸

5. Zustimmungspflichtige Rechtsgeschäfte

Zustimmungspflichtige Rechtsgeschäfte außerhalb des Anwendungsbereichs des gerichtlich angeordneten Zustimmungsvorbehalts (§ 277 Abs. 1 InsO) begründen ebenfalls keinen Zuschlag, da der (vorläufige) Sachwalter nur Zuschläge für eine Tätigkeit verlangen kann, die zu seinen gesetzlichen Aufgaben gehört, während überobligatorische Tätigkeiten keinen Zuschlag rechtfertigen.²⁹ Daraus folgt, dass ein nur intern vereinbarter Zustimmungsvorbehalt (hier aufgrund einer Geschäftsordnung zwischen eigenverwaltenden Schuldner und [vorläufigen] Sachwalter) vergütungsrechtlich irrelevant ist, auch wenn damit ein erhebliches Haftungsrisiko (z.B. aufgrund der Verwendung einer DoppelpIN) verbunden sein kann.

6. Befassung mit Aus- und Absonderungsrechten

Der „Zurechnung“ der Tätigkeiten der eigenverwaltenden Schuldnerin im Zusammenhang mit der Prüfung von Aus- und Absonderungsrechten erteilt das LG Duisburg eine klare Absage, da der eindeutige Wortlaut von § 3 Abs. 1 lit. a InsVV eine eigene Tätigkeit des Verwalters verlangt, bzw. einen erheblichen Arbeitsaufwand. Allerdings lässt es sich eine kleine Hintertür offen, indem es – wie der BGH³⁰ – aufgabenbezogene Ausnahmen (z.B. die Erteilung eines Prüfungsauftrags durch das Insolvenzgericht oder den Gläubigerausschuss) zulässt.

7. Prüfung und Mitwirkung am Insolvenzplan der Schuldnerin

Soweit für die Prüfung und Mitwirkung am Insolvenzplan der Schuldnerin ein Zuschlag geltend gemacht wird, weist das LG Duisburg darauf hin, dass der (vorläufige) Sachwalter nicht nur im Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO) gem. § 284 Abs. 1 Satz 2 InsO die beratende Mitwirkung an der

Erstellung des Insolvenzplans als Regelaufgabe schuldet und diese daher auch mit der Regelvergütung abgegolten ist.³¹

Ein Zuschlag scheidet daher aus, falls der (vorläufige) Sachwalter nicht ausnahmsweise:

- den Insolvenzplan im Auftrag der Gläubigerversammlung erstellt hat (§§ 284 Abs. 1 Satz 1, 157 Satz 2 InsO), oder
- ihm durch die Prüfung des Plans ein überdurchschnittlicher Arbeitsaufwand entstanden ist (z.B. aufgrund der Prüfung eines Finanzplans gem. § 229 Satz 1 InsO, wobei Prüfungserleichterung bei Einmalzahlung der Planquote oder durch die Mitwirkung von besonders qualifizierten Gläubigerausschussmitgliedern bzw. vom Gläubigerausschuss beauftragten Sachverständigen zu berücksichtigen sind), oder
- er gestaltenden Einfluss auf den Inhalt des Plans genommen hat.³²

8. Zusammenarbeit mit dem (vorläufigen) Gläubigerausschuss

Im Hinblick auf die Zusammenarbeit mit dem (vorläufigen) Gläubigerausschuss und den dadurch zusätzlich entstehenden zusätzlichen Kommunikationsaufwand sowie die etwaige Vor- und Nachbereitung von Sitzungen stellt das LG Duisburg fest, dass die Bestellung eines Gläubigerausschusses nicht für jedes Insolvenzverfahren zwingend ist (vgl. § 22a InsO). Ist er bestellt, kann deshalb dem (vorläufigen) Sachwalter ein erheblicher Mehraufwand entstehen, weil er dem (vorläufigen) Gläubigerausschuss regelmäßig einen Bericht erstatten muss.³³ Ohne einen entsprechenden erheblichen Mehraufwand scheidet aber regelhaft ein Zuschlag von vornherein aus.

Bei der Postulierung der Annahme einer nicht vorhandenen Zwangsläufigkeit zur Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses übersieht das LG Duisburg indes, dass ein Gläubigerausschuss ab Erreichen der Schwellenwerte des § 22a Abs. 1 InsO zwingend wird und mit der Größe des Unternehmens immer auch eine Erhöhung der Berechnungsgrundlage für die Regelvergütung verbunden ist. Es erkennt aber an, dass ein (vorläufiger) Gläubigerausschuss, der seine Überwachungs- und Kontrollpflichten (§§ 69, 270b Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 InsO) wahrnimmt, auch entlastend für den (vorläufigen) Sachwalter wirken kann, sodass insoweit nur ein

27 BGH v. 21.7.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 71 – 74.

28 Haarmeyer/Mock, ZInsO 2016, 1, 7.

29 BGH v. 21.7.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 70; LG Freiburg v. 30.10.2015 – 3 T 194/15, ZInsO 2016, 185, 187; LG Dessau-Roßlau v. 29.1.2015 – 8 T 94/14, NZI 2015, 570, 572; LG Bonn v. 11.10.2013 – 6 T 184/13, ZInsO 2013, 2314; AG Wuppertal v. 26.5.2014 – 145 IN 751/14, ZIP 2015, 541; AG Essen v. 17.1.2014 – 164 IN 135/13, ZInsO 2014, 464.

30 BGH v. 21.9.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 50.

31 OLG Dresden v. 15.10.2015 – 13 U 1605/13, ZInsO 2015, 2273, 2276; AG Hannover v. 30.8.2016 – 905 IN 864/12, ZInsO 2016, 2101.

32 BGH v. 21.7.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 28.

33 Haarmeyer/Mock, ZInsO 2016, 1, 7.

geringer Zuschlag gewährt wird.³⁴ Bezogen auf die Zusammenarbeit kommt in den nicht gesetzlich zwingend einen Ausschuss erfordernden Verfahren allenfalls ein Zuschlag in einem ganz geringen Umfang infrage, wenn sich aus den konkreten Darlegungen des (vorläufigen) Sachwalters ein außergewöhnlicher Aufwand ergibt. Insoweit gilt auch aufgrund der Entscheidungen des BGH die im Regelinsolvenzverfahren anerkannte Mindestgrenze von 5 % für einen Zuschlag nicht, sondern es kann auch ein Zuschlag unterhalb dieses Grenzwerts zur Festsetzung gelangen.³⁵

9. Prüfung und Bearbeitung von Organhaftungs- und Anfechtungsansprüchen

Die Prüfung und Bearbeitung von Organhaftungs-, Schadensersatz- und Anfechtungsansprüchen stellt ebenfalls eine Regelaufgabe des (vorläufigen) Sachwalters dar (§ 280 InsO)³⁶ und ist mit der Regelvergütung abgegolten.³⁷ Die ausnahmsweise Gewährung eines Zuschlags setzt daher immer voraus, dass ihm ein erheblicher, konkret dargelegter Mehraufwand entstanden ist und dieser Mehraufwand nicht durch eine gleichzeitige Erhöhung der Berechnungsgrundlage ausgeglichen wird.³⁸

10. Vielzahl von Gläubigern

Schließlich gewährt das LG Duisburg unter Berufung auf die BGH-Rechtsprechung einen Zuschlag wegen einer Vielzahl von Gläubigern, weil die Zahl von 100 Gläubigern überschritten wurde.³⁹ Ob in Zeiten der elektronischen Tabellenführung dieser Zuschlag noch zeitgemäß ist, erscheint indes zweifelhaft, zumal die Führung der Tabelle heute bereits auch als Dienstleistung im Markt zu sehr günstigen Preisen angeboten wird⁴⁰ und sich die große Zahl von Gläubigern regelmäßig auch bereits in einer höheren Berechnungsgrundlage niederschlägt. In jedem Fall jedoch muss für einen Zuschlag zusätzlich zu einer großen Zahl auch noch ein sich damit verbindender Mehraufwand konkret dargelegt werden.

11. Abschlag für den Sanierungsgeschäftsführer

Ein Abschlag für die Tätigkeit eines insolvenzverfahrens Sanierungsgeschäftsführers (CRO)⁴¹ verneint das LG Duisburg, da dessen Bestellung der Annahme von besonderen Erschwernissen teilweise entgegengestanden habe bzw. bei der Höhe der Zuschläge berücksichtigt wurde.⁴² Daraus folgt, dass das LG Duisburg diesen Abschlag nicht grds. infrage stellt, sondern nur eine Doppelberücksichtigung vermeiden wollte.

III. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung steht im Kontext der BGH-Entscheidung v. 21.7.2016 zur Vergütung des (vorläufigen) Sachwalters, die grundlegende Vergütungsgrundsätze für die Eigenverwaltung und das Schutzschirmverfahren enthält. Zentral ist dabei die verneinte Selbstständigkeit des Vergütungsanspruchs des vorläufigen Sachwalters wegen Fehlens einer Rechtsgrundlage.⁴³

Wichtig ist in diesem Zusammenhang aber auch die Feststellung, dass die Tätigkeit eines (vorläufigen) Sachwalters grds. anders gelagert ist als die Tätigkeit eines (vorläufigen) Insolvenzverwalters.⁴⁴

Als Rechtsgrundlage für die Vergütung des (vorläufigen) Sachwalters benennt der BGH § 12 InsVV, wobei sich die Vergütung des vorläufigen Sachwalters weder an der Höhe der Vergütung eines vorläufigen Insolvenzverwalters⁴⁵ noch an der Höhe der Beraterkosten⁴⁶ zu orientieren hat. Entsprechend der geringeren gesetzlichen Aufgabenzuweisung ist sie daher auch deutlich geringer festzusetzen als die Vergütung eines vorläufigen Insolvenzverwalters.⁴⁷ Eine eigenmächtige Erweiterung der Aufgaben begründet keinen Vergütungsanspruch.⁴⁸

Bedeutend ist die Entscheidung des LG Duisburg vor allem im Hinblick auf die oben dargestellten Ausführungen zu den Voraussetzungen für die Gewährung von Zu- und Abschlägen und zur Ermittlung der Berechnungsgrundlage.

Für die Berechnungsgrundlage verweist das LG Duisburg auf die zentralen Aussagen der BGH-Entscheidung v. 21.7.2016⁴⁹ und die Grundsätze des § 1 InsVV. Für die Praxis hat dies zur Folge, dass Gegenstände, die mit Aus- und Absonderungsrechte belastet sind, grds. wie beim Insolvenzverwalter dann zu berücksichtigen sind, wenn sich der Sachwalter damit in erheblicher Weise befasst hat, was nur in

34 BGH v. 21.7.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 76; LG Freiburg v. 30.10.2015 – 3 T 194/15, ZInsO 2016, 185.

35 In diesem Sinne auch die Anmerkung von *Haarmeyer/Mock* zur BGH-Entscheidung v. 22.9.2016, ZInsO 2016, 2084.

36 BGH v. 14.11.2012 – IX ZB 95/10, ZInsO 2013, 152; BGH v. 8.3.2012 – IX ZB 162/11, ZInsO 2012, 573; *Graeber/Graeber* (Fn. 6), § 3 Rn. 108.

37 Inhaltlich stellt § 280 InsO eine Kompetenzzuweisungsnorm dar, aus der hergeleitet wird, dass der Sachwalter als Partei kraft Amtes handelt und insoweit die vollen Rechte eines Insolvenzverwalters hat, vgl. *Hamb-Komm-InsO/Fiebig*, 5. Aufl. 2015, § 280 Rn. 4; *FK-InsO/Foltis* (Fn. 13), § 280 Rn. 4; *Pape* (Fn. 6), § 280 Rn. 6; *Undirtz*, in: K. Schmidt, *InsO*, 18. Aufl. 2013, § 280 Rn. 2.

38 *Haarmeyer/Mock* (Fn. 6), § 3 Rn. 57 sowie Rn. 89 m.w.N. zur Notwendigkeit einer Vergleichsrechnung.

39 BGH v. 11.5.2006 – IX ZB 249/04, ZInsO 2006, 642, 645 Rn. 43.

40 Vgl. dazu zuletzt auch *Lissner*, ZInsO 2016, 1606; *Metoja*, ZInsO 2016, 1612.

41 LG Freiburg v. 30.10.2015 – 3 T 194/15, ZInsO 2016, 185; LG Dessau-Roßlau v. 29.1.2015 – 8 T 94/14, ZInsO 2015, 1234; LG Bonn v. 11.11.2013 – 6 T 184/12, ZInsO 2013, 2341, 2342; AG Essen v. 17.1.2014 – 164 IN 135/13, ZInsO 2014, 464; *Haarmeyer/Mock* (Fn. 6), § 3 Rn. 125 sowie § 12 Rn. 11, 22; *Haarmeyer/Mock* (Fn. 6), ZInsO 2016, 1, 6; *Mock*, ZInsO 2014, 67, 69.

42 BGH v. 21.7.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 81; BGH v. 1.9.2016 – IX ZB 71/14, ZInsO 2016, 2077 Rn. 81.

43 BGH v. 21.7.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 28 ff.

44 BGH v. 21.7.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 37 ff. und 47.

45 BGH v. 21.7.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 61.

46 So aber das AG Duisburg in seinem Vergütungsfestsetzungsbeschl. v. 31.8.2015.

47 *Haarmeyer/Mock*, ZInsO 2016, 1829, 1833 schlagen insoweit einen Faktor 10 für Zuschläge in der Eigenverwaltung gegenüber Zuschlägen im Regelinsolvenzverfahren vor.

48 BGH v. 21.7.2016 – IX ZB 70/14, ZInsO 2016, 1637 Rn. 61.

49 BGH v. 22.9.2016 – IX ZB 71/14, ZInsO 2016, 2077 Rn. 37.

Ausnahmekonstellationen denkbar erscheint. D.h., dass die Befassung mit Aus- und Absonderungsrechten aufgrund ihres Umfangs nur dann einen Zuschlag gem. § 3 Abs. 1 lit. a InsVV rechtfertigen kann, wenn mit entsprechend konkretem Sachvortrag eine entsprechende Mehrbelastung, die über die übliche Überwachung und Kontrolle hinausgegangen ist, vorgetragen wird. Anders als in der Regelinsolvenz rechtfertigt die Verwertung von mit Absonderungsrechten belasteten Massegegenständen gem. § 1 Abs. 2 Nr. 1 InsVV aber nicht die Erhöhung der Berechnungsgrundlage für die Regelvergütung des Sachwalters.

Darüber hinaus stellt das LG Duisburg klar, dass streitige Ansprüche zwar mit dem voraussichtlich zu realisierenden Schätzwert der Berechnungsgrundlage hinzuzurechnen sind.⁵⁰ Unzweifelhaft bedarf es dafür aber mehr als einer Behauptung dieser Ansprüche, wenn im gestaltenden Teil des Insolvenzplans auf diese Ansprüche ohne jede Abgeltungszahlung vollumfänglich verzichtet wird. D.h., künftig müssen (vorläufige) Sachwalter die Prüfung von Anfechtungs-, Schadensersatz- und Organhaftungsansprüche bis zum Erörterungs- und Abstimmungstermin über einen Insolvenzplan mit den Ausschlussklauseln abschließen, wenn sie diese in die Berechnungsgrundlage mit einbeziehen wollen.

Bedeutend ist die Entscheidung auch für die Frage, wann im Rahmen der Berechnungsgrundlage Liquidations- oder Fortführungswerte anzusetzen sind, denn die InsVV enthält hierzu keine Aussage. Nach Ansicht des LG Duisburg ist für die Vergütungsfestsetzung entscheidend, welche Werte sich voraussichtlich realisieren lassen.⁵¹ Wird der Geschäftsbetrieb über den Stichtag der Verfahrenseröffnung fortgeführt, sind Fortführungswerte anzusetzen, es sei denn, eine alsbaldige Stilllegung ist wahrscheinlich.⁵²

IV. Auswirkung für die Praxis

Aus Sicht der Praxis ist die Entscheidung des LG Duisburg unter Klarstellungsgesichtspunkten und aus Gründen der Rechtssicherheit zu begrüßen. Man möge sich nur vorstellen, was passieren würde, wenn Sachwalter die Prüfung von Insolvenzanfechtungs-, Schadensersatz- und Organhaftungsansprüchen bis zum Erörterungs- und Abstimmungstermin hinauszögern könnten, um mit substanziierten Behauptungen eine Insolvenzplanlösung (konkret die Vergleichsrechnung zwischen Liquidation und Insolvenzplan)⁵³ zu Fall zu bringen oder wenigstens die Berechnungsgrundlage für die Regelvergütung zu erhöhen. Die Konsequenz wäre wohl, dass die Organe und Gesellschafter gezwungen wären, übereilte Vergleiche abzuschließen, um die Sanierung der Gesellschaft nicht durch Verzögerungen zu gefährden. Diese finanziellen Mittel fehlen dann möglicherweise nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens als liquide Mittel für die dann anschließende Fortsetzung der operativen Sanierung, denn plansanierte Unternehmen sind in den ersten Jahren nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens durch Verzögerung bei der Umstellung von Vorkasseanforderungen von Lieferanten und die Zurückhaltung von Kreditinstituten bei der Vergabe von Neukre-

diten manchmal auf die Finanzierung durch ihre Gesellschafter angewiesen.

Interessengerecht ist zudem die Konsequenz, dass indirekt die Geltung des Beschleunigungsgrundsatzes für das Schutzschirmverfahren und das Eigenverwaltungsverfahren bestätigt wurde, denn ohne die Prüfung solcher Ansprüche durch den (vorläufigen) Sachwalter kann keine belastbare Vergleichsrechnung zwischen Liquidations- und Planszenario erstellt werden, weil etwaige Abgeltungszahlungen immer Auswirkungen auf die Quotenaussicht der Gläubiger haben.⁵⁴ Insofern hat die Entscheidung des LG Duisburg neben den erwünschten rechtlichen Klarstellungen insbesondere einen hohen praktischen Wert für die Sanierungsberatung.

V. Handlungsempfehlung für die Praxis

Da es für die Vergütung des vorläufigen wie des endgültigen Verwalters bzgl. der zugrunde zu legenden Berechnungsgrundlage künftig keine Trennung mehr gibt, empfiehlt sich für die Praxis, die nachfolgende Vergleichsrechnung zwischen der beantragten und der festgesetzten Vergütung anzuwenden, um einerseits den Zusammenhang zwischen der Höhe der Berechnungsgrundlage und den Zuschlägen sowie andererseits die monetären Auswirkungen für alle Verfahrensbeteiligten transparent zu machen. Dazu sollten jeweils die Prozentsätze sowie die sich daraus ergebenden Beträge in Euro gesondert ausgewiesen werden, um deutlich zu machen, dass ein 5 %iger Zuschlag bei unterschiedlichen Berechnungsgrundlagen auch zu unterschiedlichen Ergebnissen führt. Auf diese Weise kann zugleich ein wirtschaftlicher Wert der Leistung transparent gemacht und in Bezug zur tatsächlichen Leistungserbringung gesetzt werden. Allein die Angabe von Prozentsätzen verschleiert demgegenüber eher die tatsächliche Belastung der Masse, als den wirtschaftlichen Wert „sichtbar“ zu machen.

Sinnvollerweise erstellt dazu der Schuldner oder sein Berater eine Gegenüberstellung der Berechnungsgrundlage, wie sie sich aus der Vermögensübersicht im Insolvenzplan unter Berücksichtigung neuer Erkenntnisquellen und der Vermögensübersicht im Vergütungsantrag ergibt, verknüpft die jeweilige Berechnungsgrundlage in einer Excel-Tabelle mit den

50 BGH v. 29.3.2012 – IX ZB 134/09, ZInsO 2012, 1236 Rn. 9 m. Anm. *Kießner* in FD-InsR 2012, 333765.

51 BGH v. 9.6.2005 – IX ZB 284/03, ZInsO 2005, 757; BGH v. 8.7.2004 – IX ZB 589/02, ZInsO 2004, 909.

52 *Haarmeyer/Mock* (Fn. 6), § 11 Rn. 95 m.w.N.; a.A. *Buchalik/Schröder/Ibershoff*, ZInsO 2016, 1445, 1448.

53 Die Schuldnerin hatte die streitigen Organhaftungsansprüche im Plan von Anfang an mit Null bewertet und diese Bewertung im Plan ausführlich begründet. Parallel hierzu hatte sie in der Vergleichsrechnung zwischen Liquidation und Insolvenzplan zwei Alternativen gegenübergestellt: (1) Durchführung des Plans mit Ausschlussklausel und Einmalzahlung der Planquote oder (2) Liquidation und Durchsetzung etwaiger Haftungsansprüche. Deshalb war trotz der „nachgeschobenen“ Begründung der Haftungsansprüche durch den Sachwalter keine erneute gerichtliche Prüfung des Plans und Einholung von Stellungnahmen erforderlich.

54 *Horstkotte*, ZInsO 2014, 1297, 1307.

Zuschlägen und rechnet die Prozentsätze in einer dritten Spalte in Euro um. Dadurch wird vermieden, dass unverhältnismäßige Zuschläge geltend gemacht werden.

Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund der intertemporalen Wirkung der neuen BGH-Rechtsprechung zur Sachwaltervergütung⁵⁵ i.d.R. eine Teilung zwischen Eröffnungs-

verfahren und eröffneten Verfahren nur noch dann angezeigt ist, wenn die Vergütung für die vorläufige Verwaltung schon festgesetzt, aber der Beschluss noch nicht rechtskräftig ist. Denn nur dann kommt eine Anrechnung der bereits festgesetzten Vergütung für das vorläufige Verfahren im eröffneten Verfahren in Betracht. In allen anderen Fällen erfolgt eine einheitliche Festsetzung.

antragsgemäße (getrennte) Festsetzung der Vergütung des vorläufigen Sachwalters durch das AG Duisburg	Prozentsätze	Vergütung	antragsgemäße (getrennte) Festsetzung der Vergütung des Sachwalters durch das AG Duisburg	Prozentsätze	Vergütung	Einheitlich festgesetzte Vergütung des Sachwalters gemäß Beschluss des LG Duisburg (reduzierte Berechnungsgrundlage)*	Prozentsätze	Vergütung
Regelvergütung Insolvenzverwalter		204.329	Regelvergütung Insolvenzverwalter		227.454			166.543
Vergütungsanspruch Sachwalter (§ 12 Abs. 1 InsVV)	60 %	122.598						
Vergütungsanspruch vorläufiger Sachwalter	15 %	18.390	Vergütungsanspruch Sachwalter (§ 12 Abs. 1 InsVV)	60 %	136.472	Vergütungsanspruch vorläufiger Sachwalter (als Zuschlag)	25 %	41.636
Zuschlag	25 %	51.082	Zuschlag (s.u.)	105 %	238.827			
			Abschlag für Gesamtwürdigung	-15 %	-34.118	Auslagenersatz		250
Netto-Vergütung vorläufiger Sachwalter		69.472	Netto-Vergütung Sachwalter		341.181	Netto-Vergütung vorläufiger Sachwalter		41.886
						Netto-Vergütung Sachwalter (§ 12 Abs. 1 InsVV)	60 %	99.926
						Zuschlag (s.u.) auf Vomhundert-satz	15 %	24.981
						Abschlag		0
Auslagenersatz		250	Auslagenersatz		4.046	Auslagenersatz		4.046
Netto-Vergütung vorläufiger Sachwalter inklusive Auslagenersatz		69.722	Netto-Vergütung vorläufiger Sachwalter inklusive Auslagenersatz		345.228	Netto-Vergütung Sachwalter im vorläufigen und eröffneten Verfahren		170.840
USt	19 %	13.247	USt	19 %	65.593	USt	19 %	32.460
Brutto-Vergütung vorläufiger Sachwalter		97.558	Brutto-Vergütung Sachwalter		410.821			
Brutto-Vergütung vorläufiger Sachwalter und Sachwalter					508.379	Brutto-Vergütung vorläufiger Sachwalter und Sachwalter		203.299

55 Haarmeyer/Mock, ZInsO 2016, 1829 ff. sowie ZInsO 2016, 2084.

Beantragte und festgesetzte Zuschläge zur Vergütung des Sachwalters gemäß Beschluss des AG Duisburg	Prozentsätze	Vergütung	festgesetzte Zuschläge gemäß Beschluss des LG Duisburg	Prozentsätze	Vergütung
Betriebsfortführung (unter Aufrechterhaltung der Belegschaft)	20 %	45.490,82 €	Zusammenarbeit mit GLA	5 %	8.327,16 €
Insolvenzplan (Prüfung und Mitwirkung am Schuldnerplan)	60 %	136.472,46 €	erhöhte Gläubigerzahl	5 %	8.327,16 €
Gläubigerausschuss (GLA)	15 %	34.118,12 €	Umfangreiche Prüfung Organhaftung	5 %	8.327,16 €
Haftungsansprüche gegenüber Organ	15 %	34.118,12 €	Zuschläge gesamt	15 %	24.981,49 €
Anfechtungsansprüche	10 %	22.745,41 €			
Tabellenführung	10 %	22.745,41 €			
Abschlag für intakte Verwaltungsstrukturen und Buchhaltung sowie kurze Verfahrensdauer	-25 %	-56.863,53 €			
Zuschläge gesamt unter Berücksichtigung Abschlag für intakte Verwaltungsstrukturen und Buchhaltung sowie kurze Verfahrensdauer	105 %	238.826,81 €	Abschläge gesamt	0 %	0,00 €
Abschlag für Gesamtwürdigung	-15 %	-34.118,12 €			
Zuschläge gesamt unter Berücksichtigung aller Abschläge	90 %	204.708,69 €	Zuschläge gesamt	15 %	24.981,49 €