



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

IX ZB 143/08

vom

12. Mai 2011

in dem Insolvenzverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

InsVV § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 Buchst. b, § 3 Abs. 1 Buchst. b

- a) Alle nach § 3 Abs. 1 InsVV zu gewährenden Zuschläge berechnen sich nach der um den Überschuss bei einer Unternehmensfortführung gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 Buchst. b InsVV erhöhten Berechnungsgrundlage.
- b) Die nach § 3 Abs. 1 Buchst. b InsVV bei der Zumessung eines Zuschlags wegen Unternehmensfortführung vorzunehmende Vergleichsrechnung bezieht sich nur auf diesen Zuschlag; andere Zuschläge werden in die Vergleichsrechnung nicht einbezogen.
- c) Der mit der Vergleichsrechnung ermittelte Ausgleichszuschlag wegen Unternehmensfortführung ist in die Angemessenheitsbetrachtung zur Festlegung eines Gesamtzuschlags einzustellen.

BGH, Beschluss vom 12. Mai 2011 - IX ZB 143/08 - LG Bochum  
AG Bochum

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

am 12. Mai 2011

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des weiteren Beteiligten wird der Beschluss der 10. Zivilkammer des Landgerichts Bochum vom 29. Mai 2008 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Entscheidung - auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens - an das Beschwerdegericht zurückverwiesen.

Die Gegenstandswerte der Rechtsmittelverfahren werden für die sofortige Beschwerde auf 25.988,91 €, für die Rechtsbeschwerde auf 23.527,89 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Der weitere Beteiligte, welcher zuvor bereits als vorläufiger Insolvenzverwalter eingesetzt worden war, wurde mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der M. GmbH (fortan: Schuldne-

rin) am 11. September 2003 zu deren Insolvenzverwalter bestellt. Bis zum 29. November 2003 führte er den Betrieb der Schuldnerin fort. Mit seinem Schlussbericht vom 28. Juni 2007 rechnete er seine Vergütung nach einer Bemessungsgrundlage in Höhe von 763.308,78 € ab, wovon 128.270,15 € auf den aus der Betriebsfortführung erwirtschafteten Überschuss entfallen. Er beantragte, seine Vergütung mit dem 2,45-fachen Regelsatz festzusetzen.

- 2 Das Insolvenzgericht hat die Vergütung mit dem 1,95-fachen Regelsatz aus einer um den Überschuss aus der Betriebsfortführung bereinigten Bemessungsgrundlage (640.038,63 €) berechnet und auf netto 79.074,01 €, einschließlich der gesetzlichen Umsatzsteuer auf 94.098,07 € festgesetzt. Ferner hat es dem gesonderten Antrag auf Ersatz von Auslagen in Höhe von netto 12.250 € zuzüglich der hierauf entfallenden Umsatzsteuer in vollem Umfang entsprochen. Mit seiner sofortigen Beschwerde hat der weitere Beteiligte seine Vergütung neu berechnet und nun die Festsetzung des 1,9-fachen Regelsatzes aus der vollen Bemessungsgrundlage (763.308,78 €) sowie eine Zusatzvergütung für die Betriebsfortführung beantragt, insgesamt eine Vergütung in Höhe von netto 100.913,43 €, einschließlich der gesetzlichen Umsatzsteuer 120.086,98 €. Das Beschwerdegericht hat die Vergütung mit dem 2,01-fachen Regelsatz aus der um den Fortführungsüberschuss bereinigten Bemessungsgrundlage berechnet und auf netto 81.142,09 €, einschließlich der gesetzlichen Umsatzsteuer auf 96.559,09 € festgesetzt. Die Erhöhung des Regelsatzes hat das Beschwerdegericht auf Grund von Zuschlägen für die Ausarbeitung eines Sozialplans, die Betriebsfortführung, die große Anzahl der Gläubiger sowie die Beauftragung des Verwalters mit Zustellungen vorgenommen. Mit seiner Rechtsbeschwerde verfolgt der weitere Beteiligte seinen mit der sofortigen Beschwerde geltend gemachten Vergütungsantrag weiter.

II.

- 3 Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 64 Abs. 3 InsO, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch im Übrigen zulässig (§ 574 Abs. 2, § 575 ZPO). Insbesondere genügt ihre Begründung den Anforderungen des § 575 Abs. 3 Nr. 1 ZPO, weil durch Auslegung ermittelt werden kann, inwieweit die Abänderung der Entscheidung des Beschwerdegerichts beantragt wird.
- 4 1. Mit der Begründung der Rechtsbeschwerde hat der weitere Beteiligte beantragt, nach dem mit der Begründung seiner sofortigen Beschwerde gestellten Vergütungsantrag auch insoweit zu erkennen, als die sofortige Beschwerde keinen Erfolg gehabt hat. In den weiteren Ausführungen legt die Rechtsbeschwerdebegründung sodann dar, Ziel der Rechtsbeschwerde sei die Festsetzung des Differenzbetrags zwischen der Entscheidung des Beschwerdegerichts und dem mit Schriftsatz vom 28. März 2008 im Verfahren der sofortigen Beschwerde gestellten Antrags auf Festsetzung einer Gesamtvergütung von 120.086,98 €, folglich eine Forderung in Höhe von 8.950,39 €. Diese Darlegungen sind nicht eindeutig.
- 5 Der vom weiteren Beteiligte im Verfahren der sofortigen Beschwerde erhobene Vergütungsanspruch einschließlich Umsatzsteuer in Höhe von 120.086,98 € umfasst nicht den Ersatz seiner Auslagen, welche der weitere Beteiligte bereits in seinem ursprünglichen Vergütungsantrag vom 27. Juni 2007 gesondert beantragt hat (Seite 16 des Schlussberichts vom 28. Juni 2007) und die vom Amtsgericht antragsgemäß festgesetzt worden sind. Demgegenüber beinhaltet die vom Beschwerdegericht festgesetzte Vergütung in Höhe von insgesamt 111.136,59 € (beziehungsweise von weiteren 83.921,04 € unter Berücksichtigung des bereits ausgezahlten Vorschusses) auch den Aus-

lagenersatz in Höhe von 12.250 € und die hierauf entfallende Umsatzsteuer (brutto 14.577,50 €). Tatsächlich bleibt daher die Entscheidung des Beschwerdegerichts hinter dem zuletzt gestellten Vergütungsantrag des weiteren Beteiligten in Höhe von 23.527,89 € und nicht lediglich in Höhe von 8.950,39 € zurück.

- 6                    2. Die Unklarheit über den Antrag der Rechtsbeschwerde lässt sich jedoch durch Auslegung der Rechtsbeschwerdebegründung beseitigen. Die Rechtsbeschwerdebegründung macht deutlich, dass der Vergütungsantrag vom 28. März 2008 in vollem Umfang weiter verfolgt werden soll. Die Bezifferung der weitergehenden Forderung auf 8.950,39 € stellt sich demgemäß offenkundig als Versehen dar, welches keinen Anhaltspunkt gibt, dass die Rechtsbeschwerde auf einen Teilbetrag des geltend gemachten Vergütungsanspruchs beschränkt werden sollte. Als Versehen ist diese Berechnung auch vor dem Hintergrund zu deuten, dass dem Beschwerdegericht bei der Festlegung des Gegenstandswerts für das Verfahren der sofortigen Beschwerde derselbe Fehler unterlaufen und außer Betracht geblieben ist, dass die Neuberechnung des Vergütungsanspruchs mit dem Schriftsatz vom 28. März 2008 die vom Amtsgericht festgelegten Auslagen und die hierauf entfallende Umsatzsteuer nicht beinhaltet, sondern zusätzlich hierzu geltend gemacht wird.

### III.

- 7                    Das Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg und führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

- 8           1. Das Beschwerdegericht hat die Auffassung des Insolvenzgerichts gebilligt, wonach diejenige Vergütung, welche der Verwalter ohne einen Zuschlag für die Betriebsfortführung aufgrund der vollen Bemessungsgrundlage unter Einschluss des Fortführungsgewinns erhalte, mit derjenigen Vergütung zu vergleichen sei, die sich bei fehlendem Fortführungsgewinn aufgrund aller Zuschläge, auch des Zuschlags für die Betriebsfortführung, ergäbe. Da nach dieser Vergleichsrechnung die zuletzt genannte Berechnung zu einer höheren Vergütung führte, hat das Beschwerdegericht diesen Betrag festgesetzt. Die Rechtsbeschwerde bringt hiergegen vor, das Beschwerdegericht habe damit fehlerhaft die aus anderen Gründen als der Betriebsfortführung verdienten Zuschläge aus einer um den Fortführungsgewinn bereinigten Bemessungsgrundlage gewährt, obwohl sämtliche Zuschläge mit Ausnahme des Zuschlags für die Betriebsfortführung aus der vollen Bemessungsgrundlage unter Einschluss des Fortführungsgewinns zu berechnen seien.
- 9           2. Die Rüge, das Beschwerdegericht habe fehlerhaft die aus anderen Gründen als der Betriebsfortführung verdienten Zuschläge aus einer um den Fortführungsgewinn bereinigten Bemessungsgrundlage gewährt, obwohl diese Zuschläge aus der vollen Berechnungsgrundlage unter Einschluss des Fortführungsgewinns zu berechnen seien, ist begründet.
- 10           Hat der Insolvenzverwalter das Unternehmen des Schuldners fortgeführt und hieraus einen Überschuss erwirtschaftet, so erhöht der Fortführungsüberschuss nach der Vorschrift des § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 Buchst. b InsVV die Berechnungsgrundlage und damit die Regelvergütung des Verwalters. Ist die Masse durch die Betriebsfortführung hingegen nicht oder nicht entsprechend größer geworden, so verdient der Verwalter nach der Bestimmung des § 3 Abs. 1 Buchst. b InsVV einen Zuschlag. Ob der Fortführungsgewinn eine

entsprechende Erhöhung der Berechnungsgrundlage in diesem Sinne darstellt, beantwortet sich durch eine Vergleichsrechnung: Die Vergütung, die sich unter Berücksichtigung der Erhöhung der Berechnungsgrundlage durch den erwirtschafteten Überschuss ergibt, ist derjenigen Vergütung gegenüberzustellen, welche der Verwalter ohne Erwirtschaftung eines Überschusses aufgrund eines Zuschlags erhielt; bleibt die Vergütung aufgrund der Massemehrung hinter dieser fiktiven Vergütung zurück, so erhält der Verwalter ergänzend einen Zuschlag, der die Differenz ungefähr ausgleicht (BGH, Beschluss vom 22. Februar 2007 - IX ZB 106/06, ZInsO 2007, 436 Rn. 19; vom 22. Februar 2007 - IX ZB 120/06, ZInsO 2007, 438 Rn. 5; vom 24. Januar 2008 - IX ZB 120/07, ZInsO 2008, 266 Rn. 7; vom 16. Oktober 2008 - IX ZB 179/07, ZInsO 2008, 1262 Rn. 13; vom 13. November 2008 - IX ZB 141/07, ZInsO 2009, 55 Rn. 5; Keller, Vergütung und Kosten im Insolvenzverfahren, 3. Aufl., Rn. 327; Haarmeyer/Wutzke/Förster, InsVV, 4. Aufl., § 3 Rn. 17; Stephan/Riedel, InsVV, § 3 Rn. 12).

- 11            Gemäß dem Ergebnis dieser Vergleichsberechnung hat das Beschwerdegericht dem Schuldner einen Zuschlag von 50 v.H. auf die um den Fortführungsgewinn verminderte Berechnungsgrundlage (40.550,77 € + 20.275,38 €) statt der einfachen Regelvergütung nach der erhöhten Berechnungsgrundlage (43.116,18 €) gewährt. Hieraus folgt jedoch nicht, dass die Vergütung insgesamt nur auf der Grundlage der um den Fortführungsgewinn verminderten Teilungsmasse berechnet werden darf und auch die weiteren Zuschläge auf die Vergütung des Insolvenzverwalters, nämlich 45 v.H. für die Durchführung eines Sozialplanverfahrens, 2,5 v.H. wegen einer erhöhten Gläubigerzahl und 2,6 v.H. aufgrund der vom Verwalter vollzogenen Zustellungen, ebenfalls nur auf die Regelvergütung zu gewähren sind, die sich bei Zugrundelegung der um das Ergebnis der Betriebsfortführung verringerten Berechnungsgrundlage

ergibt. Insoweit hätte vielmehr die durch die Betriebsfortführung erhöhte Berechnungsgrundlage in Ansatz gebracht werden müssen.

- 12 a) Der Wortlaut des § 3 Abs. 1 Buchst. b InsVV schließt zwar nicht von vorneherein aus, in die vorzunehmende Vergleichsberechnung alle anderen Zuschläge einzubeziehen. Das den Zuschlag in § 3 Abs. 1 Buchst. b InsVV beschränkende zweite Tatbestandsmerkmal, dass die Masse nicht entsprechend größer geworden sein darf, würde sich dann aber auf alle anderen Zuschlagstatbestände erstrecken. Wenn ein solches Ergebnis gewollt gewesen wäre, hätte es näher gelegen, diese Einschränkung nicht im Buchst. b, sondern für alle Zuschlagstatbestände zu regeln.
- 13 Die in § 3 Abs. 1 Buchst. b InsVV vorgesehene Vergleichsrechnung hat nicht die Zielrichtung, die Vergütung des Verwalters, der ein Unternehmen erfolgreich fortgeführt hat, auf die Vergütung zu beschränken, die ein Verwalter erzielt hätte, der keinen Überschuss erwirtschaftet. Dann könnte auf die Vergleichsrechnung in aller Regel verzichtet und insoweit von vorneherein von der um den Überschuss verminderten Berechnungsgrundlage ausgegangen werden.
- 14 Der Senat hat vielmehr stets betont, dass der Insolvenzverwalter, der durch die Betriebsfortführung eine Anreicherung der Masse bewirkt, vergütungsmäßig nicht schlechter stehen darf, als wenn die Masse nicht angereichert worden wäre. Um zu verhindern, dass im Hinblick auf die erhöhte Berechnungsgrundlage von vorneherein von einem Zuschlag wegen Betriebsfortführung abgesehen wird, ist die Vergleichsrechnung vorzunehmen. Ergibt sich, dass die aus der Massemehrung folgende Erhöhung der Vergütung niedriger ist als der Betrag, der über den Zuschlag ohne Massemehrung verdient wäre, ist



ein Zuschlag zu gewähren, der die Differenz in etwa ausgleicht (BGH, Beschluss vom 22. Februar 2007 - IX ZB 106/06, aaO; vom 22. Februar 2007 - IX ZB 120/06, aaO; vom 24. Januar 2008, aaO; vom 16. Oktober 2008, aaO; vom 13. November 2008, aaO).

15            b) Allerdings hat der Senat in diesem Zusammenhang ausgeführt, der Zuschlag dürfe auch nicht höher sein, als es die bestehende Differenz erfordere (BGH je aaO). Hieran wird jedoch nicht uneingeschränkt festgehalten. Der Verwalter darf zwar für eine Tätigkeit nicht doppelt honoriert werden. Das schließt es aber nicht aus, den Erfolg des Verwalters bei der Fortführung des Unternehmens in angemessenem Umfang auch bei der Festlegung des Zuschlags zu berücksichtigen, vorausgesetzt, der erzielte Überschuss ist gerade auf den besonderen Einsatz des Verwalters zurückzuführen. Auch dann darf die Höhe aber nicht den tätigkeitsbezogenen Zuschlag überschreiten, der ohne eingetretene Erhöhung der Berechnungsgrundlage zuzubilligen wäre.

16            c) Nach den vom Beschwerdegericht zugebilligten Zuschlägen von 100,1 v.H. einschließlich des Zuschlags für Betriebsfortführung in Höhe von 50 v.H. ergibt sich danach:

17            Die Regelvergütung aus einer Berechnungsgrundlage einschließlich des Überschusses von 768.308,78 € errechnet sich mit 43.116,18 €, aus einer Berechnungsgrundlage ohne Überschuss von 640.038,63 € mit 40.550,77 €. Allein durch die Berücksichtigung des Überschusses in der Berechnungsgrundlage erhöht sich die Regelvergütung damit um 2.565,41 €.

18            Der vom Beschwerdegericht für angemessen angesehene Zuschlag für die Betriebsfortführung von 50 v.H. auf Grundlage der nicht erhöhten Berech-

nungsgrundlage bewirkt eine Erhöhung der Vergütung um 20.275,39 € (50 v.H. von 40.550,77 €). Die zumindest auszugleichende Differenz beträgt daher 17.709,98 €. Der insoweit anzusetzende Ausgleichszuschlag für die Betriebsfortführung auf Basis der nach § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 Buchst. b InsVV zugrunde zu legenden erhöhten Berechnungsgrundlage beträgt damit 41,8 v.H.. Denn ein Zuschlag in dieser Höhe auf die Regelvergütung nach der erhöhten Berechnungsgrundlage entspricht - jeweils zusammen mit der Regelvergütung selbst - einem Zuschlag von 50 v.H. auf die Regelvergütung auf der Grundlage der verminderten Berechnungsgrundlage.

19 Der Vomhundertsatz von 41,8 ist in die Abwägung zur Festsetzung des Gesamtzuschlags zur Regelvergütung auf Grundlage der erhöhten Berechnungsgrundlage einzustellen. Sofern der Erfolg des Verwalters nicht bereits in anderer Weise angemessen berücksichtigt ist, hier etwa schon durch die erhöhte Berechnungsgrundlage auch bei den anderen Zuschlagstatbeständen, kann dabei in angemessenem Umfang aufgerundet werden. Der Gesamtzuschlag ist aber auch hier als Ergebnis einer aufs Ganze bezogenen Angemessenheitsbetrachtung festzusetzen, welche die tatbestandlichen Überschneidungen bei der Festsetzung der Berechnungsgrundlage sowie der Zu- und Abschläge berücksichtigt (BGH, Beschluss vom 11. Mai 2006 - IX ZB 249/04, ZIP 2006, 1204 Rn. 12; vom 20. Mai 2010 - IX ZB 11/07, ZIP 2010, 1403 Rn. 9).

20 3. Soweit die Rechtsbeschwerde einen Zuschlag für die lange Verfahrensdauer verlangt, bleibt dem Rechtsmittel der Erfolg versagt. Da die Vergütung des Insolvenzverwalters an dessen tatsächlichen Arbeitsaufwand anknüpft, rechtfertigt nur ein konkret darzulegender Mehraufwand, nicht jedoch die lange Verfahrensdauer als solche die Gewährung eines Zuschlags (BGH, Beschluss vom 16. September 2010 - IX ZB 154/09, ZInsO 2010, 1949 Rn. 8;

vgl. auch BGH, Beschluss vom 6. Mai 2010 - IX ZB 123/09, ZInsO 2010, 1504 Rn. 7). Dabei bedeuten die vermehrte Erledigung von Routinearbeiten wie die Erstellung von Zwischenberichten oder die Aktualisierung der Buchführung noch keinen Mehraufwand, welcher die Gewährung eines Zuschlags rechtfertigte (BGH, Beschluss vom 16. September 2010, aaO). Von diesen Grundsätzen ist das Beschwerdegericht zutreffend ausgegangen. Dessen tatrichterliche Würdigung, wonach die Schwierigkeiten bei der Veräußerung der Betriebsimmobilie der Schuldnerin auf der Grundlage der Tätigkeitsberichte des Insolvenzverwalters keinen ungewöhnlichen Aufwand erkennen ließen, ist frei von Rechtsfehlern.

- 21           4. Ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde auch gegen die Festsetzung der Vergütungszuschläge wegen der Zahl der Gläubiger und der Zahl der dem Insolvenzverwalter übertragenen Zustellungen. Die Bemessung vorzunehmender Zu- und Abschläge ist grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters. Sie ist in der Rechtsbeschwerdeinstanz nur darauf zu überprüfen, ob sie die Gefahr der Verschiebung von Maßstäben mit sich bringt (BGH, Beschluss vom 13. November 2008 - IX ZB 141/07, ZInsO 2009, 55 Rn. 8; vom 16. September 2010 - IX ZB 200/08 Rn. 5 mwN). Eine solche Gefahr hat die Rechtsbeschwerde nicht darzulegen vermocht. Eine Bindung an bestimmte "Faustregeltabellen", wie sie die Rechtsbeschwerde wohl geltend machen will, gibt es nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 22. März 2007 - IX ZB 201/05, ZInsO 2007, 370; vom 14. Februar 2008 - IX ZB 181/04, ZInsO 2008, 373 Rn. 4; vom 10. Juli 2008 - IX ZB 152/07, ZInsO 2008, 854 Rn. 6; vom 6. Mai 2010, aaO, Rn. 3).

IV.

- 22 Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden. Die bei der Festsetzung der Verwaltervergütung vorzunehmende Gesamtschau unter Berücksichtigung von Überschneidungen der einzelnen Tatbestände und einer aufs Ganze bezogenen Angemessenheitsbetrachtung obliegt dem Tatrichter. Diese wird danach die Höhe des Gesamtzuschlag neu festzulegen haben (BGH, Beschluss vom 20. Mai 2010 - IX ZB 11/07, BGHZ 185, 353 Rn. 9; vom 16. September 2010, aaO Rn. 10).
- 23 Bei der Festsetzung des Gesamtzuschlags ist bisher unberücksichtigt geblieben, dass der weitere Beteiligte schon im Eröffnungsverfahren als vorläufiger Insolvenzverwalter tätig gewesen und entlohnt worden ist. Dies rechtfertigt nach ständiger Rechtsprechung des Senats in der Regel einen Abschlag von der Vergütung als endgültiger Verwalter (BGH, Beschluss vom 11. Mai 2006 - IX ZB 249/04, ZInsO 2006, 642 Rn. 22 ff.; vom 16. September 2010 aaO Rn. 3 mwN). Das Beschwerdegericht ist insoweit auch nicht gehindert, die Bemessung der Zu- oder Abschläge anders zu gewichten, als bisher geschehen. Gebunden ist es nur an die Höhe der vom Landgericht bereits festgesetzten Vergütung, die nicht zum Nachteil des Rechtsbeschwerdeführers verschlechtert werden darf (BGH, Beschluss vom 16. Juni 2005 - IX ZB 285/03, ZIP 2005, 1371; vom 28. September 2006 - IX ZB 108/05, ZIP 2006, 2186 Rn. 4; vom 7. Oktober 2010 - IX ZB 115/08, ZInsO 2010, 2409 Rn. 10).

V.

24 Der Gegenstandswert der Rechtsmittelverfahren ist nach der Vorschrift des § 63 Abs. 3 Satz 1 Var. 2 GKG auch für das Verfahren der sofortigen Beschwerde neu festzusetzen unter Berücksichtigung des Umstands, dass der weitere Beteiligte die geltend gemachte Vergütung zusätzlich zum bereits durch das Amtsgericht festgesetzten Auslagenersatz und der hierauf entfallenden Umsatzsteuer in Höhe von insgesamt 14.577,50 € verlangt hat.

Kayser

Vill

Lohmann

Pape

Möhring

Vorinstanzen:

AG Bochum, Entscheidung vom 11.03.2008 - 80 IN 868/03 -

LG Bochum, Entscheidung vom 29.05.2008 - 10 T 59/08 -