

Vergütungsrecht in der Insolvenzpraxis:

Die Regelung des § 1 Abs. 2 InsVV ist nichtig

Die Vergütung eines Insolvenzverwalters wird wesentlich durch den Wert der Insolvenzmasse bestimmt. § 63 Abs. 1 S. 2 InsO und § 1 Abs. 1 S. 1 InsVV geben hierzu vor, dass die Vergütung eines Insolvenzverwalters auf der Basis des Wertes der Insolvenzmasse des jeweiligen Insolvenzverfahrens zu bestimmen ist. Diese gesetzliche Vorgabe wird durch die Regelungen des § 1 Abs. 2 InsVV abgeändert und in der Folge als Basis für die Vergütungsbemessung in der Regel ein erheblich niedrigerer Wert angesetzt. Dies entspricht den aus der konkursrechtlichen Praxis entsprungenen Vergütungsregelungen, welche insoweit unverändert für die Insolvenzverfahren übernommen wurden. Diese Übernahme missachtet jedoch die gesetzliche Vorgabe des § 63 Abs. 1 S. 2 InsO und führt dazu, dass die entsprechenden Regelungen des § 1 Abs. 2 InsVV als nichtig zu behandeln sind und daher im Rahmen der Vergütungsfestsetzung keine Anwendung finden dürfen.

von Richter am Amtsgericht Dr. Thorsten Graeber, Potsdam*

I. Die Anspruchsgrundlage für die Vergütung eines Insolvenzverwalters: § 63 Abs. 1 S. 1 InsO

Dass einem Insolvenzverwalter zum Ausgleich für seine Tätigkeiten, seine Mühen und seine Risiken ein Anspruch auf eine angemessene Vergütung zusteht, ergibt sich bereits aus den allgemeinen Grundsätzen bei der Beauftragung Privater mit Aufgaben im öffentlichen Interesse; im Insolvenzverfahren zudem ausdrücklich aus der Regelung des § 63 Abs. 1 S. 1 InsO. Mit dieser Normierung ist jedoch nur klargestellt, dass ein Insolvenzverwalter einen Anspruch auf Vergütung für seine Geschäftsführung und auf Erstattung angemessener Auslagen hat. Wie diese Vergütung zu bemessen ist, regelt die Insolvenzordnung selbst noch nicht. Vielmehr hat der Gesetzgeber von der Möglichkeit des Art. 80 GG Gebrauch gemacht und in § 65 InsO das Bundesministerium der Justiz ermächtigt, die Vergütung und Erstattung der Auslagen des vorläufigen Insolvenzverwalters und des Insolvenzverwalters sowie das hierfür maßgebliche Verfahren durch Rechtsverordnung zu regeln. Dem kam der Verordnungsgeber mit dem Erlass der InsVV vom 19. August 1998¹ nach. Mit der InsVV wurde jedoch keine Anspruchsgrundlage für die Vergütung des Insolvenzverwalters geschaffen, sondern nur Regeln für die Berechnung dieser Vergütung und das Festsetzungsverfahren konkretisiert.

* Der Autor ist Insolvenzrichter am Amtsgericht Potsdam und Autor im Graeber|Graeber, InsVV, 3. Aufl. 2018, sowie der InsVV-Online Kommentierung zur InsVV auf www.insvv-online.de.

¹ Die Ursprungsfassung ist zu finden auf <http://www.insvv-online.de/insvv-text-vom-19-08-1998/>

II. Basis jeder Insolvenzverwaltervergütung: Der Wert der Insolvenzmasse, § 63 Abs. 1 S. 2 InsO

Die Basis der Vergütung eines Insolvenzverwalters ist durch § 63 Abs. 1 S. 2 InsO klar geregelt: Maßgeblich ist der Wert der Insolvenzmasse² zur Zeit der Beendigung des Insolvenzverfahrens. Und auch was unter dem Begriff Insolvenzmasse zu verstehen ist, wird durch die Insolvenzordnung selbst in §§ 35 bis 37, 47 InsO definiert. Darüber hinaus wird die Vergütung des Insolvenzverwalters in § 63 InsO nicht geregelt.

III. Die Umsetzung der vergütungsrechtlichen Vorgaben der Insolvenzordnung durch die InsVV

Die gesetzliche Vorgabe der Maßgeblichkeit des Wertes der Insolvenzmasse entsprechend § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO wird durch die InsVV in § 1 Abs. 1 Satz 1 InsVV übernommen. Dass § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO den „Wert der Insolvenzmasse zur Zeit der Beendigung des Insolvenzverfahrens“ vorgibt und § 1 Abs. 1 Satz 1 InsVV die Vergütung „nach dem Wert der Insolvenzmasse berechnet, auf die sich die Schlussrechnung bezieht“, stellt keinen Widerspruch dar.³ Da die Abrechnung eines Insolvenzverwalters zwingend immer eine erhebliche Zeit vor der Beendigung des Insolvenzverfahrens gelegt werden muss und auch die Vergütungsfestsetzung des Insolvenzgerichts vor der Beendigung des Verfahrens zu erfolgen hat, ist es unbestritten, dass beide Formulierungen dasselbe meinen: Für die Vergütung eines Insolvenzverwalters soll der gesamt Wert einer Insolvenzmasse eines Verfahrens als Basis herangezogen werden.⁴ Die Schlussrechnung soll diesen Wert prognostizieren und sichere Massezuflüsse aus dem Zeitraum zwischen der Schlussrechnungslegung

² Dass teilweise einige Autoren und auch gelegentlich der BGH sprachlich und sachlich ungenau den Begriff der „Teilungsmasse“ verwenden, welcher vom Gesetzgeber bewusst nicht aus dem Konkursverfahren übernommen wurde, ist verwunderlich, da die anderen überholten Begriffe wie „Konkursverwalter“ oder „Sequester“ - wie es eigentlich selbstverständlich ist - keine Verwendung in einem Insolvenzverfahren mehr finden. Der Begriff Teilungsmasse ist in Insolvenzverfahren nicht zu verwenden.

³ BGH v. 20.07.2017 - IX ZB 75/16, ZIP 2017, 1629; BGH v. 19.12.2013 - IX ZB 9/12, NZI 2014, 238 = ZInsO 2014, 305 = ZIP 2014, 334; BGH v. 06.04.2017 - IX ZB 3/16, NZI 2017, 507 = ZInsO 2017, 1118 = ZIP 2017, 932

⁴ BGH v. 20.07.2017 - IX ZB 75/16, ZIP 2017, 1629; BGH v. 06.04.2017 - IX ZB 3/16, NZI 2017, 507 = ZInsO 2017, 1118 = ZIP 2017, 932

und dem zu erwartenden Zeitpunkt der Aufhebung des Verfahrens berücksichtigen⁵, anderenfalls eine ergänzende Festsetzung in Betracht kommt⁶. Ein Widerspruch zwischen der Formulierung des § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO und der des § 1 Abs. 1 Satz 1 InsVV liegt daher also tatsächlich nicht vor.

IV. Wird die Vergütung eines Insolvenzverwalters nach der InsVV auch tatsächlich nach dem Wert der Insolvenzmasse berechnet?

Für die Berechnung der Vergütung des Insolvenzverwalters bleibt es jedoch nicht bei der Regelung des § 1 Abs. 1 S. 1 InsO, welcher in Fortführung des § 63 Abs. 1 S. 2 InsO den Wert der Insolvenzmasse als Ausgangspunkt der Vergütungsbemessung bestimmt. Vielmehr sieht § 1 Abs. 2 InsVV Regelungen vor, wonach es nicht allein der Wert der Insolvenzmasse sein soll, welcher der Berechnung der Vergütung des Insolvenzverwalters zu Grunde gelegt wird, sondern bestimmt eine Abweichung hiervon unter besonderen Voraussetzungen.

Würde es sich bei den Einschränkungen durch § 1 Abs. 2 InsVV um eine Wiedergabe der Regelungen der Insolvenzordnung zur Bestimmung der Insolvenzmasse handeln, wäre der gesamte § 1 Abs. 2 InsVV unnötig. Der Regelungsgehalt von § 1 Abs. 2 InsVV beschränkt sich jedoch nicht auf eine Wiederholung bzw. Verdeutlichung der gesetzlichen Regelungen der Insolvenzordnung zur Bestimmung der Insolvenzmasse. Vielmehr ist es Ziel des § 1 Abs. 2 InsVV, für die Ermittlung des Berechnungswertes⁷ der Verwaltervergütung einzelne Bestandteile der Insolvenzmasse aus dieser Ermittlung herauszunehmen bzw. deren Wert durch den Betrag einzelner Masseverbindlichkeiten zu kürzen. So bestimmt § 1 Abs. 2 Nr. 1 InsVV, dass bestimmte Teile der Insolvenzmasse, nämlich „Massegegenstände, die mit Absonderungsrechten belastet sind“ nicht oder nicht mit ihrem vollständigen Wert in der Berechnungsgrundlage der Verwaltervergütung zu berücksichtigen sind, obwohl diese Gegenstände unstreitig Bestandteil der Insolvenzmasse sind. Das auf Ihnen lastende Absonderungsrecht ändert die Zuordnung dieser Gegenstände zu Insolvenzmasse ja nicht, sondern wirkt

⁵ BGH v. 20.07.2017 - IX ZB 75/16, ZIP 2017, 1629; BGH v. 26.01.2006 - IX ZB 183/04, NZI 2006, 237 = ZInsO 2006, 203 = ZIP 2006, 486; BGH v. 19.12.2013 - IX ZB 9/12, NZI 2014, 238 = ZInsO 2014, 305 = ZIP 2014, 334

⁶ BGH v. 20.07.2017 - IX ZB 75/16, ZIP 2017, 1629; BGH v. 06.04.2017 - IX ZB 3/16, NZI 2017, 507 = ZInsO 2017, 1118 = ZIP 2017, 932; BGH v. 26.01.2006 - IX ZB 183/04, NZI 2006, 237 = ZInsO 2006, 203 = ZIP 2006, 486; BGH v. 19.12.2013 - IX ZB 9/12, NZI 2014, 238 = ZInsO 2014, 305 = ZIP 2014, 334

⁷ Berechnungswert ist der Betrag in Euro, der sich aus der Addition der Werte der einzelnen Vermögensgegenstände und -positionen ergibt, welche Bestandteil der Insolvenzmasse sind. Dieser Berechnungswert ist die Basis der Bemessung der Regelvergütung gemäß § 2 InsVV.

sich nur auf die Verteilung des durch die Verwertung dieser Gegenstände erzielten Erlöses aus.

In Fällen einer Fortführung des schuldnerischen Unternehmens bestimmt § 1 Abs. 2 Nr. 4 S. 2 Buchst. b) InsVV, dass nicht etwa der gesamte Wert der durch die Unternehmensfortführung erwirtschafteten Neumasse berücksichtigt werden soll, sondern nur der Betrag, der sich als Überschuss nach Berücksichtigung der Ausgaben der Unternehmensfortführung ergibt. In diesem Fall werden also sonstige Masseverbindlichkeiten im Sinne des § 55 InsO herangezogen, um den Wert der Massemehrung aus der Unternehmensfortführung auf den Betrag der wirtschaftlichen Verbesserung, also den wirtschaftlichen Fortführungsgewinn zu reduzieren.

Auch wenn dies zwischenzeitlich in der Praxis nur selten der Fall ist, sieht auch § 1 Abs. 2 Nr. 4 S. 2 Buchst. a) InsVV vor, dass die sonstigen Masseverbindlichkeiten, die dem Insolvenzverwalter selbst entsprechend § 5 InsVV zufließen, zu berücksichtigen sind und dementsprechend den Wert der Berechnungsgrundlage der Verwaltervergütung nach § 1 InsVV hinter den Wert der Insolvenzmasse gemäß §§ 35 bis 37, 47 InsO zurückfallen lassen. Und auch § 1 Abs. 2 Nr. 3 InsVV belässt es bei der Bestimmung der Berechnungsgrundlage der Verwaltervergütung nicht dabei, Forderungen des Schuldners, welche zweifelsohne ebenfalls Bestandteil der Insolvenzmasse sind, mit ihrem wirtschaftlichen Wert anzusetzen, sondern reduziert diesen Wert um Gegenforderungen, welche nicht einmal den Charakter einer sonstigen Masseverbindlichkeit haben.

Die Regelungen des § 1 Abs. 2 InsVV sind, wirtschaftlich und verfahrenstechnisch betrachtet, sinnvoll. Ihnen kann nicht abgesprochen werden, dass sie unter richtiger Anwendung zu einem vernünftigen und angemessenen Vergütungsergebnis führen. Diese positive Bewertung ändert jedoch nichts daran, dass festzuhalten ist, dass § 1 Abs. 2 InsVV im Widerspruch zu § 63 Abs. 1 S. 2 InsO steht.

V. Auswirkungen des § 1 Abs. 2 InsVV am Beispiel eines Insolvenzverfahrens mit einer Unternehmensfortführung

Die Auswirkungen des § 1 Abs. 2 InsVV sind insbesondere in Verfahren mit einer Unternehmensfortführung erheblich. Dies sei an den Zahlen eines großen Insolvenzverfahrens verdeutlicht:

Der Insolvenzverwalter dieses Verfahren gab im Rahmen seines Vergütungsantrages u.A. folgende Zahlen an:

Berechnungsgrundlage/Insolvenzmasse: 1.019.600.000 € (inkl. eines „aktiven Rechnungsabgrenzungspostens“⁸ von 37.900.000 €)

Hierin nicht enthaltene Zahlungen an gepoolte Absonderungsberechtigte von 136.000.000 €

Umsatz: 3.620.000.000 €

Die Vergütungsberechnung erfolgte nach weiteren Erläuterungen tatsächlich auf der Basis einer Berechnungsgrundlage von 980.500.000 € und einer Regelvergütung von 5.430.250 €.

Welche neue Masse durch die Unternehmensfortführung in diesem Verfahren generiert werden konnte, war dem Vergütungsantrag nicht zu entnehmen. Dies beruht wahrscheinlich darauf, dass das Ergebnis der Einnahmen-/Ausgabenrechnung gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 4 S. 2 Buchst. b) InsVV zu einem negativen Ergebnis gekommen war. Es kann jedoch vermutet werden, dass es auch diesem Insolvenzverwalter gelungen ist, eingekaufte Ware zu einem höheren Preis als dem Einkaufspreis zu verkaufen. Wenn ein Insolvenzverwalter in einem solchen Fall Ware zum Preis von 100.000 € einkauft und anschließend für 250.000 € verkauft, liegt der Fall einer Massenerhöhung, eines Neuerwerbs im Insolvenzverfahren vor. Dabei ist allerdings der Wert des Neuerwerbs nicht mit dem Verkaufserlös von 250.000 € gleichzusetzen.⁹ Durch die Umwandlung eines Kontoguthabens i.H.v. 100.000 € durch Zahlung an den Verkäufer und den Erhalt von Waren mit einem Wert von 100.000 € findet nur ein Aktivtausch jedoch keine Massenerhöhung statt. Nur der Betrag, der über diese 100.000 € durch einen Verkauf erzielt werden konnte, also in diesem Fall 150.000 €, ist als massenerhöhender Neuerwerb anzusehen. Daher kann der Betrag des erzielten Umsatzes nicht vollständig als Neuerwerb behandelt werden.

Das Insolvenzgericht dieses Verfahrens hielt es nicht für notwendig, sich eine Einnahmen- und Ausgabenrechnung vorlegen zu lassen. Dem entsprechend enthält weder der Vergütungsantrag noch die gerichtliche Festsetzungsentscheidung Angaben darüber, wie erfolgreich die Unternehmensfortführung aus wirtschaftlicher Sicht war. Für die weitere Behandlung soll jedoch fiktiv davon ausgegangen werden,

⁸ Allein die Berücksichtigung dieses „Vermögenswertes“ führte im Ergebnis zu einer Mehrvergütung von 1.127.525 € brutto. Hierauf soll nicht weiter eingegangen werden.

⁹ So bereits ein Hinweis des BGH v. 15.11.2012 - IX ZB 88/09, Rdnr. 49, NZI 2013, 29 = ZInsO 2013, 44

dass der Insolvenzverwalter einen Verkaufserlös i.H.v. 20 % des Umsatzes erzielen konnte. Bei einem Umsatz von 3.620.000.000 € wären dies 724.000.000 €.

Ausgehend von der ursprünglich angegebenen Berechnungsgrundlage/Insolvenzmasse von 1.019.600.000 € dürfte der nach §§ 35 bis 37, 47 InsO zu ermittelnde Wert der Insolvenzmasse einerseits um die Zahlungen an gepoolte Absonderungsberechtigte i.H.v. 136.000.000 € und andererseits um den Neuerwerb i.H.v. 724.000.000 € zu erhöhen sein. Die Zahlungen an die Absonderungsberechtigten sind aus der Insolvenzmasse zu erbringen, so dass deren Betrag bei der Ermittlung des Wertes der Insolvenzmasse nicht außer Betracht zu bleiben hat. Die Insolvenzmasse hätte somit am Ende des Verfahrens einen Wert von insgesamt 1.879.600.000 €. Dies sind 84 % mehr als ursprünglich angesetzt und führen zu einer Regelvergütung gemäß § 2 Abs. 1 InsVV in Höhe von 9.925.750 €. Übernimmt man diese Regelvergütung und belässt es bei den in diesem Verfahren dem Insolvenzverwalter gewährten Zuschlägen um 400 %, ergibt sich ein Unterschied in der Nettovergütung von 22.477.500 €. Die Frage, ob die Vergütung eines Insolvenzverwalters auf der Basis des vollen Wertes der Insolvenzmasse festzusetzen ist oder ob dieser Wert entsprechend § 1 Abs. 2 InsVV zu vermindern ist, ist damit wirtschaftlich betrachtet von großer Bedeutung.

VI. Darf die InsVV einen anderen Wert als Basis der Insolvenzverwaltervergütung vorgeben, als den der Insolvenzmasse gem. § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO?

Über das vorgenannte Beispiel aus der Praxis wird deutlich, dass eine Vergütungsbemessung anhand der Regelungen des § 1 Abs. 2 InsVV zu einem anderen, für einen Insolvenzverwalter erheblich schlechteren und gleichzeitig für die Insolvenzgläubiger besseren Ergebnis führt, als eine Bemessung anhand des Wertes der Insolvenzmasse entsprechend § 63 Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. §§ 35-37, 47 InsO. Dies wirft die Frage auf, ob der Verordnungsgeber berechtigt war zu regeln, dass die Bemessung der Vergütung eines Insolvenzverwalters auf der Basis eines geringeren Wertes als den der Insolvenzmasse vorzunehmen ist.

Sinn und Zweck einer Verordnungsermächtigung entsprechend Art. 80 GG ist einerseits die Entlastung des Gesetzgebers durch Übertragung der Erarbeitung von Detailregelungen auf einen Verordnungsgeber, der andererseits schneller und flexibler auf Änderungsnotwendigkeiten reagieren kann, als der Gesetzgeber. Bei der Ausarbeitung der Detailregelungen steht dem Verordnungsgeber ein weiter Ermessensspielraum zu, der nur von den gesetzlichen Regelungen beschränkt wird. Bei

der Ausübung seines Ermessensspielraums hat sich der Ordnungsgeber an die gesetzlichen Vorgaben zu halten und an den Zielen des Gesetzgebers zu orientieren. Er darf jedoch nicht das durch die Vorschrift vorgegebene System verlassen und völlig andere Bemessungskriterien bestimmen.¹⁰ Die gesetzlichen Vorgaben des § 63 Abs. 1 S. 2 InsO sind dabei klar und überschaubar. Der Regelsatz einer Verwaltervergütung hat sich (gesetzlich zwingend) an dem Wert der Insolvenzmasse zu orientieren. Welchen Wert eine sog. Regelvergütung bei einem konkreten Wert einer Insolvenzmasse haben soll, hat der Gesetzgeber dem Ordnungsgeber dagegen nicht vorgeschrieben. Insoweit oblag es dem Ermessen des Ordnungsgebers, die Regelsätze, welche nun in § 2 InsVV festgelegt worden sind, zu bestimmen. Angesichts der klaren Formulierung des § 63 Abs. 1 S. 2 InsO hatte es der Gesetzgeber - zumindest nach der Formulierung des § 63 Abs. 1 S. 2 InsO - nicht in das Ermessen des Ordnungsgebers gelegt, die Ausgangsbasis der Regelvergütung abweichend festzulegen.

Die Regelungen in § 1 Abs. 2 InsVV, welche bei der Bemessung der Verwaltervergütung dazu führen, dass als Ausgangsbasis (Berechnungsgrundlage) unter bestimmten Voraussetzungen ein anderer Wert als der der Insolvenzmasse heranzuziehen ist, sind aufgrund des deutlichen Widerspruchs der gesetzlichen Bestimmung des § 63 Abs. 1 S. 2 InsO, nicht mehr von dem dem Ordnungsgeber zustehenden Ermessen abgedeckt.¹¹

VII. Übertragung der Rechtsprechung des BGH zu § 11 InsVV a.F. auf § 1 Abs. 2 InsVV

Die Kritik an dem Umgang des Ordnungsgebers mit seinem Umsetzungsermessen bei der Vergütung des Insolvenzverwalters ist nicht neu. Bereits der BGH sah sich gezwungen, die frühere Regelung des § 11 Abs. 1 S. 4 InsVV a.F., welche es erlaubte, unter bestimmten Voraussetzungen den Wert von Aussonderungsgegenständen in die

¹⁰ BGH v. 15.11.2012 - IX ZB 88/09, Rdnr. 34, NZI 2013, 29 = ZInsO 2013, 44; wiederholt BGH v. 14.02.2013 - IX ZB 260/11, ZInsO 2013, 630

¹¹ Zur Notwendigkeit der Abdeckung einer Verordnung durch die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage BVerfG v. 29.06.2016 - 1 BvR 1326/15, BGBl. I 2016, 2521, aber auch LG Berlin v. 16.04.2015 - (572) 242 AR 27/12, NZWiSt 2016, 112

Berechnungsgrundlage der Vergütung eines vorläufigen Insolvenzverwalters aufzunehmen, für nichtig zu erklären.¹²

Zum Hintergrund: Aussonderungsgegenstände gehören nicht zum Vermögen des Insolvenzschuldners und sind daher nicht Bestandteil der Insolvenzmasse. Gleichwohl sah § 11 Abs. 1 S. 4 InsVV a. F.¹³ eine Berücksichtigung des Wertes von Aussonderungsgegenständen in der Berechnungsgrundlage vor, wenn sich der vorläufige Verwalter mit ihnen in einem erheblichen Maße befasst hatte.

Der BGH hat in seiner Entscheidung unter anderem hervorgehoben, dass die gesetzgeberische Entscheidung, die Vergütung eines Insolvenzverwalters nach dem Wert der Insolvenzmasse zu bemessen, nicht durch die InsVV korrigiert werden kann.¹⁴ Zwar hat der Verordnungsgeber die Einzelheiten der Vergütungsbemessung den besonderen Gegebenheiten des Insolvenzverfahrens anzupassen, wobei ihm ein weiter Ermessensspielraum zukommt, doch kann er nicht das durch die InsO vorgegebene System verlassen und völlig andere Bemessungskriterien bestimmen.¹⁵ Die bisherige Regelung des § 11 Abs. 1 S. 4 InsVV war daher in der Folge nichtig.¹⁶

Zusammengefasst stellte der BGH fest, dass der Verordnungsgeber der InsVV die Vorgabe der Maßgeblichkeit der Insolvenzmasse entsprechend § 63 Abs. 1 S. 2 InsO zwingend zu beachten hat und dementsprechend nicht berechtigt ist, die Vergütung eines Verwalters an einem anderen Wert als den der Insolvenzmasse zu orientieren. Diesen Grundsatz wendete der BGH jedoch bislang nicht in den Fällen an, in denen § 1 Abs. 2 InsVV eine Abweichung von der Vorgabe des § 63 Abs. 1 S. 2 InsO zulasten eines Verwalters vorschreibt.¹⁷ Dabei ist die rechtliche Herleitung des zutreffenden Ergebnisses des BGH nicht davon abhängig, ob diese Abweichung eine Verbesserung oder eine Verschlechterung der Vergütung des Insolvenzverwalters bewirkt. Da dieser Grundsatz des BGH auch auf die Vergütung eines Insolvenzverwalters eines eröffneten Insolvenzverfahrens zu übertragen ist, müssen in Fortsetzung der Rechtsauffassung des BGH die Regelungsteile des § 1 Abs. 2 InsVV, welche vorsehen, dass die Vergütung des

¹² BGH v. 15.11.2012 - IX ZB 88/09, NZI 2013, 29 = ZInsO 2013, 44 mit Anm. Graeber; BGH v. 14.02.2013 - IX ZB 260/11, ZInsO 2013, 630; wiederholt BGH v. 14.02.2013 - IX ZB 260/11, ZInsO 2013, 630. Nach Keller, NZI 2013, 240 ein „Großangriff“ des BGH auf § 11 Abs. 1 InsVV.

¹³ Zu finden auf <http://www.insvv-online.de/insvv-text-vom-1-3-2012/>

¹⁴ BGH v. 15.11.2012 - IX ZB 88/09, Rdnr. 30, NZI 2013, 29 = ZInsO 2013, 44 mit Anm. Graeber

¹⁵ BGH v. 15.11.2012 - IX ZB 88/09, Rdnr. 34, NZI 2013, 29 = ZInsO 2013, 44 mit Anm. Graeber

¹⁶ BGH v. 15.11.2012 - IX ZB 88/09, NZI 2013, 29 = ZInsO 2013, 44 mit Anm. Graeber, wiederholt in BGH v. 14.02.2013 - IX ZB 260/11, ZInsO 2013, 630: Nach Keller, NZI 2013, 240 ein „Großangriff“ des BGH auf § 11 Abs. 1 InsVV.

¹⁷ So kurze Zeit später z.B. BGH v. 17.04.2013 - IX ZB 141/11, ZInsO 2013, 1104

Insolvenzverwalters nicht allein auf der Basis des Wertes der Insolvenzmasse zu bemessen ist, ebenfalls als nichtig angesehen werden.

VIII. Exkurs: Ursachen für den Verstoß des § 1 Abs. 2 InsVV gegen § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO

Die Herleitung des Ergebnisses eines Verstoßes des § 1 Abs. 2 InsVV gegen § 63 Abs. 1 S. 2 InsO erscheint vielleicht bei jetziger Betrachtung einfach und offensichtlich zu sein. Dies wirft die Frage auf, warum diese Problematik nicht bereits früher erkannt und zum Gegenstand einer wissenschaftlichen Behandlung gemacht worden ist. Soweit ersichtlich haben sich weder in Literatur noch Rechtsprechung bislang hiermit befasst. Dies mag daran liegen, dass die Regelungen des § 1 Abs. 2 InsVV berechtigterweise als sinnvoll und angemessen angesehen werden. Eine Orientierung der Verwaltervergütung allein an dem formalen Wert der Insolvenzmasse unter Außerachtlassung sämtlicher Kosten und Masseverbindlichkeiten wird in vielen Fällen dazu führen, dass allein durch die Bemessung der Regelvergütung ein Betrag vorgegeben wird, der nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben, Pflichten und Tätigkeiten des Insolvenzverwalters steht. Daher ist es nur sinnvoll, von der Vorgabe des § 63 Abs. 1 S. 2 InsO in einzelnen Konstellationen abzuweichen und Aspekte der Wirtschaftlichkeit heranzuziehen, wie es § 1 Abs. 2 InsVV tut. Diese Sinnhaftigkeit ändert jedoch nichts an der Beurteilung der Frage, ob es zulässig ist, die wohl in ihrem Ergebnis nicht sinnvolle Vorgabe des § 63 Abs. 1 S. 2 InsO zu ignorieren, um durch den Ordnungsgeber eine angemessene und sinnvolle Abweichung entsprechend § 1 Abs. 2 InsVV an die Stelle der gesetzlichen Regelung zu setzen. Dabei muss vermutet werden, dass es eine entsprechende bewusste Entscheidung des Ordnungsgebers hierzu nie gab. Hierzu sei erlaubt, den historischen Werdegang der Regelungen für die Vergütung von Verwaltern in Konkurs- und Insolvenzverfahren darzustellen.

Als die Konkursordnung (KO) im Jahre 1877 in Kraft gesetzt wurde war zwar in § 85 KO klargestellt worden, dass ein Konkursverwalter einen Anspruch auf Vergütung und Ersatz seiner Auslagen hat; eine Vergütungsverordnung wie die heutige InsVV wurde dabei jedoch nicht mitgeliefert. Vielmehr erlaubte § 85 Abs. 2 KO den Justizverwaltungen der verschiedenen Länder des Deutschen Reichs eigene Anordnungen für die Vergütungen zu treffen. Da aber nur wenige Landesverwaltungen¹⁸ dieser Aufgabe nachgekommen sind, hatten einige Konkursgerichte – um diese Lücke zu schließen – selbst „Vergütungsrichtlinien“ aufgestellt.

¹⁸ Das Land Württemberg im Jahre 1900 und das Land Baden im Jahre 1905.

Hinsichtlich der Basis der Bemessung der Vergütung eines Konkursverwalters gab § 85 KO nicht vor, dass sich die Vergütung an den Wert der Konkursmasse zu orientieren hätte. Insoweit wäre auch eine andere Bemessungsgrundlage in Betracht gekommen. Gleichwohl wurde vernünftigerweise der Wert der Masse als Berechnungsgrundlage herangezogen. So heißt es in *Grundsätzen über die Bemessung der Vergütung eines Konkursverwalters* aus dem Jahre 1901¹⁹:

§ 1. Die Vergütung des Konkursverwalters für seine Geschäftsführung bemisst sich nach der Höhe der Aktivmasse und dem Umfang der Tätigkeit des Verwalters.

Einschränkungen wurden hierbei nicht vorgenommen, da sicherlich zum damaligen Zeitpunkt die möglichen Masseverbindlichkeiten in der Praxis noch keine Rolle spielten.

Erst 1936 (59 Jahre nach Einführung der KO!) wurde die Lücke durch die *Richtlinien für die Vergütung des Konkurs- und des Vergleichsverwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses und des Gläubigerbeirats*²⁰ geschlossen. Eine Begründung für die Regelungen dieser Richtlinie liegt nicht vor. Es kann vermutet werden, dass es sich bei dieser Richtlinie nicht um eine vollständige Neunormierung handelte, sondern dass die bisherigen Regelungen der Praxis übernommen worden waren.

Dieser Richtlinie ging damals nicht etwa eine Ermittlung der konkursrechtlichen Praxis voraus. Es wurde weder analysiert, welche Aufgaben und Tätigkeiten ein Konkursverwalter üblicherweise zu bewältigen und auszuüben hat, noch welche Lasten und Kosten einem Konkursverwalter durch seine Amtsausübung entstehen. Es wurden einfach die von einzelnen Konkursrichtern zusammengestellten Regeln übernommen und in eine reichsweit wirkende Richtlinie umgesetzt. Bereits diese Richtlinie sah eine Regelung ähnlich dem heutigen § 1 Abs. 2 InsVV vor. Basis der Vergütung des Konkursverwalters war die sogenannte Teilungsmasse²¹, welche aus den Einnahmen des Verfahrens abzüglich genau bestimmter Ausgaben zu errechnen war.

Die *Verordnung über die Vergütung des Konkursverwalters, des Vergleichsverwalters, der Mitglieder des Gläubigerausschusses und der Mitglieder des Gläubigerbeirats*²² vom 25.05.1960 hat die Regelungen der Richtlinien in § 2 VergVO übernommen und ergänzt. Sowohl die Regelungen der Richtlinien als auch die in der VergVO standen nicht im Widerspruch zu § 85 KO, da dieser nicht wie der jetzige § 63 Abs. 1 S. 2 InsO den Wert der Insolvenz- bzw. Konkursmasse als Maßstab für die Verwaltervergütung vorgab. Eine wesentliche Änderung erfolgte durch die VergVO nicht.

¹⁹ Zitat nach der dem Autor vorliegenden Original-Abschrift, welche jedoch keinem konkreten Konkursgericht zugeordnet werden kann.

²⁰ Zu finden auf <http://www.insvv-online.de/richtlinien-fuer-die-verguetung-des-konkurs-und-vergleichsverwalters-und-der-mitglieder-des-glaebigerausschusses-und-glaebigerbeirats-v-18-02-1936/>

²¹ Erstaunlicherweise wird der veraltete Begriff „Teilungsmasse“, der seit 1999 durch den Begriff „Insolvenzmasse“ ersetzt worden ist, von vielen Praktikern und auch dem BGH gebraucht. Dies zeigt eine Verhaftung in dem alten Vergütungsrecht und ist mindestens als eine begriffliche Ungenauigkeit zu kritisieren, denn eine vergleichbare Teilungsmasse besitzt immer einen geringeren Wert als die heutige Insolvenzmasse.

²² VergVO, zu finden auf <http://www.insvv-online.de/wp-content/uploads/2017/08/VergVO.pdf>

Mit dem Wechsel von der Konkursordnung zur Insolvenzordnung war auch eine Neuregelung des Vergütungsrechts der Verwalter notwendig. Die ersten Vorarbeiten hierzu hatte die Kommission für Insolvenzrecht 1986 veröffentlicht. 1993 wurde zu den Problemen des Vergütungsrechts ein Gutachten des Rechtspflegers Professor Eickmann eingeholt. Ein erster Entwurf der neuen InsVV wurde 1994 veröffentlicht und letztlich eine überarbeitete Fassung 1998 beschlossen.

Wirklich wesentliche Änderungen brachte die InsVV gegenüber der VergVO nicht mit sich, vergleicht man dies mit den Änderungen und Neuerungen der Insolvenzordnung gegenüber der Konkursordnung. Die Frage, welche Wertpositionen in die Berechnungsgrundlage der Vergütung aufgenommen werden, wurde nunmehr durch § 1 Abs. 2 InsVV geregelt. Diese hat die Regelungen des alten § 2 VergVO ohne nennenswerte Änderungen übernommen. Damit stellt die InsVV insoweit ebenfalls nur eine Fortschreibung der bereits lange vor 1936 bestehenden Grundsätze dar. Sie ist letztlich immer noch in Ihrem Grundgerüst die alte Vergütungsrichtlinie, welche durch einige Konkursrichter zusammengestellt worden war, da die damaligen Landesverwaltungen nicht bereit waren, ihre Aufgabe zur Normierung eines Vergütungsrechts nachzukommen.

Der wesentliche Unterschied zwischen der Situation unter der VergVO und der jetzigen InsVV besteht darin, dass nunmehr § 63 Abs. 1 S. 2 InsO dem Ordnungsgeber erstmalig die Basis der Vergütungsbemessung vorgegeben hat, welche die VergVO mangels Normierung in § 85 KO nicht zu berücksichtigen hatte. Es kann vermutet werden, dass dieser Unterschied bei der Abfassung der InsVV weder durch Herrn Professor Eickmann noch durch das Justizministerium in Betracht gezogen worden ist. Vielmehr hat man sich darauf beschränkt, die bisherigen Regelungen, welche insbesondere bei einer wirtschaftlichen Betrachtung als angemessen und sinnvoll beurteilt worden waren, für das neue Verfahren nach der Insolvenzordnung umzuschreiben, ohne dass merkliche Änderungen notwendig gewesen wären. Den mit dem 1. Januar 1999 erstmalig aufgetretenen Widerspruch des § 1 Abs. 2 InsVV zu der neuen und maßgeblichen Regelung des § 63 Abs. 1 S. 2 InsO hatte niemand bemerkt. Da bereits die Regelungen des § 2 VergVO sinnvoll waren und keinerlei Bestrebungen bestanden, an diesen etwas zu ändern, wurden diese einfach in § 1 Abs. 2 InsVV fortgeschrieben, ohne dass bedacht worden war, dass der neue § 63 Abs. 1 S. 2 InsO eine zu beachtende gesetzliche Vorgabe enthielt, welche zu Zeiten der Konkursordnung in § 85 KO noch nicht bestand. Soweit ersichtlich wurden auch seit 1999 keinerlei Überlegungen zu dieser Problematik angestellt. Daher wurde diese Problematik bislang durch niemanden erkannt und zur Sprache gebracht. Dies ist verständlich, ändert jedoch nichts daran, dass § 1 Abs. 2 InsVV gegen die zu beachtende gesetzliche Vorgabe des § 63 Abs. 1 S. 2 InsO verstößt.

IX. Folgerungen der Nichtigkeit des § 1 Abs. 2 InsVV für die aktuelle Praxis bei Vergütungsanträgen und Vergütungsfestsetzungen

Soweit § 1 Abs. 2 InsVV vorsieht, dass von dem Wert der Insolvenzmasse Abzüge vorzunehmen sind, ist dieser nichtig und darf daher nicht angewandt werden.²³ Daher sind insbesondere folgende Regelungen aufgrund ihrer unzulässigen Abweichung von der Vorgabe des § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO in sämtlichen anhängigen und bis zu einer Änderung des Vergütungsrechts anhängig werdenden Insolvenzverfahren unbeachtet zu lassen:

- § 1 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 InsVV: Gegenstände, die mit einem Absonderungsrecht belastet sind, sind aufgrund der Nichtigkeit dieser Regelung auch dann mit ihrem vollen Wert in die Berechnungsgrundlage der Verwaltervergütung aufzunehmen, wenn sie nicht durch den Insolvenzverwalter verwertet wurden. § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO stellt nicht darauf ab, ob ein Gegenstand der Insolvenzmasse verwertet worden ist und wer diese Verwertung vorgenommen hat. Daher sind die Einschränkungen des § 1 Abs. 2 Nr. 1 InsVV nichtig und zu missachten.
- § 1 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 InsVV: Dieser Teil der InsVV regelt nicht die Frage, was als Berechnungsgrundlage heranzuziehen ist, sondern nur die Frage, wie hoch die Vergütung bei einer Berücksichtigung zu bemessen ist. Systematisch gehört § 1 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 InsVV nicht in den § 1 InsVV mit seiner Überschrift „Berechnungsgrundlage“, sondern sollte eine Detailregelung des § 2 InsVV darstellen. Einen Verstoß gegen § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO enthält § 1 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 InsVV nicht.
- § 1 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 InsVV ist nichtig, da er eine Begrenzung auf einen Überschuss vorsieht, welcher gegen die Vorgabe des § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO verstößt.
- § 1 Abs. 2 Nr. 2 InsVV ist nichtig, da er entgegen § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO die Berechnungsgrundlage der Verwaltervergütung um sonstige Masseverbindlichkeiten, „die aus der Masse hierfür gewährte Leistung“, reduziert.
- § 1 Abs. 2 Nr. 3 InsVV ist nichtig, soweit er Gegenforderungen zur Reduzierung des Wertes der Insolvenzmasse heranzieht. Insoweit damit nur klargestellt werden soll, dass eine Forderung der Insolvenzschuldnerin nur mit ihrem wirtschaftlichen Wert heranzuziehen ist, welcher durch eine bereits vor der Eröffnung des

²³ Die Nichtigkeit ist zwingende Folge des Verstoßes gegen die Ermächtigungsgrundlage, BVerfG v. 29.06.2016 – 1 BvR 1326/15, BGBl. I 2016, 2521. Entscheidungen der Gerichte, welche die Regelung des § 1 Abs. 2 InsVV gleichwohl weiterhin anwenden, wären rechtswidrig.

Insolvenzverfahrens bestehenden Aufrechnungslage gegenüber dem Nominalwert reduziert ist, verstößt § 1 Abs. 2 Nr. 3 InsVV nicht gegen § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO.

- § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 Buchst. a) InsVV sieht eine Reduzierung der Berechnungsgrundlage gegenüber dem Wert der Insolvenzmasse durch einen Abzug von besonderen Masseverbindlichkeiten vor, welche entsprechend § 5 InsVV direkt an den Insolvenzverwalter fließen und ist daher ebenfalls aufgrund des Verstoßes gegen § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO nichtig.
- § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 Buchst. b) InsVV reduziert den Wert der Berechnungsgrundlage um besondere Masseverbindlichkeiten aus der Fortführung des schuldnerischen Unternehmens und ist daher aufgrund des Verstoßes gegen § 63 Abs. 1 Satz 2 InsO nichtig.
- § 1 Abs. 2 Nr. 5 InsVV ist insoweit nichtig, als er Beträge, die zur Durchführung des Verfahrens und zur Erfüllung eines Insolvenzplans geleistet wurden, auch dann nicht in der Berechnungsgrundlage berücksichtigt, wenn diese in die Insolvenzmasse geflossen sind. Soweit ein Zufluss in die Insolvenzmasse jedoch nicht erfolgte, bestehen gegen die Wirksamkeit des § 1 Abs. 2 Nr. 5 InsVV keine Bedenken.

Durch die Nichtanwendung des § 1 Abs. 2 InsVV wird die Bestimmung des Berechnungswertes der Verwaltervergütung erleichtert. Dies wird aber Folgen für die Bemessung der Zu- und Abschläge nach § 3 InsVV haben, da deren angemessene Festlegung u.a. auch den Wert der Berechnungsgrundlage zu berücksichtigen hat.²⁴ Die bisherigen Erkenntnisse zur InsVV beruhen unisono auf der Anwendung u.a. des § 1 Abs. 2 InsVV. Die mit dessen Nichtigkeit verbundenen Auswirkungen auf die Höhe der Regelvergütung nach § 2 InsVV dürften erheblich sein. Um diese Änderungen angemessen zu würdigen, bedarf es u.a. einer grundlegenden Neubetrachtung des § 3 InsVV insbesondere zur Höhe der Zu- und Abschläge.

X. Zur Notwendigkeit einer Reformation des Vergütungsrechts

Mit der Nichtigkeit des § 1 Abs. 2 InsVV kippt das gesamte bisherige System der InsVV. Eine angemessene Vergütungsbeantragung und Vergütungsbemessung ist zwar auch ohne den § 1 Abs. 2 InsVV möglich, da insbesondere § 3 InsVV hierzu ausreichende

²⁴ Graeber|Graeber, InsVV, 3. Aufl. 2018, § 3 Rdnr. 29; BGH v. 21.09.2017 - IX ZB 28/14, ZInsO 2017, 2309 = ZIP 2017, 2063; BGH v. 14.07.2016 - IX ZB 23/14, NZI 2016, 889 = ZInsO 2016,1645 = ZIP 2016, 1599; BGH v. 20.05.2010 - IX ZB 11/07, NZI 2010, 1403 = ZInsO 2010, 1407; BGH v. 09.06.2016 - IX ZB 17/15, ZInsO 2016, 1443 = ZIP 2016, 1299

Möglichkeiten bietet, doch fehlen selbstverständlich Erfahrungen, wie gesetz- und ordnungskonforme Festsetzungen erreicht werden können, wenn hierzu Vorgaben und Erfahrungen fehlen.

Die jetzige InsVV ist im Prinzip eine Fortschreibung der VergVO. Der Fehler in § 1 Abs. 2 InsVV sollte Anlass sein, das insolvenzrechtliche Vergütungsrecht neu zu durchdenken und die InsVV durch eine praktikable und zeitgemäße Neuregelung zu ersetzen, welche es den Rechtsanwendern erlaubt, Vergütungen eines Insolvenzverfahrens einerseits bereits zu Verfahrensbeginn ansatzweise zu prognostizieren und am Ende eines Verfahrens in einer angemessenen Zeit nachvollziehbar festzusetzen. Dies ist aktuell nicht möglich. Hierzu haben der VID²⁵ und NIVD²⁶ Vorschläge vorgelegt²⁷, welche zwar verständlicherweise in einigen Punkten einer Detailkritik unterlagen, deren Grundwertung jedoch von keiner der verschiedenen Beteiligengruppen in Frage gestellt worden waren. Es ist höchste Zeit, dass der Gesetzgeber bereits durch die Kommission für Insolvenzzrecht 1986 geäußertes Vorhaben umsetzt und nach nunmehr bald 20 Jahren Praxis mit der Insolvenzordnung ein angemessenes, praktikables und nachvollziehbares Vergütungsrecht für die Abwicklung von Insolvenzverfahren schafft.

²⁵ <http://www.insvv-online.de/insvv-reformvorschlag-vid-e-v/>

²⁶ <http://www.insvv-online.de/insvv-reformvorschlag-nivd-e-v/>

²⁷ Vorschlag des sog. Gläubigerforums: <http://www.insvv-online.de/insvv-reformvorschlag-glaebigerforum/>