

Grundlage im thematischen Bereich der InsVV haben, innerhalb der Vergütungsfestsetzung liquidiert werden können, mithin von der festzusetzenden Vergütung in Abzug zu bringen sind.

## VII. Grundsätze der Gesamtschadensliquidation im Vergütungsfestsetzungsverfahren

Nach alledem ergibt sich also aus der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht, dass die Liquidation von Gesamtschadensersatzansprüchen im Vergütungsfestsetzungsverfahren generell ausscheidet. Aus der Rechtsprechung des BGH zur Abzugsfähigkeit von Honoraren für Hilfskräfte, aus der vom Gesetzgeber unterstellten intellektuellen Überlegenheit des Rechtspflegers in Insolvenzsachen gegenüber einem Sonderinsolvenzverwalter und dem teleologischen Hintergrund von § 92 Satz 2 InsO folgt vielmehr, dass eine Liquidation

von Gesamtschadensersatzansprüchen der Gläubigergemeinschaft gegen den Insolvenzverwalter – mindestens im thematischen Bereich der InsVV – regelmäßig rechtlich zulässig sein muss. Kann der Rechtspfleger alle den Tatbestand eines Gesamtschadensersatzanspruch tragenden Umstände feststellen, hat er diesen Anspruch also von der Vergütung des Insolvenzverwalters in Abzug zu bringen. Dies muss auch dann gelten, wenn der Insolvenzverwalter die den Tatbestand tragenden Umstände nicht wirksam bestreitet oder bestreiten kann. Und sollte der Rechtspfleger aufgrund fehlender Kenntnisse tatsächlich einmal nicht in der Lage sein, einen Gesamtschadensersatzanspruch festzustellen, dann mag er sich zwar auf die mittlerweile sehr alte Rechtsprechung des BGH berufen können. Besser wäre es aber, wenn dieser Rechtspfleger seine fehlenden Kompetenzen einfach erlernt, sodass der BGH in zukünftigen Entscheidungen die Kompetenz der Rechtspfleger nicht mehr infrage stellen kann.

## Absetzung der Vergütung für einen beauftragten Dienstleister

### Anmerkung zu AG Hannover, Beschl. v. 3.11.2022 – 904 IN 235/19 – 6 (ZInsO 2023, 119)

von Rechtsanwalt Henning Sämisch, Hamburg\*

*Die Entscheidung des AG Hannover betrifft im Kern die Frage, was der Insolvenzverwalter als Regelaufgabe im Rahmen der Anfechtungen erledigen muss und was er als Sonderaufgabe vergütungsneutral delegieren und aus der Insolvenzmasse als Masseverbindlichkeit begleichen darf. Überträgt man diese Entscheidung auf die Mehrheit der Verfahren, ist sie geeignet die gesamte sonstige Tätigkeit des Insolvenzverwalters zu entwerfen. Die Entscheidung lässt den Schluss zu, dass der gerichtliche Rechtsanwender völlig realitätsfern, die detektivische Ermittlung von Anfechtungsansprüchen als mit der Regelvergütung abgegolten sieht. Er weiß i.d.R. nicht, was sich hinter der Ermittlung verbirgt.*

### I. Realität in 70 % aller Insolvenzverfahren

Die Realität ist aktuell davon geprägt, dass in nahezu keinem Insolvenzverfahren ein ordnungsgemäßes Buchhaltungswesen vorliegt. I.d.R. ist die Buchhaltung von Rückständen von mehr als 2 Jahren geprägt. In vielen Fällen ist sie ungeordnet. Es liegen verschmutzte Waschkörbe von Loseblattsammlungen vor. Oder die Geschäftsunterlagen befinden sich bei der Steuerfahndung, bei der Staatsanwaltschaft, beim Zoll, werden zurückgehalten oder sie sind für die Insolvenzverwaltung so „aufgearbeitet“, dass nichts zu finden ist. In vielen Fällen ist die Buchhaltung, die neben den Kontoverdichtungen und Umsatzlisten und dem allgemeinen Schriftverkehr bzw. E-Mail-Verkehr zur Auswertung und zur Ermittlung gesichert werden muss, einfach verschwunden. Hierbei handelt es sich nicht unbedingt um planmäßige Bestattungen, sondern es spiegelt nur die Realität wider. Ebenfalls muss der verantwortliche Schuldner oder das Organ der Schuldnerin zur Ermittlung von Beweisanzeichen befragt werden. Oft werden, nachdem die Insolvenzverwaltung dem Schuldner monatelang hinterhergelaufen ist, die ungeordneten Unterlagen nach Androhung der Vorführung kistenweise ins Büro gekippt. Sodann beginnt die Aufgabe der Sichtung, Ordnung, Archivierung in dazu angemieteten Räumlichkeiten. Dann stellt man i.d.R. fest, dass die Unterlagen nicht vollständig sind und beginnt

mit Schreiben nach dem IFG. Man ist bemüht, einen Steuerkontoauszug zu erlangen oder besorgt sich gegen Bezahlung GDPDU-Daten vom steuerlichen Berater. Dann beginnt die eigentliche Bearbeitung bzw. die Ermittlung. Mit ca. drei Mitarbeitern, je nach Schwierigkeit des Verfahrens, werden sodann Beweisanzeichen gesucht, Befragungen durchgeführt und notfalls der Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit genauer eingekreist, sei es durch eine Gesamtschau oder die Erstellung eines Liquiditätsstatus. I.d.R. stellt man fest, dass allein dafür in kleineren und mittleren Verfahren mehr als 12 Monate benötigt werden. Sodann werden erste Erkenntnisse in umfangreiche Anfechtungsschreiben, die unter Beachtung der sich ständig ändernden BGH-Rechtsprechung, insbesondere in Bezug auf § 133 InsO, gefertigt. Nach Vorliegen der Voraussetzungen (Weigerung/Verfristung) wird sodann ein Rechtsanwalt ggf. mit der streitigen Durchsetzung beauftragt. Dabei werden zuvor die gesamten Aktenberge zu archivieren sei, da im Fall der streitigen Durchsetzung immer auf Beweismittel zurückgegriffen werden muss. Es ist dann auch nicht so, dass

\* Der Autor ist Rechtsanwalt, FA InsR und Sanierungsrecht und Insolvenzverwalter bei SHNF Hamburg. Der Verfasser war in diesem Verfahren nicht beteiligt.

auch bei Verwendung von Spezialsoftware mittels Künstlicher Intelligenz Anfechtungen einfach ausgeworfen werden. Zusätzlich ist es regelmäßig erforderlich Server zu sichern und den gesamten E-Mail-Verkehr zu durchleuchten. Je nach Verfahrensart macht die Ermittlung der Anfechtung und deren Durchsetzung ca. 10 % – 30 % der, durch das Insolvenzverwalterbüro geleisteten, Arbeit aus. Nicht selten lassen sich in den kleineren Verfahren bis zu 1.000 Rechtshandlungen als anfechtungsrelevant ermitteln. Damit stellt sich die entscheidende Frage, was hier Regelaufgabe oder vergütungsneutral, zu marktgemäßen Kosten delegierende, Sonderaufgabe ist.

## II. Regelaufgabe/Sonderaufgabe

Eine Regelaufgabe liegt vor, wenn sie bei Vorliegen eines Normalverfahrens in das Tätigkeitsprofil eines Verwalters fällt,<sup>1</sup> Der Normalfall dürfte in Bezug auf Anfechtungsermittlung vorliegen, wenn der rechtstreue Schuldner seine Buchhaltung ordnungsgemäß führt und diese zur aufwendigen Ermittlung aushändigt. Für die Feststellung einer Sonderaufgabe sind grds. quantitative und qualitative Kriterien heranzuziehen.<sup>2</sup> Die unterschiedlichen Auffassungen bzgl. der Zuordnung der reinen Ermittlungstätigkeit zu einer Sonderaufgabe,<sup>3</sup> oder einer Regelaufgabe<sup>4</sup> sind im Ergebnis allein schon deswegen schwierig abzugrenzen, da es der Gesetzgeber versäumt hat, ein Normalverfahren oder die Regelaufgabe zu definieren.

Setzt man aber die Maßstäbe des AG Hannover an, würde man zu dem Ergebnis kommen, dass hier grds. eine Regelaufgabe bei Ermittlungen von Anfechtungsansprüchen vorliegt. Diese soll dann auch noch mit der Regelvergütung abgegolten und die, für delegierte Ermittlungen entstandenen Kosten, abzusetzen sein. Das widerspricht der BGH-Rechtsprechung<sup>5</sup> und ist zudem realitätsfern. Nahezu jede Anfechtung einer Rechtshandlung ist insbesondere vor dem Hintergrund der Neuausrichtung der Vorsatzanfechtung des BGH<sup>6</sup> immer komplex und verlangt weitere Ermittlungen. Bekanntermaßen ist das Anfechtungsrecht einerseits wegen der Dogmatik und andererseits wegen der notwendigen Entscheidung des Einzelfalls, mit Recht als eines der schwierigsten Rechtsgebiete des Zivilrechts zu betrachten. Besonders ist es erforderlich, dass zu den Merkmalen mit dem oben beschriebenen Aufwand gesondert und intensiv vorgetragen werden muss. Dabei ist weiter zu berücksichtigen, dass jeder Rechtsanwalt i.d.R. von seinem Mandanten den Sachverhalt aufbereitet bekommt. Das ist indessen in Anfechtungsfällen nicht möglich, denn hier hat kein Mandant bzw. Schuldner ein Interesse an der Durchsetzung, ggf. abgesehen von den Fällen, wo sich durch erfolgreiche Anfechtung die GF-Haftung reduziert. Demnach ist also eigentlich die Ermittlung von Anfechtungssachverhalten bei jeder einzelnen Rechtshandlung der qualitative und zuvörderst quantitative Hauptaufwand, und zwar noch vor der komplexen Rechtsanwendung. Als Maßstab für eine Sonderaufgabe in quantitativer Sicht sollte eine Grenze von 11 Rechtshandlungen<sup>7</sup> gelten. Dem gerichtlichen Rechtsanwender sei anempfohlen, eine Hospitanz bei ermittelnden Rechtsanwaltskanzleien oder -Unternehmen zu absolvieren, um hier ein Gespür für die Lebenswirklichkeit aufzunehmen. Schnell würde der zeitliche Aufwand deutlich. Sollte mit dem Entwurf der Har-

monisierungsrichtlinie<sup>8</sup> das verwalterlose Verfahren die Regel bei Unternehmen unter 2 Mio. € Bilanzsumme und weniger als zehn Arbeitnehmern werden, wäre diese komplexe Aufgabe ohnehin dem Gericht oder einer Behörde zugewiesen. In der Konsequenz mag man sich nur vorstellen, wenn tonnenweise ungeordnete Unterlagen im Gericht abgeladen werden und sich die Flut von Unterlagen in den Gerichtsfluren stapelt.

## III. Auswirkungen

Würde man die Entscheidung des AG Hannover schablonenartig auf Vergütungsanträge anwenden, bei denen ein externer Dienstleister erfolgsabhängig komplexe Anfechtungsansprüche gerichtsfest ermittelt hat, müssten die dafür meist marktgerechten Kosten von der Vergütung abgesetzt werden. Es sei denn, es wird zum quantitativen und qualitativen Aufwand ausreichend vorgetragen. Dies bedeutet im Ergebnis, dass ein jeder Vergütungsantrag in Bezug auf jede angefochtene Rechtshandlung zum Nachweis der Komplexität um die 100 Seiten umfassen müsste. Aus der Entscheidung des AG Hannover wird deutlich, dass hierzu detailliert vorgetragen werden müsste.

Die Auswirkungen der Entscheidung in dem behandelten Fall sind nicht spektakulär, für den Verwalter ärgerlich, aber zu verkraften. Anders ist es, wenn z.B. 1.000.000 € aus Anfechtung in einem Verfahren realisiert werden und der Dienstleister die marktüblichen Kosten von 12,5 % für die Erledigung der umfangreichen Aufgabe in Rechnung stellt. Dabei ist zu beachten, dass i.d.R. rein erfolgsabhängig vergütet wird. Bei dem Ansatz von Stundensätzen kommt man zu gleichen Ergebnissen, weil auch die Tätigkeit nach Zeit bei nicht durchsetzbaren Rechtshandlungen bezahlt werden müsste. Unterstellt werden soll in diesem Fall, die Prüfung von 1.000 Rechtshandlungen, von denen 500 erfolgreich zugunsten der Gläubigergesamtheit geltend gemacht werden. Denn nach der Logik des AG Hannover würde die Absetzung von der Vergütung eine Rückzahlungspflicht bedeuten. Damit werden ca. 70 % der Tätigkeit eines Insolvenzverwalters mit seinem Büro gar nicht mehr vergütet. Aus diesem Grunde ist i.Ü. auch gegen ähnliche Entscheidungen des LG Hannover wegen der Erschöpfung des Rechtsweges Verfassungsbeschwerde eingelegt worden. Dass die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe ordnungsgemäßer Abwicklung im Interesse einer freien

- 1 *Stoffler*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 88. Lfg. Mai 2021, Loseblattsammlung, zu § 3 Rn. 42 m.w.N.; *Holzer* in Bezug auf Reformbestrebungen, ZRI 2023, 1 ff.
- 2 *Bork*, ZIP 2009, 1747, 1749 ff., FK-InsO/Lorenz, 10. Aufl. 2023, Bd. 2, zu § 4 Rn. 11. m.w.N).
- 3 H.M. *Ganter*, ZInsO 2016, 677; *Bork*, ZIP 2009, 1747. LG Aachen, ZInsO 2007, 768.
- 4 *Labereau*, ZInsO 2016, 496 ff.
- 5 BGH, ZInsO 2012, 753.
- 6 BGH, ZInsO 2021, 1627; 2022, 762; 2022, 757; 2022, 716 und BGH, ZInsO 2022, 1498.
- 7 Bis zu dieser Grenze dahin sieht das LG Koblenz Anfechtungsfragen als mit der Regelvergütung für die Regelaufgabe abgegolten an, ZInsO 2016, 8128.
- 8 Abrufbar unter: [https://commission.europa.eu/document/download/549e7545-092d-4f63-a22d-a591ebda1d42\\_en?filename=com\\_2022\\_702\\_1\\_en\\_act\\_part1\\_v5.pdf](https://commission.europa.eu/document/download/549e7545-092d-4f63-a22d-a591ebda1d42_en?filename=com_2022_702_1_en_act_part1_v5.pdf) (zuletzt abgerufen am: 2.1.2023).

und sozialen Marktwirtschaft eine angemessene Vergütung und ggf. eine rechtlich gebotene Korrektur einer Grundvergütung verlangt, ist nichts Neues.<sup>9</sup> Die Gefahr besteht bei Übertragung der Entscheidung des AG Hannover im Sinne einer Schablone auf andere Fälle ohne Prüfung des Einzelfalls.

Nach dem BGH<sup>10</sup> besteht grds. ein Wahlrecht des Verwalters zwischen Vergütung nach dem RVG und der InsVV. Bei Anwendung einer Geschäftsgebühr nach dem RVG für die Prüfung einer Rechtshandlung, würden vermutlich ebenso hohe, wenn nicht gar höhere Kosten anfallen können. Auch diesen Gedanken lässt die Entscheidung des AG Hannover vermissen.

Die Entscheidung des AG Hannover ist umso bedenklicher, als dass das Unterlassen der Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen bzw. der Ermittlungen von Anfechtungsansprüchen jedenfalls eine Haftung nach § 60 InsO auslöst, wenn es sich nicht sogar um eine Straftat i.S.d. § 266 StGB handelt. Ist der Verwalter gezwungen, bei dem genannten Beispiel ohne Vergütung zu arbeiten, macht er sich, bei dem dann notwendigen Unterlassen von Ermittlungen, ggf. strafbar. Sofern er diese Arbeit vor diesem Hintergrund selbst erledigt, liegt es auf der Hand, dass nach den obigen Darstellungen der vorhandene Personalbedarf und der Bedarf an Räumlichkeiten i.d.R. verlustträchtige Arbeit zur Folge hat. Das Vorhalten von weiteren Angestellten verlangt eine regelmäßige und auskömmliche

Ausstattung mit entsprechenden Verfahren. Geschätzte zusätzliche Jahreskosten dafür würden bei ca. 400.000 € liegen.

Daher dürfte die anzuerkennende Motivation, die Insolvenzmasse vor unnötigen Masseverbindlichkeiten zulasten der Gläubiger durch die Kontrolle seitens des Gerichts zu schützen, aber zur Folge haben müssen, dass Beträge von der Berechnungsgrundlage der Vergütung, ähnlich wie bei einer Advokatur-Tätigkeit, abzusetzen (so diverse andere AG) sind oder aber die Ersparnis von Elementen einer Regelaufgabe mit Abschlägen i.S.v. § 3 Abs. 2 InsVV von bis zu 0,20 zu korrigieren.<sup>11</sup> Zu beachten ist auch, dass die Quote für die Gläubiger durch die entfaltete Tätigkeit zumeist erheblich gesteigert wird.

Dabei dürfte eine Erhöhung der Vergütung für selbst erfolgreich durchgesetzte Ansprüche nicht ausgeschlossen sein. Vor dem Hintergrund der entstandenen Masseverbindlichkeiten, sollte darauf verzichtet werden. Die Entscheidung des AG Hannover ist jedenfalls realitätsfern.

9 BVerfGE 47, 285 ff. und BVerfGE ZIP 1989, 282 f., BVerfGE ZIP 1993, 838.

10 BGH, ZRI 2022, 1001.

11 *Ganter*, ZInsO 2016, 677.

## Zwischenruf aus der Praxis

### Unternehmensinsolvenzen auf Staatskosten?

#### Zur Idee des verwalterlosen Liquidationsverfahrens für Kleinstunternehmer nach dem Entwurf der EU-Richtlinie (2022) 702<sup>1</sup>

von Professor Dr. Hugo Grote, Köln/Remagen

*Es ist ein eherner Grundsatz des Deutschen Gesamtvollstreckungsrechts seit jeher, dass es keine Verfahrenseröffnung gibt, wenn die Verfahrenskosten nicht gedeckt sind.<sup>2</sup> Die Verfahren sollen nicht auf Kosten der Allgemeinheit geführt werden.<sup>3</sup>*

Dies ist häufiger bedauert worden, denn so konnten sich gescheiterte Unternehmen der Kontrolle durch Insolvenzgericht und Verwalter entziehen, indem sie vor allem dafür sorgten, masselos zu sein.<sup>4</sup>

Ganz so einfach ist es aber nicht, immerhin werden Insolvenzverwalter als Gutachter eingesetzt, die im Vorfeld versuchen, Anfechtungstatbestände oder Massegegenstände aufzuspüren, um doch noch die Verfahrenseröffnung zu erreichen.

Mit dem Entzug der Kontrolle soll nunmehr nach dem Entwurf der Richtlinie Schluss sein. Nach dem Wunsch der EU-Kommission sollen zukünftig auch die Verfahren „vereinfacht“ eröffnet werden, in denen die Kosten nicht gedeckt sind.<sup>5</sup> Wer das bezahlen soll? Der Betrachter, der sich in den letzten Jahren ja schon etwas daran gewöhnt hat, dass öffent-

liche Mittel scheinbar unbegrenzt zur Verfügung stehen, wundert sich schon nicht mehr: Natürlich die öffentliche Hand.

Aber, so die EU-Kommission, man will sparen: Die Masse in den masselosen Kleinstverfahren soll – möglichst mittels Selbstverwaltung des Schuldners – durch Online-Auktionen verhökert werden. Und, man reibt sich die Augen: Das Verfahren soll dadurch kostengünstiger werden, dass nicht mehr

1 [https://commission.europa.eu/system/files/2022-12/com\\_2022\\_702\\_1\\_en\\_act\\_part1\\_v5.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2022-12/com_2022_702_1_en_act_part1_v5.pdf).

2 K. Schmidt/Keller, InsO, 20. Aufl., unter Verweis auf Jaeger, KO, 6. und 7. Aufl. 1931, § 107 Anm. 1.

3 Uhlenbruck/Vallender, InsO, 15. Aufl., § 56 Rn. 1.

4 K. Schmidt, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen, S. 177 ff.; z.B. Hollinderbäumer, BB 2013, 1223 ff.

5 Kritisch Smid/Wehdeking, ZInsO 2023, 198 ff.