BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX ZB 31/14

vom

14. Juli 2016

in dem Insolvenzverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

InsO § 49

Die Vereinbarung einer stillen Zwangsverwaltung, die zwischen den Absonderungsberechtigten einerseits und dem Insolvenzverwalter für die Masse andererseits abgeschlossen wird, begegnet keinen rechtlichen Bedenken, wenn die Masse keine Nachteile erleidet.

BRAO § 45 Abs. 1 Nr. 1; BGB § 134; InsO § 56

Ein Vertrag, in dem sich ein Insolvenzverwalter persönlich gegen Entgelt verpflichtet, für die Absonderungsberechtigten im Rahmen des Insolvenzverfahrens eine stille Zwangsverwaltung durchzuführen, ist nichtig.

InsO §§ 63 f; InsVV § 1 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 4 Satz 2 Buchst. b, § 3 Abs. 1

a) Die Durchführung der stillen Zwangsverwaltung ist im Rahmen der Festsetzung der Vergütung für die Tätigkeit des Insolvenzverwalters zu berücksichtigen.

b) Bei der Berechnungsgrundlage für die Vergütung des Verwalters ist hinsichtlich der Durchführung der stillen Zwangsverwaltung nur der Überschuss zu berücksichtigen, der hierbei zugunsten der Masse erzielt worden ist.

ECLI:DE:BGH:2016:140716BIXZB31.14.0

c) Ist die Berechnungsgrundlage nicht entsprechend größer geworden, ist für die Durchführung der stillen Zwangsverwaltung ein Zuschlag zu gewähren; dafür ist der Umfang des zusätzlichen Arbeitsaufwandes maßgebend. Bei der Bemessung der Höhe des Zuschlags ist als ein geeigneter Anhaltspunkt auch die Vergütung eines Zwangsverwalters nach § 18 ZwVwV in Betracht zu ziehen, sofern der Umfang der Tätigkeit und der Ertrag für die Masse vergleichbar sind.

BGH, Beschluss vom 14. Juli 2016 - IX ZB 31/14 - LG Frankfurt (Oder)
AG Frankfurt (Oder)

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Vill, Grupp und Dr. Schoppmeyer

am 14. Juli 2016
beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der weiteren Beteiligten wird der Beschluss der 9. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt (Oder) vom 20. Mai 2014 aufgehoben.

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

Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 21.434,41 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Der Schuldner H. S. , der das Bauunternehmen Hoch- und Tiefbau betrieb, beantragte am 26. Februar 2001 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen wegen Zahlungsunfähigkeit. Mit Beschluss vom 28. Februar 2001 bestellte das Amtsgericht die weitere Beteiligte

zur Sachverständigen und auf deren Anregung am selben Tag zur vorläufigen Insolvenzverwalterin. Mit Beschluss vom 1. April 2001 wurde das Insolvenzverfahren eröffnet und die weitere Beteiligte zur Insolvenzverwalterin bestellt. Ihre Tätigkeit als Gutachterin rechnete sie mit 430,65 DM ab. Die Vergütung für die vorläufige Verwaltung wurde vom Amtsgericht auf 36.473,37 DM festgesetzt.

2 Der Schuldner verfügte über Grundvermögen, nämlich über ein zum Teil vermietetes Betriebsgrundstück sowie verschiedene vermietete Wohnhäuser. Schon während des Eröffnungsverfahrens vereinbarte die weitere Beteiligte mit den Grundpfandgläubigern, dass die Mieten durch die Verwalterin eingezogen werden sollten. Im Insolvenzverfahren verwaltete die weitere Beteiligte über 64 Monate mehr als 30 Mietverhältnisse an fünf Grundstücken bis zur Verwertung aller Immobilien. Mit den Grundpfandrechtsgläubigern (S. und I.) war vereinbart, dass die Masse für die Durchführung der vereinbarten stillen Zwangsverwaltung 6 v.H. der Netto-Kaltmieten erhalten sollte. Hieraus ergab sich nach den Feststellungen des Landgerichts ein Masseerlös durch Mieteinnahmen in Höhe von 72.730,54 €. Mit der eigentlichen Verwaltung des Grundbesitzes beauftragte die Insolvenzverwalterin die Hausverwaltung N. , wofür Kosten in Höhe von 290.689,66 € anfielen. Für die Eintreibung rückständiger Mieten wurden 3.878,34 € aufgewandt. Die Mieteinnahmen wurden gegenüber den Grundpfandgläubigern abgerechnet.

3 Nach Schlussrechnungsprüfung beantragte die weitere Beteiligte zuletzt mit Schreiben vom 14. Mai 2013, für ihre Tätigkeit eine Vergütung einschließlich Auslagen und Umsatzsteuer von insgesamt 149.641,39 € festzusetzen. Dabei legte sie als Berechnungsgrundlage eine Insolvenzmasse von 820.537,62 € zugrunde. Darin enthalten waren unter anderem die Einnahmen aus der stillen Zwangsverwaltung in Höhe von 747.683,11 € abzüglich der an die Absonde-

rungsberechtigten ausgekehrten Mieten in Höhe von 393.343,79 €. Hieraus errechnete sie eine Regelvergütung von 44.160,75 €, die sie um Sondervergütungen gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 InsVV in Höhe von 2.997,88 € und 1.537,52 € erhöhte auf 48.696,15 €. An Zuschlägen beantragte sie für die Bearbeitung von Aus- und Absonderungsrechten 20 v.H., für die Arbeitsverhältnisse 30 v.H. und wegen der großen Zahl von Gläubigern 30 v.H., zusammen 80 v.H. Die pauschalierten Auslagen wurden für 12 Jahre mit jährlich 3.000 €, insgesamt 36.000 € berechnet. Für die Durchführung jeder gemäß § 8 Abs. 3 InsO übertragenen Zustellung verlangte sie 4 €, zusammen 2.096 €.

4 Das Amtsgericht hat die Vergütung einschließlich Auslagen und Umsatzsteuer zuletzt im Wege der Abhilfe festgesetzt auf 71.736,96 € zuzüglich 13.630,02 € Umsatzsteuer hierauf, die Auslagen auf 36.000 € zuzüglich Umsatzsteuer von 6.840 € hierauf (zusammen: 128.206,98 €). Es hat eine Teilungsmasse von 527.369,62 € zugrunde gelegt und dabei hinsichtlich der stillen Zwangsverwaltung den erzielten Überschuss in Höhe von 59.771,32 € berücksichtigt. Hinzugerechnet zur Regelvergütung von 38.297,39 € hat es Sondervergütungen nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 InsVV in Höhe von insgesamt 4.535,40 € sowie den Mehraufwand für die Durchführung der übertragenen Zustellungen in Höhe von 2.096 €. Die beantragten Zuschläge von 80 v.H. hat es zwar bewilligt, aber einen Abschlag von 10 v.H. im Hinblick auf die gesondert vergütete vorläufige Verwaltung vorgenommen.

5 Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde der Insolvenzverwalterin, mit der sie weiter eine Gesamtbruttovergütung von 149.641,39 € anstrebte, ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt sie ihren Vergütungsantrag in voller Höhe weiter.

II.

6 Die zulässige Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

7 1. Das Landgericht hat gemeint, dass die Berechnungsgrundlage mit 527.369,62 € vom Insolvenzgericht zutreffend festgesetzt worden sei. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 InsVV sei nur der Überschuss aus der stillen Zwangsverwaltung bei der Berechnungsgrundlage zu berücksichtigen. Dieser Überschuss betrage 59.771,32 €, weil von den Einnahmen von 747.683,11 € die Kosten der Hausverwaltung in Höhe von 290.689,66 €, die Rechtsverfolgungskosten von 3.878,34 € und die an die Absonderungsberechtigten ausgekehrten Mieten in Höhe von 393.343,79 € abzuziehen seien.

8 Ein gesonderter Zuschlag gemäß § 3 Abs. 1 Buchst. b Alt. 2 InsVV stehe der weiteren Beteiligten für die stille Zwangsverwaltung nicht zu, weil diese keinen Aufwand betrieben habe, der einer Immobilienbewirtschaftung entspreche. Denn mit der Hausverwaltung sei die Firma N. beauftragt gewesen, wofür gesondert 290.689,66 € zu Lasten der Masse angefallen seien. Zwar komme ein solcher Zuschlag grundsätzlich in Betracht. Vorliegend sei jedoch der tatsächliche Arbeitsaufwand durch die Berücksichtigung des Überschusses bei der Berechnungsgrundlage mit 3.073,82 € vergütet. Im Hinblick auf die extern vergebene Hausverwaltung und die weiteren Umstände sei die Gewährung eines darüber hinausgehenden Zuschlags nicht gerechtfertigt. Ein Teil des Aufwandes hinsichtlich der Vereinbarung mit den Grundpfandgläubigern sei auch bereits durch die Vergütung der vorläufigen Verwaltung erfasst. Soweit wegen der Miete gerichtliche Auseinandersetzungen geführt worden seien, habe die

weitere Beteiligte Prozessbevollmächtigte beauftragt. Besondere Erschwernisse hätten nicht vorgelegen. Für die Bearbeitung von Aus- und Absonderungsrechten sei ohnehin ein Zuschlag von 20 v.H. gewährt worden.

9 Der Abschlag von 10 v.H. im Hinblick auf die gesondert vergütete Tätigkeit als vorläufige Verwalterin sei nicht zu beanstanden. Auf der Grundlage der Berichterstattung der weiteren Beteiligten ergebe sich ohne weiteres, dass eine entsprechende Tätigkeit zu einer nicht unerheblichen Arbeitserleichterung im nachfolgenden Verfahren geführt habe.

10 2. Demgegenüber meint die Rechtsbeschwerde, die vom Insolvenzverwalter im Rahmen der stillen Zwangsverwaltung eingezogenen Miet- und Pachtzinsforderungen seien insgesamt masseerhöhend zu berücksichtigen. Masseverbindlichkeiten seien gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 1 InsVV nicht abzusetzen. Durch die stille Zwangsverwaltung begründe der Verwalter Masseverbindlichkeiten.

11 Der weiteren Beteiligten stehe auch ein Zuschlag für die stille Zwangsverwaltung zu. Das Beschwerdegericht habe den Vortrag der weiteren Beteiligten und die entscheidungserheblichen Aspekte verkannt. Häuserverwaltungen würden von der Regelvergütung des Insolvenzverwalters nicht abgedeckt. Ferner seien Anzahl und Dauer der Verwaltungen zu berücksichtigen. Die Beteiligte habe mehr als 30 Mietverhältnisse an fünf Grundstücken über 64 Monate verwaltet. Die vor Ort tätige Hausverwaltung habe sich lediglich um Reparaturen gekümmert, Wohnungsbesichtigungen bei Neuvermietungen durchgeführt und als Ansprechpartner für die Mieter gedient.

12 3. Die Ausführungen des Beschwerdegerichts halten rechtlicher Prüfung nicht durchgehend stand. Die Beurteilung der Frage, ob für die stille Zwangsverwaltung (auch kalte Zwangsverwaltung genannt) ein Zuschlag zu gewähren ist, wurde unvollständig vorgenommen.

13 a) Die stille Zwangsverwaltung durch die weitere Beteiligte ist bei der Festsetzung der Vergütung berücksichtigungsfähig, weil es sich um eine zulässige Tätigkeit der Insolvenzverwalterin handelte.

14 aa) Gehören zur Insolvenzmasse vermietete oder verpachtete Grundstücke, ist deren Verwaltung Aufgabe des Insolvenzverwalters. Er hat die Mieten einzuziehen, diese fallen gemäß § 35 Abs. 1 InsO in die Masse. Aus der Masse sind umgekehrt die Kosten der Verwaltung der Grundstücke zu bestreiten. Hatte der Schuldner über die Miet- und Pachtforderung vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verfügt, ist diese Verfügung nur für kurze Zeit im Rahmen des § 110 InsO wirksam.

15 bb) Bestehen an einem Grundstück Grundpfandrechte, gehören die Ansprüche auf Miete oder Pacht zum Haftungsverband der Hypothek oder Grundschuld gemäß § 1192 Abs. 1, §§ 1147, 1143 Abs. 1 BGB. Es besteht aber nicht von vornherein ein dingliches Recht des Gläubigers an diesen Forderungen, sondern nur ein Recht auf diese Forderungen. Er kann und muss diese Forderungen also zunächst beschlagnahmen lassen, entweder nach § 828 ff ZPO (BGH, Urteil vom 9. Juni 2005 - IX ZR 160/04, BGHZ 163, 201, 208) oder durch Anordnung der Zwangsverwaltung (vgl. Bork, ZIP 2013, 2129 ff; Becker, ZInsO 2013, 2532). Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens als solche führt nicht zu einer Beschlagnahme dieser Forderungen zugunsten der Grundpfandgläubiger, sondern zu einer Beschlagnahme zugunsten der Masse. Einer Forderungs-

pfändung durch die Grundpfandgläubiger steht ab Eröffnung das Vollstreckungsverbot des § 89 InsO entgegen (BGH, Beschluss vom 13. Juli 2006 - IX ZB 301/04, BGHZ 168, 339; Becker, aaO). Dem Grundpfandgläubiger bleibt ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Möglichkeit, gemäß § 49 InsO die Zwangsverwaltung anordnen zu lassen (vgl. Bork, ZIP 2013, 2129 f; Becker, aaO).

16 Zweck einer stillen Zwangsverwaltung ist es, die Grundpfandgläubiger von der Durchführung einer Zwangsverwaltung nach §§ 146 ff ZVG abzuhalten. Es wird vielmehr eine Vereinbarung zwischen den Pfandrechtsgläubigern und dem Insolvenzverwalter für die Masse getroffen, wonach dieser die massezugehörigen, aber dem Haftungsverband der Grundpfandgläubiger zugehörigen Miet- und Pachtforderungen einzieht und den Erlös an die Grundpfandgläubiger im Rahmen ihrer Rechte auskehrt. Ziel ist eine Vereinfachung des Verfahrens für Insolvenzverwalter und Grundpfandgläubiger. Das Betreiben eines Zwangsverwaltungsverfahrens ist kostenträchtig (Keller, NZI 2013, 265, 267; Mitlehner, ZIP 2012, 649, 653; Bork, aaO S. 2132) und führt zu Reibungsverlusten. Die stille Zwangsverwaltung bietet Vorteile für die Masse und die Grundpfandgläubiger. Für die Masse liegen diese in der Erlösbeteiligung und der Erleichterung einer etwaigen freihändigen Veräußerung der Grundstücke (vgl. Keller, aaO S. 267; Bork, aaO S. 2132). Die Grundpfandgläubiger sparen Kosten und Aufwand, haben nur einen Ansprechpartner und müssen keine Einstellung der Zwangsverwaltung nach § 153b ZVG befürchten (vgl. Keller, aaO S. 267; Bork, aaO S. 2132; Becker, ZIP 2013, 2532, 2533 f).

17 cc) Gegen die Zulässigkeit der stillen Zwangsverwaltung bestehen keine Bedenken (OLG Köln, Urteil vom 11. Dezember 2013 - 2 U 2/13; OLG Köln, ZInsO 2016, 108; MünchKomm-InsO/Tetzlaff, 3. Aufl. § 165 Rn. 187; Beck/

Depré/Ringstmeier, Praxis der Insolvenz, 2. Aufl., § 22 Rn. 99; Bork, aaO S. 2133 f; Keller, aaO S. 267 f; Becker, ZInsO 2013, 2532, 2534), solange sie so gestaltet wird, dass die Masse im Verhältnis zur förmlichen Zwangsverwaltung nicht schlechter gestellt wird. Anderenfalls kann die Vereinbarung über die stille Zwangsverwaltung wegen Insolvenzzweckwidrigkeit nichtig und der Verwalter zu Schadensersatz verpflichtet sein.

18 Daher sind die durch die stille Zwangsverwaltung geschaffenen Verhältnisse mit denjenigen zu vergleichen, die eintreten würden, wenn die förmliche Zwangsverwaltung beantragt und angeordnet würde, weil diese gerade entbehrlich gemacht werden soll. Die vorrangige Auskehr der Erlöse an die Grundpfandgläubiger stellt während der stillen Zwangsverwaltung keinen Nachteil für die Masse dar, soweit und solange diese die Beträge auch bei der förmlichen Zwangsverwaltung erhalten würden (vgl. MünchKomm-InsO/Ganter, aaO, Vor §§ 49-52 Rn. 100a; Bork, aaO S. 2133). Der Senat hat deshalb schon bisher solche Vereinbarungen, ohne allerdings - mangels Entscheidungserheblichkeit - hierauf näher einzugehen, nicht beanstandet (BGH, Urteil vom 9. November 2006 - IX ZR 133/05, NZI 2007, 98 Rn. 17; Beschluss vom 24. Januar 2008 - IX ZB 120/07, NZI 2008, 239 Rn. 13).

19 b) Führt der Insolvenzverwalter eine stille Zwangsverwaltung durch und beansprucht er hierfür eine Vergütung, ist bei der Berechnungsgrundlage nur der Überschuss zu berücksichtigen, der zugunsten der Masse erzielt wurde, gegebenenfalls einschließlich des von den Absonderungsberechtigten zugestandenen Massekostenbeitrags. Die Frage war bislang allerdings nicht geklärt und ist stark umstritten.

20 aa) Nach der Auffassung, der sich das Beschwerdegericht angeschlossen hat, sind nach Maßgabe des § 1 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 InsVV nur die Überschüsse aus der stillen Zwangsverwaltung masseerhöhend zu berücksichtigen (LG Heilbronn, ZIP 2012, 2077; MünchKomm-InsO/Riedel, 3. Aufl., § 1 InsVV Rn. 19; Becker, ZInsO 2013, 2532, 2537; wohl auch Haarmeyer/Mock, InsVV, 5. Aufl., § 3 Rn. 30). Diese bestehen in der Regel aus dem mit den Grundpfandgläubigern vereinbarten Kostenbeitrag für die Masse.

21 Nach einer zweiten Auffassung sind sämtliche Zuflüsse aus der stillen Zwangsverwaltung bei der Berechnungsgrundlage erhöhend zu berücksichtigen, es sei denn, die stille Zwangsverwaltung werde im Rahmen einer Unternehmensfortführung durchgeführt, auf die dann § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 Buchst. b InsVV Anwendung finde (Bork, ZIP 2013, 2129, 2134).

22 Eine dritte Meinung nimmt an, dass die an die Grundpfandrechtsgläubiger ausgekehrten Beträge wegen ihrer Absonderungsrechtsähnlichkeit abzuziehen seien (Prasser/Stoffler in Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 1 InsVV, April 2015, Rn. 45). So ist die weitere Beteiligte verfahren.

23 Nach einer vierten Auffassung findet § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 Buchst. b InsVV immer Anwendung, wenn der Schuldner - wie hier - vor dem Insolvenzverfahren Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung erzielt hat (Lorenz/Klanke, InsVV, GKG, RVG, 2. Aufl., § 3 InsVV Rn. 20; FK-InsO/Lorenz, 8. Aufl., § 3 InsVV Rn. 27).

24 Eine fünfte Meinung ist schließlich der Auffassung, dass die Vergütung im Rahmen der Vereinbarung über die stille Zwangsverwaltung zweiseitig zwischen Insolvenzverwalter und Absonderungberechtigten zu regeln sei (LG

Leipzig, ZInsO 2007, 148, 149; offenbar auch OLG Köln, ZInsO 2016, 108; AG Potsdam vom 24. Juli 2014 - 35 IN 266/04, zitiert nach Graeber/Graeber, InsVV, 2. Aufl., § 3 Rn. 299a Fn. 527).

25 bb) Die zuerst genannte Auffassung ist im Ergebnis zutreffend. Maßgebend sind hierfür gleichermaßen die Rechtsgedanken des § 1 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 und des § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 Buchst. b InsVV.

26 (1) Eine Vergütungsvereinbarung zwischen dem Insolvenzverwalter und den Absonderungsrechtsgläubigern für eine stille Zwangsverwaltung kann nur in der Weise geschlossen werden, dass ein Kostenbeitrag vereinbart wird, der in die Masse fließt. Eine Vergütungsvereinbarung zwischen den Absonderungsberechtigten und dem Verwalter in dem Sinne, dass der Verwalter für diese Tätigkeit von den Absonderungsberechtigten gesondert vergütet wird, ist dagegen nicht möglich. Ein derartiger Vertrag wäre nichtig.

27 Die Nichtigkeit ergibt sich bei Rechtsanwälten schon aus § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO. Der Insolvenzverwalter ist im Sinne dieser Vorschrift Angehöriger des öffentlichen Dienstes. Hierzu gehören nicht nur Beamte oder Angestellte im öffentlichen Dienst, sondern alle Personen, die hoheitlich tätig werden (BGH, Senat für Anwaltssachen, Urteil vom 26. November 2007 - AnwSt (R) 10/06, NJW-RR 2008, 795 Rn. 6; vom 3. November 2014 - AnwSt (R) 4/14, NJW 2015, 567 Rn. 10; OVG Bautzen, NJW 2003, 3504, 3505; Henssler/Prütting/Kilian, BRAO, 4. Aufl., § 45 Rn. 17). Das ist beim Insolvenzverwalter im Hinblick auf die ihm verliehenen hoheitlichen Befugnisse zweifellos der Fall. Der Verwalter wird bei einer stillen Zwangsverwaltung auch in derselben Rechtssache tätig, in der er als Verwalter tätig ist. Mit seinen Pflichten als Verwalter, insbesondere seiner Neutralitätspflicht, die eine Bestellungsvoraussetzung nach § 56

InsO ist, wäre es unvereinbar, wenn er sich vertraglich einseitig zur Wahrnehmung der Interessen der Absonderungsberechtigten gegen Vergütung durch diese verpflichten würde (vgl. Vill, ZInsO 2015, 2245 ff).

28 Im Übrigen wäre eine derartige Vereinbarung, auch mit anderen Verwaltern als Rechtsanwälten, wegen Insolvenzzweckwidrigkeit nichtig. Der Abschluss von Dienstverträgen mit einzelnen Verfahrensbeteiligten, die den Verwalter nur diesen gegenüber verpflichteten und berechtigten, beseitigt die erforderliche Unabhängigkeit des Verwalters, was sich den Absonderungsberechtigten nach den Umständen auch aufdrängen muss (zu diesem Erfordernis vgl. BGH, Urteil vom 10. Januar 2013 - IX ZR 172/11, ZInsO 2013, 441 Rn. 9). Deshalb wären derartige Verträge nichtig (vgl. OLG Dresden, ZInsO 2015, 2273; Vill, aaO S. 2247 f; Graeber/Graeber, InsVV, 2. Aufl., § 3 Rn. 299a; Zimmer, InsBüro 2015, 510, 515; Haarmeyer/Mock, InsVV, 5. Aufl., § 1 Rn. 62; Mitlehner, ZIP 2012, 649, 652; Becker, ZInsO 2013, 2532, 2535 f).

29 (2) Eine Vereinbarung mit den Absonderungsberechtigten, wonach der Insolvenzverwalter für die Masse tätig wird und im Gegenzug dieser ein Massekostenbeitrag zugestanden wird, ist dagegen im oben ausgeführten Rahmen unbedenklich.

30 Im Rahmen einer "stillen Zwangsverwaltung" kann der Insolvenzverwalter aber nur in Ausübung seines Amtes tätig werden. Dies ist vorliegend auch geschehen. Dadurch begründet der Verwalter Forderungen und Verbindlichkeiten der Masse. Masseverbindlichkeiten werden zwar grundsätzlich gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 1 InsVV nicht von der Berechnungsgrundlage abgezogen. In der vorliegenden Konstellation der stillen Zwangsverwaltung kann jedoch in entsprechender Anwendung der übereinstimmenden Rechtsgedanken des § 1

Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 und Nr. 4 Satz 2 Buchst. b InsVV nur der Überschuss berücksichtigt werden.

31 (a) § 1 Abs. 2 Nr. 1 InsVV setzt voraus, dass der Verwalter Gegenstände verwertet, die mit Absonderungsrechten belastet sind. An den hier in die stille Zwangsverwaltung aufgenommenen Grundstücken bestanden Absonderungsrechte. Durch die Verwaltung wurde zwar noch keine Verwertung der Substanz vorgenommen. Gleichwohl diente die stille Zwangsverwaltung in erster Linie der Befriedigung der Absonderungsberechtigten, die auch ohne weiteres die Zwangsverwaltung der Immobilie hätten betreiben können. Nach deren Anordnung stünden ihnen die Miet- und Pachteinnahmen - nach Abzug der Ausgaben der Verwaltung und der Kosten des Verfahrens gemäß § 155 ZVG - ebenfalls zu. Die Vereinbarung einer stillen Zwangsverwaltung will hieran im Prinzip nichts ändern, sondern lediglich im Interesse der Beteiligten das aufwendige und kostenintensive förmliche Verfahren der Zwangsverwaltung vermeiden. Wirtschaftlich betrachtet ist es aber von vornherein ausgeschlossen, dass die Miet- und Pachteinnahmen die zugunsten der Insolvenz- und Massegläubiger verwertbare Masse erhöhen (Becker, ZInsO 2013, 2532, 2537).

32 (b) Im Falle der freihändigen Verwertung von Grundstücken, die mit Absonderungsrechten belastet sind, ist § 1 Abs. 2 Nr. 1 InsVV nicht unmittelbar anwendbar, weil dem Verwalter bei freihändiger Veräußerung von Gesetzes wegen keine Feststellungs- und Verwertungspauschalen zustehen, die gemäß §§ 170 ff InsO nur bei beweglichen Sachen anfallen. Wird aber vom Verwalter mit den Absonderungsberechtigten ein Massekostenbeitrag für die Verwertung vereinbart, was regelmäßig geschieht, kommt insoweit eine analoge Anwendung des § 1 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 InsVV in Betracht sowie - wegen des Überschusses - von Satz 3. Keinesfalls fällt aber der Wert der Immobilie als solcher

in die Berechnungsgrundlage. Für die vergleichbare Situation der stillen Zwangsverwaltung, die der Verwertung durch Verkauf regelmäßig vorangeht und diese ermöglichen und vorbereiten soll, kann in der Wertung nichts anderes gelten.

33 (c) Die stille Zwangsverwaltung ist, auch wenn sie nicht im Rahmen einer Betriebsfortführung vorgenommen wird, einer solchen ohne weiteres vergleichbar. Letztlich kommt nur der Überschuss der Masse zugute, nur der Überschuss steht zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger und derjenigen Masseverbindlichkeiten zur Verfügung, die außerhalb der Umsatzgenerierung entstehen. Auch § 3 Abs. 1 Buchst. b InsVV behandelt hinsichtlich der Zuschlagsbemessung die Unternehmensfortführung und die Häuserverwaltung gleich.

34 (d) Wie ausgeführt, kann die stille Zwangsverwaltung zum Schutz der Gläubiger nur zugelassen werden, wenn sie sich im Vergleich zur förmlichen Zwangsverwaltung nach dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung nicht als für die Masse nachteilig erweist. Zugunsten der Masse können bei der stillen Zwangsverwaltung zwar auch die Vorteile einer vorzubereitenden freihändigen Veräußerung der Grundstücke berücksichtigt werden. Hier könnte bei der Berechnungsgrundlage direkt oder analog § 1 Abs. 2 Nr. 1 InsVV angewandt werden. Wie im Fall des § 1 Abs. 2 Nr. 1 und des § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 Buchst. b InsVV besteht jedoch in hohem Maß die Gefahr der Masseauszehrung, wenn die (hier außerordentlich) hohen Kosten der von der Masse zu zahlenden Fremdverwaltung zugleich der Regelvergütung als Berechnungsgrundlage zugrunde gelegt würden. Jedenfalls in den unteren Degressionsstufen des § 2 Abs. 1 InsVV bestünde in vielen Fällen die Gefahr, dass die für die stille Zwangsverwaltung an den Verwalter zu zahlende Vergütung den Massekostenbeitrag aus dieser Verwaltung übersteigen würde, jeden-

falls wenn der Überschuss gering ist. Das widerspräche den Wertungen des § 1 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 4 Satz 2 Buchst. b InsVV. Die Kosten der förmlichen Zwangsverwaltung, die gemäß § 155 ZVG zu Lasten der Vollstreckungsgläubiger zu zahlen wären, können nicht zum Nachteil der Masse vergemeinschaftet werden.

35 c) Das Beschwerdegericht hat jedoch bei der Frage, ob für die stille Zwangsverwaltung ein Zuschlag zu gewähren ist, die hierbei anzulegenden Maßstäbe nicht vollständig berücksichtigt.

36 aa) Das Beschwerdegericht hat den Regelfall der "Hausverwaltung" gemäß § 3 Abs. 1 Buchst. b Alt. 2 InsVV mit der Begründung verneint, der betriebene Aufwand lasse sich nicht als Immobilienbewirtschaftung beschreiben, weil mit der Hausverwaltung die Firma N. beauftragt gewesen sei, wofür Kosten von 290.689,66 € angefallen seien.

37 Daran ist richtig, dass die Hausverwaltung von der weiteren Beteiligten zu einem erheblichen Teil delegiert worden ist. Gleichwohl sind von ihr Arbeiten der Hausverwaltung erledigt worden, insbesondere die Einziehung und notfalls veranlasste gerichtliche Durchsetzung der Mietansprüche. § 3 Abs. 1 Buchst. b Alt. 2 InsVV setzt nicht voraus, dass der Verwalter die Hausverwaltung vollständig alleine durchgeführt hat. Auch eine nur zum Teil selbst vorgenommene Hausverwaltung vermag einen Zuschlag zu rechtfertigen, wenn die übrigen Voraussetzungen hierfür vorliegen. Häuserverwaltungen werden generell nicht von der Regelvergütung des Insolvenzverwalters abgedeckt (BGH, Beschluss vom 24. Januar 2008 - IX ZB 120/07, ZIP 2008, 514 Rn. 11 ff). Auch soweit sich der Verwalter auf die stille Zwangsverwaltung beschränkt, ist ein Zuschlag zu gewähren (BGH, aaO Rn. 13), sofern nicht die Masse entsprechend größer ge-

worden ist, und wenn die übrigen Voraussetzungen der Zuschlagsgewährung vorliegen.

38 bb) Wenn - wie hier - die Berechnungsgrundlage durch die (möglicherweise) zuschlagsbegründende Tätigkeit größer geworden ist, ist zu prüfen, ob trotz der Erhöhung der Regelvergütung ein (Ausgleichs-)Zuschlag zu gewähren ist, weil sich die Vergütung ohne Massemehrung bei angemessenem Zuschlag stärker erhöht hätte (BGH, Beschluss vom 8. März 2012 - IX ZB 162/11, ZIP 2012, 682 Rn. 9 ff, 15, 16). Bei der Höhe des dabei anzusetzenden Vergleichszuschlags, der ohne die Massemehrung zuzubilligen gewesen wäre, ist entscheidend, in welchem Maße der Insolvenzverwalter stärker als in Insolvenzverfahren vergleichbaren Zuschnitts ohne diese Tätigkeit in Anspruch genommen worden wäre, also der real gestiegene Arbeitsaufwand (BGH, Beschluss vom 11. Mai 2006 - IX ZB 249/04, ZIP 2006, 1204 Rn. 41 f; vom 8. März 2012, aaO Rn. 10; st. Rspr.).

39 cc) Bei der Frage, ob und in welcher Höhe für die konkrete Tätigkeit ein Zuschlag zu gewähren ist, kann und muss auch berücksichtigt werden, in welchem Umfang bereits für einen sich mit der hier fraglichen Tätigkeit überschneidenden Tatbestand ein Zuschlag gewährt worden ist (BGH, Beschluss vom 11. Mai 2006, aaO Rn. 12; vom 1. März 2007 - IX ZB 280/05, ZIP 2007, 639 Rn. 13 f; vom 6. Mai 2010 - IX ZB 123/09, ZInsO 2010, 1504 Rn. 7). Eine Überschneidung im Zuschlagstatbestand liegt hier - wie das Beschwerdegericht zutreffend gesehen hat - mit dem Regelfall des § 3 Abs. 1 Buchst. a InsVV vor, nämlich der Bearbeitung von Absonderungsrechten, weil die stille Zwangsverwaltung gerade der Befriedigung der Absonderungsberechtigten dient, also die Tätigkeit zumindest teilweise auch unter den Tatbestand der Bearbeitung von Absonderungsrechten subsumiert werden kann. Dafür ist der weiteren Beteilig-

ten bereits ein Zuschlag von 20 v.H. gewährt worden, was sich bei der festgesetzten Vergütung mit netto 7.659,48 € ausgewirkt hat. Damit werden freilich auch weitere Tätigkeiten vergütet.

40 dd) In eine Vergleichsbetrachtung für die Angemessenheit eines Zuschlags für eine stille Zwangsverwaltung kann bei wertender Abwägung die Regelvergütung einbezogen werden, die einem Zwangsverwalter nach § 18 Abs. 1 Satz 1 ZwVwV zustehen würde. Die Vergleichbarkeit setzt freilich voraus, dass der Insolvenzverwalter die Verwaltung selbst vollständig durchgeführt hat und in seiner Kostenvereinbarung mit den Absonderungsberechtigten eine entsprechende Massequote vereinbart hat. Beides war hier nicht der Fall. Vereinbart hat die weitere Beteiligte eine Massebeteiligung von 6 v.H. der Nettokaltmiete, also wesentlich weniger als die einem Zwangsverwalter zustehende Vergütung. Zudem ist unklar, warum der erwirtschaftete Überschuss (59.771,32 €) deutlich kleiner ist als die vereinbarte Massebeteiligung (72.730,54 €). Außerdem hat sie aus der Masse der von ihr eingeschalteten Hausverwaltung N. 290.689,66 € bezahlt, was ein Vielfaches der Zwangsverwaltervergütung wäre. Allerdings ist unklar, in welchem Umfang es sich hier um Verwaltervergütung handelt und in welcher Höhe in diesem Betrag sonstige Bewirtschaftungskosten enthalten sind. Gleichwohl kann § 18 ZwVwV bei der Bewertung im Ansatz Berücksichtigung finden (BK-InsO/ Blersch, 2009, § 3 InsVV Rn. 12). Die Bemessung des Zuschlags muss dazu führen, dass der durch die stille Zwangsverwaltung der Masse zufließende Betrag angemessen zwischen Masse und Verwalter verteilt wird.

41 d) Der vom Beschwerdegericht vorgenommene Abschlag von 10 v.H. im Hinblick auf die gesondert vergütete Tätigkeit der weiteren Beteiligten als vorläufige Insolvenzverwalterin ist nicht zu beanstanden. Das Beschwerdegericht

hat auf der Grundlage der Berichterstattung der weiteren Beteiligten für die vorläufige Verwaltung festgestellt, dass ihre dortige Tätigkeit zu einer nicht unerheblichen Arbeitserleichterung im nachfolgenden Verfahren geführt hat. Die hiergegen erhobenen Rügen der Rechtsbeschwerde greifen nicht durch.

42 Nach § 3 Abs. 2 Buchst. a InsVV ist im Regelfall ein Abschlag von der Vergütung des Verwalters vorzunehmen, wenn ein vorläufiger Verwalter bestellt war. Maßgebend ist insoweit, in welchem Umfang Tätigkeiten des vorläufigen Verwalters die Tätigkeit des endgültigen Verwalters erleichtert haben, weil dadurch sonst erst vom Verwalter wahrzunehmende Aufgaben für diesen entfallen sind oder weniger aufwändig waren (BGH, Beschluss vom 11. Mai 2006 - IX ZB 249/04, ZIP 2006, 1204 Rn. 25; vom 10. Oktober 2013 - IX ZB 38/11, ZIP 2013, 2164 Rn. 24). Allerdings muss die Ersparnis erheblich sein. Bagatellerleichterungen sind unerheblich. Ein Abschlag ist vorzunehmen, wenn zumindest 5 v.H. angemessen sind (BGH, Beschluss vom 11. Mai 2006, aaO Rn. 24).

43 Diesem Maßstab wird die Entscheidung des Beschwerdegerichts gerecht. Es mag sein, dass die Verhandlungen mit den Gläubigern von Drittrechten erst begonnen waren, zahlreiche Arbeiten erst im eröffneten Verfahren ausgeführt wurden, und dass das eröffnete Verfahren eine sehr lange Dauer hatte. Das Beschwerdegericht hat gleichwohl Umstände festgestellt, die die Arbeit der Insolvenzverwalterin im eröffneten Verfahren wesentlich erleichtert und vorweggenommen haben. Es hat den als übergangen gerügten Schriftsatz ausdrücklich angeführt und gewürdigt. Die Rechtsbeschwerde möchte lediglich ihre Würdigung an die Stelle derjenigen des Beschwerdegerichts setzen.

44 Die Bemessung von Vergütungszu- und -abschlägen ist eine Frage der tatrichterlichen Würdigung des Leistungsbildes im Einzelfall (BGH, Beschluss

vom 11. Mai 2006 - IX ZB 249/04, ZInsO 2006, 642, 644); sie kann mit der Rechtsbeschwerde nur angegriffen werden, sofern die Gefahr besteht, dass ein falscher Maßstab angewendet worden ist (BGH, Beschluss vom 4. Juli 2002 - IX ZB 31/02, NJW 2002, 2945, 2946). Diese Gefahr wird von der Rechtsbeschwerde nicht aufgezeigt.

III.

45 Die Entscheidung des Beschwerdegerichts kann deshalb keinen Bestand haben. Sie ist aufzuheben und die Sache an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen, § 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO. Das Beschwerdegericht wird nach ergänzendem Sachvortrag der Beteiligten erneut zu prüfen haben, ob nach den dar-

gelegten Maßstäben ein Zuschlag wegen der stillen Zwangsverwaltung zu gewähren ist.

Kayser Gehrlein Vill

Grupp Schoppmeyer

Vorinstanzen:
AG Frankfurt (Oder), Entscheidung vom 16.07.2013 - 3.2 IN 51/01 -
LG Frankfurt (Oder), Entscheidung vom 20.05.2014 - 19 T 230/13 -