BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX ZB 71/14

vom

22. September 2016

in dem Insolvenzverfahren

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

InsO §§ 270a, 270b, 284; InsVV §§ 3, 8, 10, 12

a) Dem vorläufigen Sachwalter sind die Tätigkeiten zu vergüten, die ihm vom Gesetz, vom Insolvenzgericht oder den Verfahrensbeteiligten in wirksamer Weise übertragen worden sind (Fortführung BGH, Beschluss vom 21. Juli 2016 - IX ZB 70/14, zur Veröffentlichung bestimmt in BGHZ).

b) Bei beantragter Eigenverwaltung kann im Eröffnungsverfahren der vorläufige Sachwalter vom vorläufigen Gläubigerausschuss mit Zustimmung des Schuldners beauftragt werden, einen Insolvenzplan auszuarbeiten; weitere Aufgaben können dem vorläufigen Sachwalter auf diesem Weg über sein von Gesetz und Insolvenzgericht festgelegtes Tätigkeitsfeld hinaus nicht übertragen werden.

c) Der vorläufige Sachwalter darf im Rahmen seiner Überwachungs- und Kontrolltätigkeit die Eigenverwaltung beratend begleiten in dem Sinne, dass er sich rechtzeitig in die Erarbeitung der Sanierungskonzepte und die Wahrnehmung sonstiger Aufgaben einbinden lässt und rechtzeitig zur Durchführbarkeit der beabsichtigten Maßnahmen äußert; eine nur nachlaufend wahrgenommene Überwachung ist unzureichend.

d) Zu einzelnen Zu- und Abschlagstatbeständen bei der Vergütung des vorläufigen Sachwalters.

e) Die Auslagenpauschale des vorläufigen Sachwalters bemisst sich nach § 12 Abs. 3 InsVV.

BGH, Beschluss vom 22. September 2016 - IX ZB 71/14 - LG Ravensburg
AG Ravensburg

ECLI:DE:BGH:2016:220916BIXZB71.14.0

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

am 22. September 2016
beschlossen:

Auf die Rechtsmittel des weiteren Beteiligten werden der Beschluss der 3. Zivilkammer des Landgerichts Ravensburg vom 24. September 2014 und der Beschluss des Amtsgerichts Ravensburg vom 29. Juli 2014 aufgehoben, soweit zum Nachteil des weiteren Beteiligten erkannt worden ist. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittelverfahren, an das Amtsgericht zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 103.936,47 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Am 15. Juli 2013 stellte die K. Abwicklungsgesellschaft mbH (nachfolgend: Schuldnerin), die einen in Insolvenzsachen erfahrenen Rechtsanwalt zur rechtlichen Beratung hinzugezogen hatte, Eigenantrag auf Eröffnung

des Insolvenzverfahrens mit dem Ziel der Anordnung der Eigenverwaltung, der Einsetzung eines Sachwalters sowie der Bestellung eines vorläufigen Sachwalters bis zur Eröffnungsentscheidung nach § 270a Abs. 1 InsO.

2 Mit Beschluss vom 16. Juli 2013 ordnete das Insolvenzgericht die vorläufige Eigenverwaltung gemäß § 270a InsO an und bestellte den weiteren Beteiligten zum vorläufigen Sachwalter. Es wurde angeordnet, dass für diesen die §§ 56-60 InsO entsprechend gelten. Er wurde damit beauftragt, als Sachverständiger zu prüfen, ob ein Eröffnungsgrund vorliege, ob das schuldnerische Vermögen die Kosten des Verfahrens voraussichtlich decke und welche Aussichten für eine Fortführung des Unternehmens bestünden. Weiter wurde angeordnet:

> "4. Der vorläufige Sachwalter hat zudem die wirtschaftliche Lage der Schuldnerin zu prüfen und die Geschäftsführung sowie die Ausgaben für die Lebensführung zu überwachen.
>
> Er ist berechtigt, die Wohnung und Geschäftsräume sowie die betrieblichen Einrichtungen der Schuldnerin einschließlich der Nebenräume zu betreten und dort Nachforschungen anzustellen.
>
> …
>
> 5. Stellt der Sachwalter Umstände fest, die erwarten lassen, dass die Fortsetzung der Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird, so hat er dies unverzüglich dem Gläubigerausschuss und dem Insolvenzgericht anzuzeigen.
>
> 6. Der Sachwalter kann vom Schuldner verlangen, dass alle eingehenden Gelder nur vom Sachwalter entgegengenommen und Zahlungen nur vom Sachwalter geleistet werden.
>
> 7. …

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

8. Der Schuldner soll Verbindlichkeiten, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, nur mit Zustimmung des Sachwalters eingehen. Auch Verbindlichkeiten, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, soll er nicht eingehen, wenn der Sachwalter widerspricht.

9. Der Schuldner wird ermächtigt, zur Aufrechterhaltung und Fortführung des Geschäftsbetriebs mit Zustimmung des Sachwalters notwendige Masseverbindlichkeiten zu Lasten der späteren Insolvenzmasse zu begründen (analog §§ 270a, 22 II, 55 II InsO)
insbesondere mit:
- den Lieferanten
- den Leasinggesellschaften
- den Vertragspartnern von sonstigen Dauerschuldverhältnissen (insbesondere Telekommunikationsunternehmen, Ent- und Versorgungsunternehmen)
- externen Dienstleistern, wie z.B. Rechts- und Unternehmensberatung, Betriebswirten, Reinigungskräften
- Spediteuren

und mit der Sparkasse ... sowie einem Lieferantenpool Verwertungsvereinbarungen zu schließen, mit welchen im Rahmen der Unternehmensfortführung unechte Massekredite in Höhe eines Gesamtbetrages von bis zu 2,5 Millionen Euro aufgenommen werden und hierfür jeweils Teile der Insolvenzmasse als Sicherheit gestellt werden
sowie
zur Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes einen Massekredit mit der ... (Bank) aufzunehmen
und dadurch jeweils Masseverbindlichkeiten im Rahmen des § 55 II InsO zu begründen."

3 Mit Beschluss vom 27. September 2013 eröffnete das Amtsgericht das Insolvenzverfahren, ordnete Eigenverwaltung an und bestellte den weiteren Beteiligten zum Sachwalter.

4 Mit Schreiben vom 21. Mai 2014 beantragte der weitere Beteiligte, die Vergütung für seine Tätigkeit als vorläufiger Sachwalter auf insgesamt 221.162,49 € festzusetzen. Als Berechnungsgrundlage brachte er 9.530.196 €

in Ansatz. Als Regelvergütung begehrte er 25 v.H. der für den Insolvenzverwalter bestimmten Vergütung. Da es sich um ein quantitativ und qualitativ über dem Durchschnitt liegendes Verfahren gehandelt habe, beantragte er folgende Zuschläge:

- Fortführung des Betriebes und Überwachung der Schuldnerin: 16 v.H.
- Konzernstruktur: 5 v.H.
- Bemühungen um eine Sanierung und einen Insolvenzplan: 10 v.H.
- Zusammenarbeit mit dem eingesetzten vorläufigen Gläubigerausschuss: 20 v.H.
- hohe Zahl von Arbeitnehmern und Insolvenzgeldfinanzierung: 10 v.H.
- Wahrnehmung der vom Gläubigerausschuss beauftragten arbeitsrechtlichen Sonderaufgaben (Erarbeitung eines Sanierungskonzeptes unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten): 15 v.H.
- große Zahl von Gläubigern: 5 v.H.

5 Wegen der Eigenverwaltung und dem von der Schuldnerin eingesetzten Insolvenzexperten könne andererseits ein Abschlag von 25 v.H. vorgenommen werden. Insgesamt beantragte er einen Zuschlag von 60 v.H. und damit insgesamt eine Vergütung von 85 v.H. der Regelvergütung des Insolvenzverwalters.

6 Mit Beschluss vom 29. Juli 2014 hat das Amtsgericht die Vergütung des vorläufigen Sachwalters auf 117.226,02 € festgesetzt und den weitergehenden Antrag zurückgewiesen. Als Berechnungsgrundlage hat es ohne Begründung den vom vorläufigen Sachwalter angesetzten Betrag übernommen. Die Regelvergütung hat es in analoger Anwendung des § 11 InsVV mit 25 v.H. der Regelvergütung des Sachwalters in Höhe von 60 v.H. der für den Insolvenzverwalter bestimmten Vergütung nach § 12 InsVV und damit mit 15 v.H. angesetzt.

7 Es hat Zuschläge gewährt:

- für die im Verhältnis zum Normalfall aufwändigere Überwachung bei der Fortführung einer mittelgroßen Gesellschaft im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb
- für die Zustimmungspflichten im Rahmen der Sanierungsbemühungen, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören
- für den Mehraufwand im Rahmen der Konzernstruktur
- für die Zustimmungspflicht bei der Begründung von Masseverbindlichkeiten
- für die umfangreiche Information des Gläubigerausschusses.

8 Die Höhe des Gesamtzuschlages hat es auf 30 v.H. bemessen.

9 Auf der Grundlage der vom vorläufigen Sachwalter angegebenen Berechnungsgrundlage hat es die Vergütung des Insolvenzverwalters mit 98.259,26 € und die Umsatzsteuer hierauf mit 18.669,26 € berechnet. Die Auslagen hat es mit 250 € nebst Umsatzsteuer von 47,50 € festgesetzt.

10 Die hiergegen vom weiteren Beteiligten erhobene sofortige Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der weitere Beteiligte seinen Vergütungsfestsetzungsantrag in vollem Umfang weiter.

II.

11 Die zulässige Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheidungen, soweit diese zum Nachteil des weiteren Be-

teiligten erkannt haben, und zur Zurückverweisung der Sache an das Insolvenzgericht.

12 1. Das Beschwerdegericht hat gemeint, die Bemessungsgrundlage und die Regelsätze des § 2 InsVV stünden außer Streit. Streit bestehe nur über die Höhe der Regelvergütung und die vorzunehmenden Zu- und Abschläge. Die Regelvergütung decke den gesetzlich vorgesehenen Aufgabenbereich des vorläufigen Sachwalters ab und stelle eine pauschale Abgeltung des Aufwandes dar. Sie betrage 25 v.H. der für den Sachwalter geltenden Quote von 60 v.H., also insgesamt 15 v.H. der Vergütung des Insolvenzverwalters gemäß § 2 Abs. 1 InsVV. Im Rahmen von §§ 10, 3 InsVV, die auch von § 270a Abs. 1 Satz 2, § 274 Abs. 1 InsO in Bezug genommen würden, seien Zu- und Abschläge auf die Vergütung des vorläufigen Sachwalters nach den Umständen des Einzelfalles vorzunehmen.

13 Danach ergebe sich für den hier nach § 270a InsO bestellten vorläufigen Sachwalter:

14 a) Die Einschaltung zweier anderer Rechtsanwälte zur Kontrolle der wirtschaftlichen Kennzahlen und der Betreuung des M & A Prozesses sowie zur Bearbeitung arbeitsrechtlicher Themen begründe keinen Zuschlag, der vorläufige Sachwalter habe die Aufgaben selbst wahrnehmen können.

15 b) Die Unternehmensgröße rechtfertige keinen Zuschlag, weil diese bereits in der Berechnungsgrundlage Berücksichtigung finde.

16 c) Die Unternehmensfortführung als solche begründe keinen Zuschlag, weil sie für die Eigenverwaltung der typische Normalfall sei. Die Erwirtschaftung

eines Umsatzes von 3,09 Mio. € im Antragsverfahren sei dagegen berücksichtigungsfähig. Die Überwachung der Geschäftsführung sei Regelaufgabe. Dagegen sei der Zustimmungsvorbehalt in Nummer 9 des Bestellungsbeschlusses mit zusätzlicher Arbeit verbunden gewesen und zuschlagsfähig, was sich schon aus § 12 Abs. 2 InsVV ergebe. Dies betreffe auch die Rechtsgeschäfte mit der Sparkasse. Dagegen sei die Entwicklung von Maßnahmen und Strategien hinsichtlich Umsatzsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen nicht Aufgabe des Sachwalters, ebenso nicht die aktive Mitführung von Verhandlungen.

17 d) Die Konzernstruktur rechtfertige hinsichtlich der Liefer- und Leistungsbeziehung keinen Zuschlag, ebensowenig der Auslandsbezug durch die Tochtergesellschaften. Bei mittelgroßen Gesellschaften gehöre dies zur gängigen Praxis. Anderes gelte nur bei Abweichungen vom regelhaften Verfahren, insoweit sei auch hier ein Zuschlag zu rechtfertigen. Die Entscheidung über das Fortbestehen der Tochtergesellschaften sei dagegen Aufgabe der Eigenverwaltung gewesen.

18 e) Die Erarbeitung eines Sanierungskonzeptes und das Anstoßen von M & A-Prozessen gehörten nicht zu den Überwachungs- und Aufsichtsaufgaben des vorläufigen Sachwalters. Es sei auch nicht seine Aufgabe, für die Gläubiger alternative Möglichkeiten zum Insolvenzplan zu entwickeln. Selbst wenn man § 284 Abs. 1 Satz 2 InsO analog anwende, fehle es am Auftrag der Gläubigerversammlung; zudem ergebe sich auch dann nur eine beratende Aufgabe. Eine begleitende Überwachung und Beratung mit dem Ziel, den Sanierungsprozess aktiv zu begleiten und in eine akzeptable Richtung zu lenken, sei nicht Aufgabe des vorläufigen Sachwalters.

19 f) Die hohe Beschäftigtenzahl rechtfertige keinen Zuschlag, denn dieser Gesichtspunkt werde bereits über die Berechnungsgrundlage berücksichtigt. Zu den Kontroll- und Überwachungsaufgaben gehöre nicht die Information der Mitarbeiter. Soweit die Vorfinanzierung der Löhne und Gehälter durch den vorläufigen Sachwalter unterstützt und überwacht worden sei, könne dies einen Zuschlag rechtfertigen, wenn der Aufwand, wie hier, über das übliche Maß hinausgegangen sei. Zu den Aufgaben des Sachwalters gehöre es aber nicht, sämtliche arbeitsrechtliche Fragen zu bearbeiten. Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass der Gläubigerausschuss diese Aufgabe auf Wunsch der Eigenverwaltung auf den Sachwalter übertragen habe.

20 g) Ein Zuschlag sei gerechtfertigt, weil der vorläufige Sachwalter den Zahlungsverkehr nach § 275 Abs. 2 InsO an sich gezogen habe.

21 h) Soweit durch die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses zusätzlicher Arbeitsaufwand entstanden sei, könne ein Zuschlag gerechtfertigt sein, der allerdings nicht hoch anzusetzen sei, weil der vorläufige Gläubigerausschuss seinerseits Überwachungsaufgaben wahrnehme.

22 i) Zwar könne ein erheblicher Aufwand bei der Bearbeitung arbeitsrechtlicher Fragen einen Zuschlag nach § 3 Abs. 1 lit. d InsVV rechtfertigen. Es sei jedoch nicht Aufgabe des vorläufigen Sachwalters, das Sanierungskonzept unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten zu überarbeiten und anzupassen sowie Kontakt zu den Beteiligten aufzunehmen. Dass der vorläufige Gläubigerausschuss am 5. September 2013 das Führen der Verhandlungen mit der Gewerkschaft und dem Betriebsrat auf den vorläufigen Sachwalter übertragen habe, begründe keine Aufgaben des vorläufigen Sachwalters.

23 j) Die große Zahl von Gläubigern rechtfertige keinen Zuschlag. Die Kommunikation mit ihnen sei Sache der Eigenverwaltung. Der vorläufige Sachwalter habe auch nicht die Schreiben an die Gläubiger mit der Eigenverwaltung abzustimmen, weil dies eine unzulässige beratende, mitgestaltende Tätigkeit sei. Die Zahl der Gläubiger entspreche zudem der Betriebsgröße.

24 k) Es sei ein Abschlag gerechtfertigt, weil beim Schuldner eine professionelle Sanierungsberatung stattgefunden habe, auf die der vorläufige Verwalter habe zurückgreifen können.

25 l) Die nachzuholende Gesamtbetrachtung ergebe, dass das dreifache der Regelvergütung, also 45 v.H. angemessen seien.

26 2. Demgegenüber meint die Rechtsbeschwerde, die Regelvergütung des vorläufigen Sachwalters ergebe sich nicht durch Kombination der Regelvergütungen von Sachwalter (60 v.H.) und vorläufigem Insolvenzverwalter (25 v.H. von 60 v.H. = 15 v.H.), sondern durch die in § 270a Abs. 1 Satz 2 InsO angeordnete entsprechende Anwendung der Vorschriften über den endgültigen Sachwalter, wobei der Vorläufigkeit der Tätigkeit Rechnung zu tragen und der Regelsatz jedenfalls nicht unter 25 v.H., richtigerweise aber mit 30 v.H. zu bemessen sei. Eine Regelungslücke, die durch entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 63 InsO, § 11 InsVV zu schließen sei, liege nicht vor.

27 Das Beschwerdegericht habe zudem zu Unrecht einzelne Zuschläge versagt, weil es die Zuschlagswürdigkeit bestimmter Umstände grundlegend verkannt habe. Die Betriebsfortführung begründe einen Zuschlag. Sie sei auch für die vorläufige Insolvenzverwaltung typisch, begründe dort aber gleichwohl einen Zuschlag. Der erhebliche Tätigkeitsaufwand unter anderem durch Um-

satzsteuer- und Sozialversicherungsbeitragsangelegenheiten und durch unumgängliche Verhandlungen mit der Sparkasse hätten einen Zuschlag gerechtfertigt.

28 Die Begleitung der Sanierungsbemühungen rechtfertige ebenfalls einen Zuschlag. Er habe unter anderem ein Sanierungskonzept in verschiedenen Szenarien durchgerechnet, konkrete Restrukturierungsmaßnahmen in Angriff genommen, einen M & A-Prozess angestoßen und begleitet sowie als Alternative zum M & A-Prozess einen Insolvenzplan vorbereitet. Diese Tätigkeit überschreite nicht die gesetzlichen Aufgaben des vorläufigen Sachwalters. Dieser habe nicht nur die vom Beschwerdegericht angenommenen rudimentären Aufgaben.

29 Auch der Tätigkeitsaufwand für arbeitsrechtliche Sonderaufgaben und Personalmaßnahmen rechtfertige einen Zuschlag. Das Beschwerdegericht verkenne Art und Intensität der geschuldeten "Überwachung". Die Tätigkeit sei mit der Schuldnerin und dem Gläubigerausschuss abgestimmt gewesen. Die Schuldnerin habe die Kanzlei des Rechtsbeschwerdeführers mit der Bearbeitung der arbeitsrechtlichen Fragen beauftragen wollen, was dieser mit Hinweis auf die Unmöglichkeit der Selbstkontrolle abgelehnt habe. Der vorläufige Gläubigerausschuss habe daraufhin der Bearbeitung der arbeitsrechtlichen Angelegenheiten durch den vorläufigen Sachwalter einstimmig ausdrücklich zugestimmt. Dies habe den Zielen des ESUG und den Gläubigerinteressen entsprochen. Gerade bei notwendigem Personalabbau sei eine Aufgabenübertragung auf den vorläufigen Sachwalter praktisch von Nöten, denn dieser genieße infolge seiner Unabhängigkeit höheres Vertrauen.

30 Gleiches gelte für den geltend gemachten Tätigkeitsaufwand für die Kommunikation mit mehr als 500 Gläubigern. Auch insoweit liege keine unzulässige beratende, mitgestaltende Tätigkeit vor.

31 3. Die Beschwerdeentscheidung hält in einigen Punkten rechtlicher Prüfung nicht stand.

32 a) Die Vorinstanzen haben angenommen, dem vorläufigen Sachwalter stehe ein selbständig zu berechnender Vergütungsanspruch zu. Das ist unzutreffend. Der Sachwalter erhält, wenn er als vorläufiger Sachwalter tätig war, einen Zuschlag von 25 v.H. auf seine Vergütung, insgesamt also eine Regelvergütung von 85 v.H. der Vergütung nach § 2 Abs. 1 InsVV. Die Vergütung wird einheitlich festgesetzt. Zuvor kann der Sachwalter auf Antrag einen Vorschuss erhalten. Ein Vorschuss ist für die Tätigkeit als Sachwalter unter den Voraussetzungen des § 9 InsVV zu bewilligen, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf Antrag stets für die Zeit bis zur Eröffnung. Wird der Sachwalter ausgetauscht oder der vorläufige Sachwalter ausnahmsweise nicht auch zum Sachwalter bestellt, ist seine Vergütung bei Abschluss des Verfahrens anteilig festzusetzen. Die Feststellung einer abweichenden Berechnungsgrundlage erübrigt sich.

33 aa) Die Möglichkeit der Bestellung eines vorläufigen Sachverwalters ist durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2582) eingeführt worden. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass die Vorteile der Eigenverwaltung zuvor vielfach schon dadurch verloren gegangen seien, dass im Eröffnungsverfahren ein starker vorläufiger Verwalter eingesetzt worden sei, dem Schuldner also die Verfügungsmacht über das Unternehmen entzogen worden sei. Um eine solche Vorent-

scheidung gegen die Eigenverwaltung zu vermeiden, solle künftig allenfalls ein vorläufiger Sachwalter mit nur den Befugnissen bestellt werden, die auch dem endgültigen Sachwalter im eröffneten Verfahren zustehen (BT-Drucks. 17/5712, S. 39 rechte Spalte). Folgerichtig wurde hinsichtlich der Aufgaben und Befugnisse des vorläufigen Sachwalters in § 270a Abs. 1 Satz 2, § 270b Abs. 2 Satz 1 InsO auf die Bestimmungen über die Rechtsstellung und Mitwirkungsrechte des Sachwalters in §§ 274, 275 InsO verwiesen.

34 Durch das genannte Gesetz wurde in Art. 1 Nr. 5 in § 22a InsO die Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses vorgesehen. Außerdem wurden verschiedene vergütungsrechtliche Regelungen getroffen: Zum einen in Art. 1 Nr. 7 durch Einfügung eines neuen § 26a InsO zur Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters im nicht eröffneten Verfahren. Zum anderen in Art. 2 durch Änderung von § 17 InsVV, wo in einem neuen Absatz 2 die Vergütung der Mitglieder des durch dieses Gesetz neu geschaffenen vorläufigen Gläubigerausschusses geregelt wurde. Eine Regelung zur gesonderten Vergütung des vorläufigen Sachwalters wurde nicht vorgesehen.

35 Die Annahme, der Gesetzgeber habe die Notwendigkeit einer solchen Regelung übersehen oder vergessen, erscheint unter diesen Umständen wenig wahrscheinlich, weil er sich mit dessen Aufgaben intensiv befasst hatte. Außerdem hatte er auch im Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte vom 15. Juli 2013 (BGBl. I S. 2379) keinen Anlass gesehen, eine Regelung zur Vergütung des vorläufigen Sachwalters ergänzend zu treffen, obwohl dort in Art. 1 Nr. 12 (§ 63 InsO), 13 (§ 65 InsO), Art. 4 (Art. 103h EGInsO), Art. 5 (§§ 3, 11, 13, 17, 19 InsVV) und Art. 9 Satz 2 umfassend neue Regelungen zur Vergütung, insbesondere derjenigen des vorläufigen Insolvenzverwalters, vorgesehen worden sind. Wäre der Ge-

setzgeber davon ausgegangen, dass für den vorläufigen Sachwalter die Regelungen für den vorläufigen Verwalter ganz oder teilweise entsprechend anwendbar sein sollten, hätte es nahegelegen, dies spätestens bei der Neuregelung dieser Vorschriften klarzustellen oder zumindest zu thematisieren. Auch dies ist nicht geschehen. Dies spricht ebenfalls dafür, dass der Gesetzgeber davon ausging, die Vergütung des Sachwalters einschließlich derjenigen des vorläufigen Sachwalters sei bereits ausreichend geregelt, habe aber nichts mit der Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters zu tun.

36 bb) Der Senat hat deshalb mit Beschluss vom 21. Juli 2016 (IX ZB 70/14, ZIP 2016, 1592, zur Veröffentlichung vorgesehen in BGHZ) entschieden, dass § 12 InsVV auch für den vorläufigen Sachwalter anzuwenden ist. Eine zusätzliche entsprechende Anwendung zunächst von § 11 InsVV aF, später von § 63 Abs. 3 InsO nF, § 11 InsVV nF scheidet dagegen aus. Die Höhe der Vergütung für die Tätigkeit des vorläufigen Sachwalters kann allerdings nicht unverändert aus § 12 InsVV entnommen werden. Der Senat hat es für angemessen erachtet, die Vergütung des vorläufigen Sachwalters anteilig mit 25 v.H. der Vergütung des Insolvenzverwalters nach § 2 Abs. 1 InsVV zu bemessen. Dem möglichen Mehraufwand des vorläufigen Sachwalters im Schutzschirmverfahren ist gegebenenfalls durch einen Zuschlag Rechnung zu tragen.

37 Abweichungen, was die Feststellung der Berechnungsgrundlage betrifft, sind nicht erforderlich. Sie ist mit derjenigen des endgültigen Sachwalters identisch. Diese bestimmt sich gemäß § 10 InsVV grundsätzlich nach den Bestimmungen für den Insolvenzverwalter in § 1 InsVV. Der zahlreichen aus § 11 Abs. 1, 3, 4 InsVV nF, § 63 Abs. 3 Sätze 1 bis 3 InsO nF folgenden Abweichungen bedarf es ebenso wenig wie der Korrekturmöglichkeit nach § 63 Abs. 3 Satz 4 InsO nF, § 11 Abs. 2 InsVV nF.

38 Die Anwendung der allgemeinen Vergütungsgrundsätze und des § 12 InsVV machen es nicht erforderlich, dem vorläufigen Sachwalter einen gesondert festzusetzenden Anspruch zuzubilligen, wenn er - wie dies in aller Regel geschieht - auch zum endgültigen Sachwalter bestellt worden ist. Dann wird seine Vergütung als vorläufiger Sachwalter mit der Vergütung des (endgültigen) Sachwalters gemäß § 64 Abs. 1 InsO, § 8 InsVV durch einen Zuschlag von 25 v.H. zur Vergütung des endgültigen Sachwalters festgesetzt. Hinzu kommen gegebenenfalls auch hinsichtlich der Tätigkeit des vorläufigen Sachwalters Zu- und Abschläge, die wegen der einheitlichen Berechnungsgrundlage in gleicher Weise wie beim Sachwalter berechnet werden können. Ob die zuschlagsbegründende Tätigkeit in der Zeit der vorläufigen Sachwaltung oder im eröffneten Verfahren erbracht wurde, ist unerheblich. Dasselbe gilt, wenn sie teils im Eröffnungsverfahren, teils danach erbracht wurde.

39 Bis zur Festsetzung der Vergütung des Sachwalters kann bei längerer Dauer des Verfahrens jederzeit gemäß §§ 10, 9 InsVV ein Vorschuss beantragt und bewilligt werden. Diesen kann zwar der (vorläufige) Sachwalter, wenn er sich nicht die Kontoführung nach § 275 Abs. 2 InsO vorbehalten hat (vgl. Stephan/Riedel, InsVV, § 12 Rn. 19), nicht selbst der Masse entnehmen (vgl. § 9 InsVV). Der eigenverwaltende Schuldner muss ihn aber auszahlen. Wird der vorläufige Sachwalter oder der endgültige Sachwalter vorzeitig abgelöst, bemisst sich seine Vergütung anteilig. Wird das Verfahren nicht eröffnet, ist § 26a InsO analog anzuwenden. Wird der vorläufige Sachwalter ausnahmsweise nicht als endgültiger Sachwalter bestellt, hat er Anspruch auf anteilige Vergütung, hier für seine Tätigkeit bis zur Eröffnung. § 9 InsVV ist so auszulegen, dass der vorläufige Sachwalter bei Eröffnung in jedem Fall einen Vorschuss beanspruchen kann, ohne dass es auf einen Zeitablauf von sechs Monaten ankommt.

40 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Beschluss des Senats vom 21. Juli 2016 (IX ZB 70/14, aaO Rn. 28 ff) verwiesen.

41 b) Wie das Beschwerdegericht zutreffend gesehen hat, sind auf die Regelvergütung des vorläufigen Sachwalters nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalles Zu- und Abschläge vorzunehmen. Maßgebend ist hierfür, soweit einschlägig, der über § 10 InsVV entsprechend anwendbare § 3 InsVV (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Juli 2016, aaO Rn. 55 ff).

42 Maßgebliches Kriterium für die Gewährung von Zu- und Abschlägen ist der im Verhältnis zu den in jedem Verfahren zu erfüllenden gesetzlichen Aufgaben des (vorläufigen) Sachwalters gestiegene oder geminderte Arbeitsaufwand (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Mai 2006 - IX ZB 249/04, ZIP 2006, 1204 Rn. 11; vom 26. Februar 2015 - IX ZB 34/13, ZInsO 2015, 765 Rn. 7; st. Rspr.).

43 aa) Das die Vergütung festsetzende Gericht kann für einzelne Zu- und Abschlagstatbestände zunächst gesonderte Zu- und Abschläge ansetzen. Eine solche Vorgehensweise ist jedoch nicht zwingend erforderlich. Maßgebend ist für den Gesamtzuschlag oder Gesamtabschlag eine im Ergebnis angemessene Gesamtwürdigung. Dieser vorausgehen muss in jedem Fall eine genaue Überprüfung und Beurteilung aller in Frage kommenden Zu- und Abschlagstatbestände, insbesondere der vom (vorläufigen) Sachwalter beantragten Zuschläge (BGH, Beschluss vom 11. Mai 2006 aaO; st. Rspr.). Die Überprüfung und ihr Ergebnis hat in der Begründung der Vergütungsfestsetzung entsprechenden Ausdruck zu finden. Auf die Gesamtwürdigung kann schon deshalb nicht verzichtet werden, weil sich viele in Betracht kommende Zu- und Abschlagstatbe-

stände überschneiden (BGH, Beschluss vom 11. Mai 2006, aaO Rn. 12; st. Rspr.; a.A. Keller, NZI 2016, 211, 213).

44 (1) Zuzuerkennende Zuschläge erhöhen den Regelbruchteil um den Vomhundertsatz, der als Zuschlag gewährt wird (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2003 - IX ZB 50/03, WM 2004, 585 ff; vom 27. September 2012 - IX ZB 243/11, ZInsO 2013, 840 Rn. 13 mwN; st. Rspr.). Belasten erschwerende Zustände den vorläufigen Sachwalter in gleicher Weise, wie sie den endgültigen Sachwalter beschweren würden, wenn erst er diese Aufgabe hätte wahrnehmen müssen, sind die deswegen zu gewährenden Zuschläge, da die Berechnungsgrundlage übereinstimmt, in gleicher Höhe zu gewähren (vgl. BGH, Beschluss vom 4. November 2004 - IX ZB 52/04, ZIP 2004, 2448; vom 1. März 2007 - IX ZB 277/05, ZInsO 2010, 1855 Rn. 12).

45 (2) Eine Bindung an Faustregeltabellen besteht nicht (BGH, Beschluss vom 1. März 2007, aaO Rn. 7; vom 22. März 2007 - IX ZB 201/05, ZinsO 2007, 370; st. Rspr.). Entscheidungen anderer Gerichte in vergleichbaren Fällen können aber eine Orientierungshilfe bieten (BGH, Beschluss vom 1. März 2007, aaO).

46 (3) Die Bemessung der Zu- und Abschläge ist auch beim (vorläufigen) Sachwalter Aufgabe des Tatrichters. In der Rechtsbeschwerdeinstanz ist die Bemessung nur daraufhin zu überprüfen, ob sie die Gefahr der Verschiebung von Maßstäben mit sich bringt (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Beschluss vom 14. Februar 2008 - IX ZB 181/04, ZIP 2008, 618 Rn. 3; vom 9. Oktober 2008 - IX ZB 292/04, ZInsO 2008, 1264 Rn. 3; vom 26. Februar 2015 - IX ZB 34/13, ZInsO 2015, 765 Rn. 6).

47 (4) Zu vergüten sind alle Tätigkeiten, die dem (vorläufigen) Sachwalter vom Gesetz selbst oder vom Insolvenzgericht oder den Verfahrensbeteiligten in gesetzlicher Weise wirksam übertragen worden sind. Aufgaben, die der (vorläufige) Sachwalter in Überschreitung seiner ihm gesetzlich zukommenden Aufgaben ausgeübt hat, sind nicht gesetzlich zu vergüten. Der (vorläufige) Sachwalter kann seine Aufgaben nicht eigenmächtig in zu Lasten der Masse vergütungspflichtiger Weise erweitern (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Juni 2005 - IX ZB 264/03, ZIP 2005, 1372 f; vom 12. Januar 2006 - IX ZB 127/04, ZIP 2006, 672, 674).

48 Zum Ganzen wird verwiesen auf die Ausführungen des Senats im Beschluss vom 21. Juli 2016 (IX ZB 70/14, aaO Rn. 56 ff).

49 bb) Die Beurteilung der einzelnen Zu- und Abschlagstatbestände durch das Beschwerdegericht hält danach der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand:

50 (1) Den Umstand, dass der vorläufige Sachwalter zwei andere Rechtsanwälte zur Wahrnehmung seiner eigenen Aufgaben als vorläufiger Sachwalter eingesetzt hat, rechtfertigt aus den zutreffenden Gründen des Beschwerdegerichts keinen Zuschlag.

51 (2) Hinsichtlich der Unternehmensgröße hat das Beschwerdegericht zutreffend einen Zuschlag versagt, weil sich diese insbesondere bereits in dem Vermögen, dem Umsatz und dem Gewinn und somit der Berechnungsgrundlage widerspiegelt.

52 (3) Die Versagung eines Zuschlags wegen der Unternehmensfortführung in der Zeit der vorläufigen Sachwaltung ist teilweise rechtsfehlerhaft.

53 Richtig ist allerdings die Annahme, dass die Unternehmensfortführung für das Eröffnungsverfahren bei beantragter Eigenverwaltung typisch ist und den gesetzlichen Regelfall prägt. Das wird von der Rechtsbeschwerde auch nicht in Frage gestellt. Bei Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters ist das Unternehmen, das der Schuldner betreibt, allerdings gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO in der Regel ebenfalls vorerst fortzuführen. Das gilt aber nur, wenn überhaupt ein Unternehmen vorhanden und dieses noch werbend tätig ist. Das ist in Verfahren, in denen keine Eigenverwaltung beantragt wird, nicht der Regelfall.

54 Jedenfalls ist auf die Vergütung des Sachwalters wie des vorläufigen Sachwalters gemäß § 10 InsVV die Vorschrift des § 3 InsVV entsprechend anwendbar, der in Absatz 1 Buchst. b bei Unternehmensfortführung regelmäßig einen Zuschlag vorsieht, wenn die Masse nicht entsprechend größer geworden ist. Der vorläufige Sachwalter wie der endgültige Sachwalter führen freilich das Unternehmen nicht selbst fort, sondern haben die Fortführung durch den Schuldner gemäß § 274 Abs. 2 InsO lediglich zu überwachen. Nicht anders ist es aber bei dem schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter, der bei Betriebsfortführung während des Eröffnungsverfahrens grundsätzlich einen Vergütungszuschlag erhält (BGH, Beschluss vom 13. April 2006 - IX ZB 158/05, ZIP 2006, 1008 Rn. 7; vom 26. April 2007 - IX ZB 160/06, ZIP 2007, 1330 Rn. 18; vom 9. Oktober 2008 - IX ZB 182/04, ZInsO 2008, 1265 Rn. 3). Denn die Begleitung der Unternehmensfortführung kann ähnlich aufwändig sein wie die Unternehmensfortführung selbst (vgl. BGH, Beschluss vom 13. April 2006, aaO).

55 Beim (vorläufigen) Sachwalter kann deshalb insoweit nichts anderes gelten, wenn die Überwachung der Betriebsfortführung seine Arbeitskraft in überdurchschnittlichem Umfang in Anspruch genommen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2003 - IX ZB 50/03, ZIP 2004, 518, 521). Das ist nicht der Fall, wenn der Schuldner in einem durchschnittlichen Verfahren die Überwachung und Kontrolle jederzeit ermöglicht, die Unterlagen und Daten aufbereitet und vollständig zur Verfügung stellt und jederzeit Auskunft gibt (vgl. Haarmeyer/ Mock, ZInsO 2016, 1, 6 f). Die Information von Kunden und Lieferanten gehört dabei nicht zu den Aufgaben des vorläufigen Sachwalters. Sie ist bei der Zuschlagsbemessung nicht berücksichtigungsfähig. Zu den Aufgaben des (vorläufigen) Sachwalters gehört bei der Unternehmensfortführung vor allem die Überwachung der Geschäftsführung, was die dauerhafte und umfassende Einbindung in den Prozess der Betriebsfortführung erfordert. Dazu gehört auch die Kontrolle der laufenden Bestellungen.

56 Das aktive Führen von Verhandlungen mit Kreditgebern wie hier der Sparkasse ist, was das Beschwerdegericht zutreffend gesehen hat, nicht Aufgabe des vorläufigen Sachwalters. Er hat sich auch hier auf Kontroll- und Überwachungsaufgaben zu beschränken, die er allerdings auch während laufender Vertragsverhandlungen ausüben und deshalb an diesen teilnehmen kann. Er darf jedoch nicht als Vertreter des Schuldners oder als dessen Wortführer auftreten.

57 Die Entwicklung von Maßnahmen und Strategien hinsichtlich Umsatzsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen ist Aufgabe des Schuldners und seiner eigenen oder von ihm bereit zu stellenden Sanierungsexpertise. Der vorläufige Sachwalter hat auch insoweit nur Kontroll- und Überwachungsaufgaben.

58 Voraussetzung eines Zuschlags ist zudem, dass die Masse nicht entsprechend größer geworden ist. Nur wenn die Erhöhung der Vergütung durch Massemehrung aufgrund Fortführung des Unternehmens hinter dem Betrag zurück bleibt, der dem (vorläufigen) Sachwalter bei unveränderter Masse als Zuschlag gebühren würde, ist ihm ein diese Differenz in etwa ausgleichender Zuschlag zu gewähren (BGH, Beschluss vom 22. Februar 2007 - IX ZB 120/06, ZIP 2007, 826 Rn. 5; vom 13. November 2008 - IX ZB 141/07, ZInsO 2009, 55 Rn. 5; vom 7. Oktober 2010 - IX ZB 115/08, ZInsO 2010, 2409 Rn. 6; vom 12. Mai 2011 - IX ZB 143/08, ZIP 2011, 1373 Rn. 10; st. Rspr.). Dabei ist bei der Höhe des als Vergleichsmaßstab anzusetzenden Zuschlags ohne Massemehrung zu berücksichtigen, dass die Überwachungstätigkeit in ihren notwendigen Grundmaßnahmen zur Regeltätigkeit gehört. Der Zuschlag ist an dem geleisteten Mehraufwand zu messen und hat die Relation zur Regelvergütung des endgültigen Sachwalters auch in zeitlicher Hinsicht zu beachten. Der in der Zeit der Unternehmensfortführung erwirtschaftete Umsatz ist dagegen, entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts, allenfalls von ganz untergeordneter Bedeutung.

59 Bei der Frage, ob die Masse im Sinne des § 3 Abs. 1 Buchst. b InsVV nicht entsprechend größer geworden ist, ist gemäß § 10 InsVV, § 1 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 Buchst. b InsVV maßgebend, wonach bei der Berechnungsgrundlage nur der Überschuss anzusetzen ist, der bei der Unternehmensfortführung erzielt wurde (vgl. zum Ganzen BGH, Beschluss vom 21. Juli 2016 - IX ZB 70/14, aaO Rn. 64 ff).

60 (4) Konzernstrukturen und Auslandsbezug rechtfertigen, wie das Beschwerdegericht zutreffend gesehen hat, bei der hier vorliegenden erheblichen Unternehmensgröße, bei der dies dem Normalfall entspricht, als solches keinen

Zuschlag. Nicht zu beanstanden ist der zugebilligte Zuschlag wegen des über regelhafte Verfahren hinausgehenden Aufwandes. Zutreffend ist auch, dass die Entscheidung über das Fortbestehen ausländischer Tochtergesellschaften Aufgabe der Eigenverwaltung war. Auch insoweit kann bei einem über regelhafte Verfahren hinausgehenden Überwachungs- und Kontrollaufwand im Einzelfall ein Zuschlag gerechtfertigt sein.

61 (5) Den mit dem Zustimmungsvorbehalt in Nr. 9 des Beschlusses vom 30. September 2013 verbundenen Arbeitsmehraufwand hat das Beschwerdegericht ungeachtet der Frage der Rechtmäßigkeit dieser Anordnung, die der vorläufige Sachwalter unterstellen durfte (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Juni 2005 - IX ZB 264/03, ZIP 2005, 1372, 1373; vom 12. Januar 2006 - IX ZB 127/04, ZIP 2006, 672, 674), zutreffend als zuschlagsverpflichtend angesehen. Bei der Höhe des hierfür anzusetzenden Zuschlags ist zu berücksichtigen, dass auch insoweit lediglich Kontroll- und Überwachungsfunktionen ausgeübt werden, die Geschäftsführung selbst aber bei der Eigenverwaltung liegt. Diese Aufgabe des (vorläufigen) Sachwalters gehört nicht zu den in der Insolvenzordnung vorgesehenen Regelaufgaben. Sie gehört aber im weitesten Sinne zur Unternehmensfortführung. Auch dies zeigt, dass für die Unternehmensfortführung ein Zuschlag gerechtfertigt sein kann, im vorliegenden Fall auch tatsächlich geboten ist (BGH, Beschluss vom 21. Juli 2016 - IX ZB 70/14, aaO Rn. 70).

62 (6) Für die Bemühungen um die Sanierung hat das Beschwerdegericht zu Unrecht einen Zuschlag versagt. Allerdings gehört es nicht zu den Aufgaben des vorläufigen Sachwalters, in eigener Zuständigkeit ein Sanierungskonzept zu erarbeiten und M & A-Prozesse anzustoßen. Es ist auch nicht Aufgabe des vorläufigen Sachwalters, aus eigener Zuständigkeit als Alternative zum M & A-Prozess einen Insolvenzplan zu erarbeiten.

63 Die von der Eigenverwaltung ausgearbeiteten Szenarien zur Fortführung des Geschäftsbetriebs hatte der vorläufige Sachwalter aber auf ihre Durchführbarkeit und die Auswirkungen auf die Quotenerwartung der Gläubiger zu überprüfen. Es war seine Aufgabe, Planungen der Eigenverwaltung im Rahmen seiner Kontrolle zu plausibilisieren und abzuwägen.

64 Der (vorläufige) Sachwalter hat die Eigenverwaltung des Schuldners im Rahmen seiner Überwachungs- und Kontrolltätigkeit entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts beratend zu begleiten. Dies ist nicht dahin zu verstehen, dass er anstelle der Eigenverwaltung den Sanierungsprozess lenken darf. Er darf sich aber umgekehrt nicht darauf beschränken, von der Eigenverwaltung vorgelegte und abgeschlossen erarbeitete Konzepte nachträglich zu billigen oder im Rahmen seiner Überwachungstätigkeit zu verwerfen. Eine solche Vorgehensweise würde dem Sanierungsprozess schwerwiegend schaden. Er muss vielmehr beratend in dem Sinne tätig werden, dass er sich rechtzeitig in die Erarbeitung der Konzepte einbinden lässt und rechtzeitig zu erkennen gibt, welche erwogenen Maßnahmen nach seiner Auffassung möglich und welche Wege gangbar sind (BGH, Beschluss vom 21. Juli 2016 - IX ZB 70/14, aaO Rn. 73). Die Überwachungsaufgabe kann nicht nachlaufend wahrgenommen werden. Das wäre mit dem Sanierungszweck und der Eilbedürftigkeit des Verfahrens unvereinbar. Die Überwachungsfunktion hat vielmehr zukunftsorientiert zu erfolgen.

65 Der Umfang der zulässigen Beratungstätigkeit ist bei der Höhe des Zuschlags angemessen zu berücksichtigen.

66 (7) Eine hohe Zahl von Mitarbeitern im Unternehmen kann einen Zuschlag rechtfertigen, wenn damit ungewöhnlicher, über das Übliche hinausgehende Arbeitsaufwand in der Überwachungstätigkeit verbunden war. Allerdings kann auch dieser Aufwand schon im Rahmen des Zuschlagstatbestandes der Unternehmensfortführung berücksichtigt werden.

67 Solchen Aufwand hat das Beschwerdegericht hier nicht festgestellt. Zutreffend hat es gesehen, dass die Information der Mitarbeiter, aber auch die Abhaltung von Mitarbeiterversammlungen oder das Entwerfen und Versenden von Informationsschreiben an die Mitarbeiter nicht Aufgabe des vorläufigen Sachwalters ist. Er hat auch insoweit lediglich Überwachungsaufgaben.

68 (8) Zutreffend hat das Beschwerdegericht gesehen, dass der vorläufige Sachwalter einen Zuschlag verlangen kann, weil er den Zahlungsverkehr nach § 275 Abs. 2 InsO und Nr. 6 des Beschlusses vom 16. Juli 2013 an sich gezogen und die Verantwortung hierfür im Rahmen der Unternehmensfortführung übernommen hat. Auch dies ist allerdings Teil der Unternehmensfortführung. Es kann schon in dem hierfür zu gewährenden Zuschlag mitberücksichtigt werden.

69 (9) Für die Zusammenarbeit mit dem eingesetzten vorläufigen Gläubigerausschuss und dem dadurch erforderlich gewordenen zusätzlichen Arbeitsaufwand für Kommunikation und Abstimmung hat das Beschwerdegericht zutreffend einen Zuschlag für gerechtfertigt gehalten. Ein vorläufiger Gläubigerausschuss nach § 22a InsO muss nicht in allen Verfahren bestellt werden. Ist er bestellt, verursacht er dem vorläufigen Sachwalter Mehraufwand. Andererseits vermag er auch den vorläufigen Sachwalter zu entlasten, weil er seinerseits Überwachungsfunktionen gemäß § 69 InsO und Aufgaben insbesondere nach §§ 56a, 270 Abs. 3 InsO und im - hier allerdings nicht einschlägigen - Schutz-

schirmverfahren nach § 270b Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 InsO hat (vgl. Haarmeyer/ Mock, ZInsO 2016, 1, 6). Ein möglicher Zuschlag wird deshalb einen nur geringen Umfang haben.

70 (10) Zu Recht hat das Beschwerdegericht die Unterstützung (im Sinne einer begleitenden Kontrolle) und Überwachung bei der Vorfinanzierung der Löhne und Gehälter durch den vorläufigen Sachwalter für zuschlagswürdig angesehen, weil diese nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts erheblich über das übliche Maß hinausgegangen sind. Auch dieser Umstand kann wiederum schon bei einem Zuschlag für die Begleitung und Überwachung der Unternehmensfortführung berücksichtigt werden.

71 (11) Die Übernahme arbeitsrechtlicher Sonderaufgaben durch den vorläufigen Sachwalter, insbesondere das Führen unter anderem von Verhandlungen mit Gewerkschaften und Betriebsrat und die Überarbeitung und Anpassung des Sanierungskonzeptes der Insolvenzschuldnerin unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten ist, wie das Beschwerdegericht zutreffend gesehen hat, nicht zuschlagsfähig, weil damit der vorläufige Sachwalter seine gesetzlichen Aufgaben der Überwachung und Kontrolle einschließlich Beratung in dem oben erläuterten Sinne überschritten hat. Die gesetzlichen Aufgaben des vorläufigen Sachwalters konnten insoweit auch nicht auf Wunsch der Eigenverwaltung mit ausdrücklicher Zustimmung oder Auftragserteilung durch den vorläufigen Gläubigerausschuss erweitert werden.

72 (a) Mit Recht hat der vorläufige Sachwalter den ursprünglich von der Schuldnerin beabsichtigten Auftrag an ihn (oder seine Kanzlei), diese Aufgaben entgeltlich für sie zu erledigen, abgelehnt. Ein solcher Vertrag wäre nichtig gewesen. Das ergibt sich aus § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO und der Insolvenzzweck-

widrigkeit derartiger Verträge (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Juli 2016 - IX ZB 31/14, ZIP 2016, 1543 Rn. 26 ff; Vill, ZInsO 2015, 2245 ff).

73 (b) Die Insolvenzordnung sieht nicht vor, dass der vorläufige Sachwalter weitere Aufgaben aus eigener Kompetenz an sich ziehen oder dass ihm über das Gesetz hinaus weitere Aufgaben übertragen werden können. Die §§ 270a und 270b InsO verweisen lediglich auf §§ 274, 275 InsO, nicht einmal auf weitere Aufgaben des endgültigen Sachwalters. Dies beruht allerdings im Wesentlichen darauf, dass diese Aufgaben erst im eröffneten Verfahren anfallen, etwa die Führung der Insolvenztabelle (§ 270c Satz 2 InsO), Fragen der Erfüllungswahl nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 279 InsO) und die Geltendmachung von Ansprüchen, die erst mit der Eröffnung entstehen (§ 280 InsO). Auch die §§ 277, 281 bis 285 InsO betreffen das eröffnete Verfahren.

74 Im Eröffnungsverfahren kann allerdings das Insolvenzgericht Anordnungen treffen. Eine solche ist hier, was die Wahrnehmung der arbeitsrechtlichen Sonderaufgaben und die Erstellung des Insolvenzplans betrifft, nicht erfolgt. Die Zulässigkeit des Umfangs solcher Anordnungen kann daher dahinstehen.

75 (12) § 284 InsO sieht vor, dass dem Sachwalter von der Gläubigerversammlung eine gesonderte Aufgabe übertragen wird, nämlich die Ausarbeitung eines Insolvenzplans, für die der Sachwalter, anders als der Insolvenzverwalter nach § 218 Abs. 1 InsO, kein eigenes Initiativrecht hat. Diese Möglichkeit kam auf Vorschlag des Rechtsausschusses des Bundestages in das Gesetz (BT-Drucks. 12/7302, S. 122, 186). An sich obliegt bei der Eigenverwaltung diese Aufgabe allein dem Schuldner.

76 (a) Die entsprechende Anwendung des § 284 InsO ist zwar in §§ 270a, 270b InsO für den vorläufigen Sachwalter nicht vorgesehen. Auch gibt es im Eröffnungsverfahren noch keine Gläubigerversammlung. Andererseits ist es im Regelfall gerade für eine Sanierung in Eigenverwaltung erforderlich, einen Insolvenzplan schon im Eröffnungsverfahren zu erarbeiten, wovon § 270b InsO im Schutzschirmverfahren zwingend ausgeht. Die Erarbeitung ist in der Eigenverwaltung auch im Eröffnungsverfahren allein Aufgabe des Schuldners.

77 Der Senat hält es aber in entsprechender Anwendung des § 284 Abs. 1 Satz 1 InsO für zulässig, dass der vorläufige Sachwalter wirksam beauftragt wird, einen Insolvenzplan zu erarbeiten. Da der Schuldner in seinen Rechten in der Eigenverwaltung nicht beeinträchtigt werden darf, ist hierfür stets die Zustimmung des Schuldners erforderlich, außerdem der ausdrückliche Auftrag des vorläufigen Gläubigerausschusses. Dieser tritt hier zur Wahrnehmung der Belange der Gläubiger an die Stelle der noch nicht existierenden Gläubigerversammlung. Die so übertragene Aufgabe ist eine solche des vorläufigen Sachwalters, die er in Ausübung seines Amtes wahrnimmt. Die Tätigkeit ist aus der Masse mit einem Zuschlag zu vergüten.

78 (b) Ein solcher Auftrag ist dem vorläufigen Sachwalter hier allerdings nicht erteilt worden. Seine Tätigkeit hatte sich deshalb insoweit auf eine Überwachung, Kontrolle und begleitende Beratung der Eigenverwaltung zu beschränken.

79 (c) Für die Zulässigkeit einer weitergehenden Übertragung von Aufgaben der Eigenverwaltung auf den vorläufigen Sachwalter bietet die Insolvenzordnung keine Grundlage. Das gilt insbesondere für die hier vorgenommene Übertragung arbeitsrechtlicher Sonderaufgaben. Der vorläufige Sachwalter hatte

sich deshalb auf seine gesetzlichen Aufgaben zu beschränken. Eine Erweiterung der Aufgaben, wie sie in der Praxis von den (vorläufigen) Sachwaltern häufig als notwendig bezeichnet wird, wäre Aufgabe des Gesetzgebers. Sie kann nicht im Wege der Rechtsfortbildung vorgenommen werden, für die es an den erforderlichen Grundlagen fehlt.

80 (13) Die Kommunikation mit den Gläubigern rechtfertigt grundsätzlich keinen Zuschlag, sie ist Aufgabe der Eigenverwaltung, zumal die Zahl der Gläubiger hier nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts der Größe des Unternehmens entsprach. Die Abfassung von Schreiben an die Gläubiger ist ebenfalls nicht Aufgabe des vorläufigen Sachwalters, wohl aber kann er diese Schreiben prüfen und im Rahmen seiner Überwachungsaufgaben Änderungen anregen oder den Schuldner im Rahmen seiner Aufgaben beraten. Die Kontrollaufgaben in diesem Bereich rechtfertigen einen Zuschlag nur bei außergewöhnlichem Zusatzaufwand, der für ein Verfahren dieser Größe nicht erwartbar war. Die Begründung des Beschwerdegerichts, eine beratende Tätigkeit des vorläufigen Sachwalters sei nicht erlaubt, trägt die Ablehnung des Zuschlags in dieser Form dagegen nicht. Eine Beratung ist in dem oben dargelegten Umfang möglich und erforderlich.

81 (14) Bedenken bestehen, soweit das Landgericht dem Amtsgericht folgend einen Abschlag für gerechtfertigt anerkannt hat, weil die Schuldnerin einen Rechtsanwalt mit insolvenzrechtlicher Expertise hinzugezogen hatte, der für den vorläufigen Sachwalter eine Arbeitserleichterung begründet habe. Zwar hatte der vorläufige Sachwalter selbst einen solchen Abzug vorgeschlagen. Dieser ist aber nicht gerechtfertigt. Die Eigenverwaltung setzt eine insolvenzrechtliche Expertise des Schuldners voraus. Ob der Schuldner oder seine Geschäftsführung sich diese Expertise selbst verschaffen oder zu diesem Zweck

einen Berater beschäftigen, ist unerheblich (im Ergebnis ebenso Graeber/ Graeber, InsVV, 2. Aufl. § 12 Rn. 17; Prasser in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2015, § 12 InsVV Rn. 31). Bei der Bemessung der Zuschläge ist stets eine solche Expertise der Eigenverwaltung zugrunde zu legen. Auch deshalb und im Hinblick auf die Beschränkung der Tätigkeit auf Prüfungs- und Überwachungsaufgaben müssen Zuschläge in der (vorläufigen) Eigenverwaltung in der Regel deutlich geringer ausfallen als im Regelinsolvenzverfahren (BGH, Beschluss vom 21. Juli 2016 - IX ZB 70/14, aaO Rn. 81).

III.

82 Die Entscheidungen des Beschwerdegerichts und des Insolvenzgerichts können damit keinen Bestand haben, soweit sie zum Nachteil des vorläufigen Sachwalters dessen weitergehenden Vergütungsantrag abgewiesen haben. Soweit sie ihm stattgegeben haben, steht das Verschlechterungsverbot einer Aufhebung entgegen. Die Sache ist zur erneuten Entscheidung zurückzuverweisen (§ 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO). Dabei macht der Senat von der Möglichkeit Gebrauch, das Insolvenzgericht erneut mit der Sache zu befassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. Juni 2014 - IX ZB 87/13, WM 2014, 1432 Rn. 16).

83 Der weitergehende Antrag auf Festsetzung der Vergütung wird mangels Entscheidungsreife als derzeit unbegründet zurückzuweisen sein, wenn das Insolvenzverfahren noch nicht abgeschlossen ist. In diesem Fall ist dem weiteren Beteiligten aber bei entsprechender Antragsumstellung ein gegebenenfalls ergänzender Vorschuss zu gewähren bis zur Höhe der voraussichtlichen anteiligen Vergütung für seine Tätigkeit als vorläufiger Sachwalter. Ist das Verfahren bereits abgeschlossen, hat die weitere Festsetzung im Rahmen der Festset-

zung der Vergütung des (endgültigen) Sachwalters zu erfolgen. Ist diese bereits erfolgt, ist eine ergänzende Festsetzung unter Beachtung der dargelegten Maßstäbe durchzuführen. In diesem Fall kann die dort (zutreffend) festgestellte Berechnungsgrundlage übernommen werden, die anderenfalls nach den oben dargelegten Maßstäben erst festzustellen ist. Die Berechnungsgrundlage kann nicht, wie das Beschwerdegericht gemeint hat, als "unstreitig" behandelt werden, sondern ist von Amts wegen festzustellen, gegebenenfalls zu schätzen.

84 Für die Festsetzung der Auslagenpauschale ist § 12 Abs. 3 InsVV auch beim vorläufigen Sachwalter anzuwenden, wie die Vorinstanzen schon zutreffend angenommen haben (BGH, Beschluss vom 21. Juli 2016 - IX ZB 70/14, aaO Rn. 84).

Kayser Gehrlein Vill

Lohmann Schoppmeyer

Vorinstanzen:
AG Ravensburg, Entscheidung vom 29.07.2014 - 7 IN 384/13 -
LG Ravensburg, Entscheidung vom 24.09.2014 - 3 T 62/14 -