DeutscherAnwaltVerein

Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Insolvenzrecht

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zwangsverwalterverordnung

Stellungnahme Nr.: 72/2023 Berlin, im Oktober 2023

Mitglieder des Ausschusses

- RA Prof. Dr. Klaus Pannen, Hamburg (Vorsitzender)
- RA Kolja von Bismarck, München
- RAin Marie-Luise Graf-Schlicker, Berlin
- RA Kai Henning, Dortmund
- RA Dr. Christoph Morgen, Hamburg (stellvertretender Vorsitzender)
- RAin Dr. Wencke Mull, Köln
- RA Thomas Oberle, Mannheim
- RA Dr. Klaus Olbing, Berlin
- RAin Prof. Dr. Susanne Riedemann, Hamburg
- RAin Dr. Anne Deike Riewe, München
- RAin Dr. Ruth Rigol, Köln
- RAin Dr. Katrin Stohrer, Frankfurt a. M.

Als Gast hat mitgewirkt

- RA Peter Depré, Mannheim (Berichterstatter)

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- RAin Bettina Bachmann

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Verteiler

- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Wirtschaft und Klimaschutz des Deutschen Bundestages
- Landesjustizminister und -ministerinnen/Justizsenatoren und -senatorinnen der Länder
- Wirtschaftsminister und -ministerinnen/Wirtschaftssenatoren und -senatorinnen der Länder
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- AfD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion Die Linke im Deutschen Bundestag
- Bundesverband der Freien Berufe
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Juristinnenbund
- Bundessteuerberaterkammer
- Deutsche Steuerberaterverband e.V.
- Bundesnotarkammer, Berlin
- Deutscher Notarverein e. V.
- Wirtschaftsprüferkammer
- Deutscher Richterbund e. V.
- Neue Richtervereinigung e.V.
- Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.
- Gravenbrucher Kreis
- Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V.
- Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e.V./BAKinso
- Neue Insolvenzrechtsvereinigung Deutschlands e.V.
- TMA Deutschland
- Institut der Wirtschaftsprüfer Deutschland e. V.
- Distressed Ladies – Women in Restructuring e.V.
- Forum 270 – Qualität und Verantwortung in der Eigenverwaltung e. V.

- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des Forum Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein
- Insolvenzrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung des Deutschen Anwaltvereins

Presse

- Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins, Berlin
- Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl, Berlin
- ZRI – Zeitschrift für Restrukturierung und Insolvenz
- Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW
- Redaktion Zeitschrift für Wirtschaftsrecht / ZIP
- Redaktion InDat-Report
- Redaktion Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht / DZWIR
- Redaktion Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung / NZI
- Redaktion Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht / ZInsO
- Redaktion (Print) Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht / ZVI
- Redaktion (Internet) Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht / ZVI
- Redaktion Zeitschrift für Restrukturierung und Insolvenz / ZRI
- Redaktion Zeitschrift für die Insolvenzpraxis / InsbürO
- Redaktion FAZ
- Redaktion Süddeutsche Zeitung
- Redaktion Handelsblatt
- Redaktion dpa
- Redaktion SPIEGEL
- Redaktion Die Welt
- Redaktion taz
- Redaktion Focus
- Redaktion Business Insider

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt ca. 60.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

I. Vorbemerkung

Der Umstand, dass die Vergütung der Zwangsverwalter im Hinblick auf die allgemeine Preisentwicklung und die erheblich gestiegenen Kosten ihres Bürobetriebs, seit dem Inkrafttreten der Zwangsverwalterverordnung (ZwVwV) am 01.01.2004 nicht mehr geändert worden ist, nicht mehr kostendeckend ist, steht außer Frage.
Deshalb ist eine Anpassung der Vergütung durch eine Änderung der entsprechenden Vorschriften, also der Zwangsverwalterverordnung, zwingend.

II. Anmerkungen zu den vorgeschlagenen Änderungen

1. Änderung des § 18 ZwVwV

Da sich die Regelvergütung des § 18 ZwVwV nach dem eingezogenen Bruttobetrag der Mieten oder Pachten richtet und diese in etwa den gleichen Anstieg wie der Verbraucherindex zu verzeichnen hatten, so das stetig vorgetragene Argument, habe sich die bisherige Vergütung schon entsprechend erhöht bzw. sie erhöhe sich kontinuierlich (s. auch zur Begründung des Art. 1 auf S. 5 des Referentenentwurfs unter B.). Referenzwert ist dabei der Verbraucherindex, der allerdings nicht die erhöhte Komplexität der Zwangsverwalteraufgaben, verglichen mit der letzten Änderung zum 1.1.2004 abbildet, wie steuerliche Pflichten (siehe etwa BFH, IX B 79/18 und IX R 23/14), komplexer gewordene Nebenkostenabrechnungen mit Mietern insbesondere im Bereich der Wohnungsmiete, Pflichten im Zusammenhang mit (insbesondere kommenden) ökologischen Anforderungen im Hinblick auf Gebäude, differenziertere Mieterschutzvorschriften usw. Daher spricht Einiges

dafür, die Vergütung flexibler zu gestalten. Es empfiehlt sich aus diesem Grunde, § 18 Abs. 2 ZwVwV dahin zu ändern, dass der erhöhte Prozentsatz von 15% auf 20% heraufgesetzt wird. Ferner wird angeregt, in § 18 Abs. 3 S. 1 ZwVwV klarzustellen, dass die „verwaltete Bausumme“ sich aus den Bruttokosten der beauftragten Gewerke bzw. der Bausumme ergibt, die einem Generalunternehmer zu zahlen ist. Nicht immer kann aber ein Generalunternehmer beauftragt werden, der sämtliche Baumaßnahmen bis zur Fertigstellung auf sich vereint, sondern je nach Bautenstand einzelne Gewerke mit der Folge erhöhten Aufwandes des Zwangsverwalters.

Erzielt der Zwangsverwalter jedoch andere Einnahmen als aus Vermietung und Verpachtung (insbesondere aus Fortführung eines **grundstücksgebundenen** (Gewerbe-)Betriebs, s. Referentenentwurf S. 6 zu § 18 ZwVwV n.F.), war in der Rechtsprechung der Vollstreckungsgerichte lange streitig, ob hier § 18 ZwVwV **analog** angewendet werden konnte. Dem hat der BGH mit dem Beschluss zu V ZB 23/22 (vom 11.01.2023 WM 2023, 398 = MDR 2023, 390 = NJW-RR 2023, 486) widersprochen. In seiner Begründung hat der Senat argumentiert, dass eine planwidrige Regelungslücke – die Voraussetzung jeder Analogie – nicht vorliege, da der Verordnungsgeber bei der Regelung der Vergütung des Zwangsverwalters anders als bei der Vergütung des Insolvenzverwalters gerade nicht an einen bestimmten Prozentsatz einer der Verwaltung unterliegenden Vermögensmasse anknüpfe. Diese Entscheidung des Verordnungsgebers sei zu respektieren und könne nicht im Wege der Analogie, sondern nur durch den Verordnungsgeber selbst geändert werden.
Dieses Ziel will der Verordnungsgeber nun mit der Einfügung eines neuen Abs. 4 in § 18 ZwVwV erreichen, u.a. mit dem Ziel eines Anreizes für den Zwangsverwalter, eben solche Einnahmen außerhalb von Miete und Pacht zu erzielen. Damit gibt er freilich (nachträglich) zu, dass hier tatsächlich eine Regelungslücke vorlag und deshalb die frühere Mindermeinung völlig zutreffend war. Solche Einnahmen bestehen typischer Weise, wenn der Zwangsverwalter (in Ausnahmefällen) einen „grundstücksbezogenen“ Betrieb fortführt, wie das nicht ganz selten schon lange praktiziert wird und in der Rechtsprechung Zustimmung erfahren hat. Beispiel ist aktuell der Betrieb einer Anlage erneuerbarer Energien auf dem im Rahmen der Zwangsverwaltung beschlagnahmten Grundbesitz. Dabei kann die Einnahme aus

der Energieerzeugungsanlage die gesamten Einnahmen der Zwangsverwaltung ausmachen oder auch nur einen Teil, während weitere Teile vermietet oder verpachtet sind. Ein weiteres Beispiel ist die Fortführung eines Hotelbetriebs des Vollstreckungsschuldners durch den Zwangsverwalter (s. BGH, Beschl. v. 14.4.2005 – V ZB 16/05, BGHZ 163, 9 ff.).
Im Ergebnis ist die vorgesehene „Klarstellung“ zu begrüßen.

2. Änderung des § 19 ZwVwV

§ 19 regelt die Vergütung nach Zeitaufwand. Der Stundensatz ist unter Berücksichtigung der Schwierigkeit der Aufgabe des Verwalters festzusetzen, wobei für den Abrechnungszeitraum ein einheitlicher Stundensatz zu berücksichtigen ist. Die Zwangsverwalterverordnung (2004) sieht hierfür als Eckpunkte einen Mindeststundensatz von 35 € und einen Höchststundensatz von 95 € vor.
Dass diese schon viele Jahre nicht mehr zeitgemäß sind, liegt auf der Hand. In diesem Kontext darf nur an Vergütungen von Handwerkerbetrieben erinnert werden, bei denen Stundensätze von 60 € eine Untergrenze darstellen, die abhängig von der Branche häufig deutlich darüber liegen.
Der Entwurf sieht einen neuen **Mindeststundensatz** von 50 € vor. Die Erhöhung von 35 € auf 50 € wird mit dem Anstieg der Bruttolöhne und -gehälter begründet. Diese ist mit 43 % (= Steigerung von 2004 bis 2022) anhand der amtlichen Statistik ermittelt worden. Die Begründung überzeugt gleichwohl nicht vollends (s. Referentenentwurf S. 6, zu Nr. 2 § 19 ZwVwV n.F.).
Die Erhöhung des Höchststundensatzes von 95 € auf 250 €, die auf den ersten Anschein hin doch recht deutlich ausfällt, ist grundsätzlich zu begrüßen.
Nach dem Entwurf soll sich dieser Höchststundensatz an den Stundensätzen eines Fachanwalts orientieren, weil überwiegend Rechtsanwälte zu Zwangsverwaltern bestellt würden. Nach dem Ergebnisbericht STAR-Erhebung 2020 der Bundesrechtsanwaltskammer (Abb. 8.2.29, s. https://www.brak.de/fileadmin/04_fuer_journalisten/star-2020/star2020_ergebnisbericht_02-2021.pdf, Abruf: 4.10.2023) lagen die Stundensätze der Fachanwälte bei Abrechnung nach Zeitaufwand zwischen 170 € und 258 €, der Regelstundensatz betrug 213 € (s. den Referentenentwurf, S. 6). Zu

beachten ist dabei aber, dass die STAR-Umfrage auf Zahlen des Jahres 2018 beruht, also fünf Jahre alt ist und keineswegs mehr die Zahlen des Jahres 2023 und erst recht nicht des Jahres 2024 bei dem geplanten Inkrafttreten der Verordnung betrifft mit den Kosten- und Preisentwicklungen der letzten Jahre. Mit der höheren Anpassung des Höchststundensatzes ist nach dem Entwurf keine Vorgabe verbunden, künftig den Mittelwert aus Mindest- und Höchststundensatz als Vergütung für durchschnittliche Verfahren festzusetzen. Vielmehr soll dem Gericht die Möglichkeit gegeben werden, in Einzelfällen für den spezialisierten Zwangsverwalter eine angemessene Vergütung festzusetzen.

Um die Flexibilität sachgerecht zu vergrößern, sollten analog § 81 Abs. 3 S. 2 StaRUG (Vergütung des Restrukturierungsbeauftragten) 350 € als Höchststundensatz für die persönliche Tätigkeit des Zwangsverwalters eingeführt werden, dessen Funktion und Haftungsrisiken eher noch die Aufgaben des Restrukturierungsbeauftragten übersteigen.

Die vorliegende Begründung des Höchstvergütungssatzes in dem Referentenentwurf birgt zwei Problemfelder in sich:

a) Nach der noch geltenden Regelung ist der rechnerische Mittelwert 65 €. Nach der bisherigen Rechtsprechung wurden die Zwangsverwaltungstätigkeiten wie folgt eingeteilt:

- unterdurchschnittlich schwierig,
- durchschnittlich schwierig,
- überdurchschnittlich schwierig.

Diese Differenzierung ist überzeugend, da die Abgrenzung nach Schwierigkeitsgraden die Vergütungsentscheidungen praktikabel und justiziabel macht; sie ermöglicht zudem eine erleichterte Fallgruppenbildung (von Untergruppen) und trägt hierdurch zur Einheitlichkeit der Vergütungsrechtsprechung bei.

Bei durchschnittlichen Angelegenheiten wurden meistens – und zutreffend – höhere Stundensätze als der rechnerische Mittelwert angenommen bzw. festgesetzt (vgl. hierzu u.a. Depré, Die Zeitvergütung in der Zwangsverwaltung, ZfIR 2008, 49 ff.). Dies wurde regelmäßig damit begründet, dass der rechnerische Mittelwert **nicht** zu einer **angemessenen** Vergütung führe.

Diese Begründung, welche zu einer Erhöhung des rechnerischen Mittelwertes führte, mag bei einem neuen rechnerischen Mittelwert von 150 €/Stunde nicht mehr uneingeschränkt als zutreffend betrachtet werden. Dies sieht offenbar auch der Verordnungsgeber so (s. o.).

In der Praxis der Vergütungsfestsetzung sieht dies aller Voraussicht nach dann aber wahrscheinlich anders aus, da die Differenzierung nach Schwierigkeitsgraden schlüssig ist.

b) Mit Beschluss vom 15.03.2007 hat sich der BGH (V ZB 117/06, ZfIR 2008,72) mit der Frage befasst, ob bzw. inwieweit die Höhe des Stundensatzes von der **persönlichen Qualifikation** des Zwangsverwalters (mit) abhängt. Er kam zu dem zutreffenden Ergebnis, dass der Stundensatz grundsätzlich unabhängig von der persönlichen Qualifikation des Zwangsverwalters sei. Die berufliche Qualifikation sei nur dann relevant, wenn das Anforderungsprofil der konkreten Zwangsverwaltung diesen Einsatz erfordere (also nicht bei einem durchschnittlich schwierigen Verfahren). Zu Einzelheiten wird auf Depré, Die Zeitvergütung in der Zwangsverwaltung, ZfIR 2008, 49 ff. verwiesen. Die Vergütung ist, zusammengefasst, also nicht „qualifikationsbezogen“ an dem Beruf, der Berufsausbildung oder den akademischen Graden sowie der Weiterbildung des Zwangsverwalters zu orientieren, sondern an den zu erwartenden Anforderungen der konkreten Zwangsverwaltungssache und den im Einzelfall tatsächlich gestellten Aufgaben. Selbstverständlich ist es damit umgekehrt richtig, dass die Qualifikation des Zwangsverwalters maßgeblich für die Bestellung im konkreten Fall ist, also sich nach dem bei der Bestellung vermuteten Schwierigkeitsgrad richtet. Der Zwangsverwalter einer einzelnen vermieteten Eigentumswohnung ohne erkennbare Schwierigkeiten bedarf anderer Qualifikationen als der Zwangsverwalter, der voraussichtlich einen

Schuldnerbetrieb in einer sanierungsbedürftigen Immobilie fortführt oder der Zwangsverwalter, der eine im „veredelten“ Rohbau stecken gebliebene zur Vermietung bestimmte Wohnanlage fertigstellen und vermieten soll. Die Beispiele ließen sich beliebig fortführen.
Ferner ist folgendes anzumerken: Da sich die „alte“ Begründung für den Höchststundensatz an den Stundensätzen eines Sachverständigen orientierte, jetzt aber auf die Stundensätze eines Fachanwalts „aufgebaut“ wird, ist zu besorgen, dass auch die persönliche Qualifikation des Zwangsverwalters sich sozusagen „durch die Hintertür“ als entscheidendes Bestellungskriterium wieder „einschleicht“; dies ist, soweit ersichtlich, nicht im Interesse des Entwurfes. In der Begründung der neuen ZwVwV sollte deshalb (vorsorglich) darauf hingewiesen werden, dass durch den neuen Höchststundensatz hinsichtlich der Mittelgebühr nicht beabsichtigt ist, irgendetwas an der Entscheidung des BGH vom 15.03.2007 zu V ZB 117/06 zu ändern. Zusammenfassend darf darauf hingewiesen werden, dass sich anwaltliche Zwangsverwalter selbstverständlich für jede Zwangsverwaltung zur Verfügung stellen und die Vergütung je nach Schwierigkeitsgrad erhalten.

3. Änderung des § 20 ZwVwV

a) Die Mindestvergütung nach Abs. 1 wird von 600 € auf 1.500 € angehoben.
Die Begründung hierfür scheint prima facie nicht ganz einleuchtend:
Es wird (nach wie vor) von einem Zeitaufwand von durchschnittlich 6 bis 8 Stunden ausgegangen. Dies entspricht einem Stundensatz von 187,50 € (bei 8 Stunden); das ist freilich mehr als das rechnerische Mittel von 150 €. Bei 6 Stunden wäre es sogar ein Stundensatz von 250 €. Dies entspräche dem vorgesehenen Höchststundensatz des § 19 Abs. 1 ZwVwV.
Hier davon zu sprechen, dass dies nur „knapp über dem künftigen mittleren Stundensatz“ liege, ist daher nicht recht nachzuvollziehen. Mit dieser Begründung könnte man nur eine Anhebung auf 1.200 € rechtfertigen. Die Erhöhung auf 1.500 € ist dennoch richtig. Natürlich handelt es sich auch hier um eine Mischkalkulation. Es gibt komplexe Fälle, bei denen allein die Inbesitznahme, Beschaffung von Plänen und Versicherungsschutz, Übersichten, Aktenanlage, Einschätzung von Sofortmaßnahmen und weitere

Planung, die am Beginn der Aufnahme der Tätigkeit stehen, einen zeitlichen Aufwand erfordern können, der deutlich größer ist als die in dem Entwurf veranschlagte Zeit (auf der Grundlage der Daten für die aktuelle ZwVwV (2004)). Auf die bereits erwähnte, seit 2004 eingetretene erhöhte Aufgabenkomplexität, wird hingewiesen.

b) Die Erhöhung der Mindestvergütung nach Abs. 2 von 200 € auf 500 € ist plausibel.

4. Änderung des § 21 ZwVwV

Nach Abs.2 dieser Vorschrift kann der Verwalter statt Erstattung seiner tatsächlichen Auslagen eine Pauschale fordern. Diese beträgt nach wie vor 10 % seiner Vergütung, ist jedoch in der Höhe begrenzt. Die Höhe dieser Begrenzung wird von 40 € p. M. auf 50 € p. M. geändert. Dies sind 25 % und soll „im Wesentlichen dem gestiegenen Verbraucherpreisindex“ (Referentenentwurf S. 7) entsprechen. Dieser wurde auf S. 5 der Begründung allerdings mit 37 % angegeben. Deshalb wäre „eigentlich“ eine neue Höchstgrenze von 55 € gerechtfertigt. Der Verordnungsgeber wäre aber auch nicht gehindert, die Pauschale zur Vereinfachung für Gericht und Verfahrensbeteiligte auf 60 € p. M. anzuheben, wofür im Hinblick auch darauf, dass die nächste Erhöhung der Vergütung sicher etliche Jahre auf sich warten lassen dürfte, Einiges spricht.

5. Inkrafttreten

Dass die Verordnung am Tag nach der Verkündung in Kraft treten soll, wird damit begründet, dass die Zwangsverwalter sobald als möglich von der Erhöhung der Vergütung profitieren sollen.
Dies ist einerseits zwar wünschenswert, setzt aber andrerseits voraus, dass auch die Übergangsvorschrift des § 25 ZwVwV entsprechend geändert wird, denn dort heißt es u. a. aktuell:

„… jedoch richten sich die Vergütung des Verwalters und der Auslagenersatz ab dem ersten auf den 31.12.2003 folgenden Abrechnungszeitraum nach den §§ 17 bis 22 dieser Verordnung.“

Dies deshalb, weil dort die neue ZwVwV am 01.01.2004 in Kraft getreten ist.

III. Anregung einer Indexierung

Für Verfahrensbeteiligte und Zwangsverwalter erscheint es zudem sachgerecht, die Eurosätze der jeweiligen Vergütungs- bzw. Auslagenregelung im Mehrjahresrhythmus zu indexieren, wie dies etwa in § 850c Abs. 4 S. 2 ZPO für die Pfändungsfreigrenzen jährlich vorgesehen ist. Währungspolitische Bedenken sind angesichts der geringfügigen volkswirtschaftlichen Bedeutung von Zwangsverwaltervergütungen (s. im Referentenentwurf S.3/S. 4 unter 4.1 und 4.2) zu verneinen. Über den Referenzindex wäre zu diskutieren (z.B. Verbraucherpreisindex; Statistik der Entwicklung von Bruttolöhnen und -gehältern; Orientierung an § 850c Abs. 4 S. 2 i. V. m. § 32aAbs. 1 S. 2 Nr. 1 EStG, die dortige Indexierung des steuerlichen Grundfreibetrages beruht auf dem Existenzminimumbericht des BMF, s. zu dem 14. Bericht für das Jahr 2024 unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Steuern/14-existenzminimumbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=9., Abruf: 4.10.2023).