

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

KO §§ 60 Abs. 1 Nr. 1 u. 2, 85

- a) Der Anspruch des Konkursverwalters aus § 85 KO entsteht schon mit der Tätigkeit, nicht erst mit der Festsetzung des Betrages durch das Konkursgericht.
- b) Vergütung und Auslagen des Konkursverwalters für die Durchführung der Liquidation, die auf den Zeitraum ab Feststellung der Masseunzulänglichkeit entfallen, sind vor den übrigen Masseverbindlichkeiten zu berichtigen.
- c) Das Konkursgericht hat in diesem Falle den dem Konkursverwalter zustehenden Anspruch auf die Zeit ab Entstehung der Masseunzulänglichkeit und den davor liegenden Zeitraum aufzuteilen. Bezüglich der Vergütung sind zeitlicher Umfang und wirtschaftliche Bedeutung der Tätigkeit in beiden Abschnitten gegeneinander abzuwägen.

BGH, Urt. v. 5. Dezember 1991 - IX ZR 275/90 - LG Ravensburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 275/90

Verkündet am:
5. Dezember 1991
Schnurr
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Rechtsanwalt Ludwig D
Sch straße , S

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte

g e g e n

Land Niedersachsen,
vertreten durch den Vorsteher des Finanzamtes G
Goß straße , G

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 1990 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Dr. Kreft, Kirchhof, Dr. Fischer und Dr. Zugehör

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Ravensburg vom 8. November 1990 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

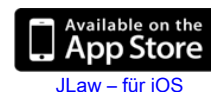
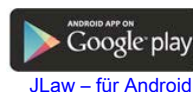
Tatbestand

Das klagende Land nimmt als Massegläubiger den beklagten Konkursverwalter auf Schadensersatz in Anspruch, weil er die ihm zustehende Vergütung vorweg aus der Masse entnommen hat.

Mit Beschluß vom 25. März 1985 eröffnete das Amtsgericht Biberach den Konkurs über das Vermögen der Firma Fertigtbau O GmbH und ernannte den Beklagten zum



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Konkursverwalter. Dieser teilte mit Schreiben vom 22. Mai 1985 dem Konkursgericht und den betroffenen Gläubigern mit, ab 1. Juni 1985 reiche die Konkursmasse zur vollständigen Befriedigung aller Massegläubiger nicht aus. In der Folgezeit hat der Beklagte die Masse verwertet und zu diesem Zweck Ansprüche auch gerichtlich geltend gemacht. Am 11. September 1990 wurde das Konkursverfahren gemäß § 204 KO eingestellt.

Auf Antrag des Beklagten vom 12. November 1986 bewilligte ihm das Konkursgericht am 15. Dezember 1986 einen Vorschuß von 25.000 DM. Am 27. Januar 1988 wurde die Vergütung einschließlich Mehrwertsteuer-Ausgleich und Auslagen auf insgesamt 83.888,11 DM festgesetzt. Der Beklagte hat diesen Betrag vorweg aus der Masse entnommen. Der Kläger, der wegen verschiedener Steuerforderungen Massegläubiger nach §§ 59 Nr. 1, 58 Nr. 2 KO ist, sieht darin einen Verstoß gegen die in § 60 KO normierte Rangfolge. Er hat das Vorgehen des Beklagten in Höhe des den Vorschuß übersteigenden Vergütungsteils beanstandet und 5.675,21 DM als den Betrag verlangt, der bei einer Bedienung der Massegläubiger auf ihn entfallen wäre.

Das Landgericht hat der Klage im wesentlichen stattgegeben. Mit der Sprungrevision begehrt der Beklagte weiterhin Klageabweisung.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

Das Landgericht hat einen Schadensersatzanspruch des Klägers aus § 82 KO bejaht, weil der Beklagte sich mit der Befriedigung eigener Honorar- und Auslagenersatzansprüche zu der Rangordnung des § 60 KO in Widerspruch gesetzt habe. Darauf, daß die Konkursverwaltervergütung zu den sogenannten Neumasseschulden gehöre, könne er sich nicht berufen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 90, 145, 152 ff), der die Kammer folge, differenziere die Regelung des § 60 KO nicht zwischen den vor und nach Feststellung der Masseunzulänglichkeit begründeten Forderungen.

II.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Dem Landgericht ist einzuräumen, daß das von ihm zitierte Urteil des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 15. Februar 1984 - VIII ZR 213/82 - (BGHZ aaO) die nach Feststellung der Masseunzulänglichkeit begründeten Masseverbindlichkeiten generell der Rangordnung des § 60 KO

unterstellt. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall ging es indes allein um einen als Masseschuld im Sinne des § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO geltend gemachten Entschädigungsanspruch aus § 557 BGB. Mit dem gesetzlichen Anspruch des Konkursverwalters aus § 85 KO hatte sich jenes Urteil nicht zu befassen.

Die in der Entscheidung enthaltene allgemeine Aussage zur Behandlung der sogenannten Neumasseschulden nach § 60 KO ist im Schrifttum auf nahezu einhellige Ablehnung gestoßen (Hess/Kropshofer, KO 3. Aufl. § 60 Rdnr. 24; Kilger, KO 15. Aufl. § 60 Anm. 4; Kuhn/Uhlenbruck, KO 10. Aufl. § 60 Rdnr. 2 ff; Gerhardt JZ 1984, 601; Eckert ZIP 1984, 615; Eickmann ZIP 1985, 45; Pape ZIP 1984, 796; 1986, 756, 762; 1990, 141, 144; Balz EWIR 1990, 79; zustimmend Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht 19. Aufl. § 45 III B). In der Rechtsprechung haben sich dieser Auffassung dagegen das Bundesarbeitsgericht (ZIP 1987, 997; 1989, 1590) sowie die Mehrzahl der Instanzgerichte (OLG Hamm ZIP 1990, 808; LG Hamburg ZIP 1985, 44; AG Aachen ZIP 1990, 808; a. A. ArbG Hannover ZIP 1986, 591; LG Düsseldorf ZIP 1991, 1443) angeschlossen. Allerdings hat das Amtsgericht Aachen dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorgelegt, ob § 60 KO wegen ungenügender Sicherung des Vergütungsanspruchs des Konkursverwalters mit Art. 12 und 14 GG vereinbar sei.

2. Der nunmehr zu entscheidende Rechtsstreit erfordert es nicht, auf die Kritik des Schrifttums an BGHZ 90, 145 allgemein einzugehen und die Befriedigung der sogenannten Neumasseschulden und -kosten umfassend zu behandeln; denn

die Parteien streiten allein um den Rang des nach Feststellung der Masseunzulänglichkeit begründeten Vergütungsanspruchs des Konkursverwalters für die notwendige Liquidation der Masse. Dieser Teil der Masseverbindlichkeiten ist vorweg zu berichtigen.

a) Der Senat hat bereits im Urteil vom 4. Dezember 1986 (IX ZR 47/86 - ZIP 1987, 115) zur Haftung des Konkursverwalters bei Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten darauf hingewiesen, daß entgegen der früheren Auffassung, die aus § 117 KO in erster Linie das Gebot beschleunigter Liquidation hergeleitet hat, heute häufig die Fortführung des Betriebes beschlossen wird, weil dies die Erhaltung von Arbeitsplätzen sowie eine günstigere Verwertung der Masse als bei dessen Zerschlagung ermöglicht. Eine solche, in § 132 KO vorgesehene Entscheidung ist grundsätzlich vom Konkurszweck selbst dann gedeckt, wenn der Konkursverwalter, die Gläubigerversammlung und der Gläubigerausschuß nicht sicher sein können, daß künftige Massegläubiger voll befriedigt werden, jedoch die Aussicht besteht, die dann notwendigerweise entstehenden Masseverbindlichkeiten zu tilgen (aaO S. 117). In solchen Fällen ist es unbillig, dem Konkursverwalter das Risiko des Scheiterns durch eine Haftung nach § 82 KO aufzubürden. Ebensowenig kann ihm zugemutet werden, für seine Tätigkeit ab dem Zeitpunkt der Feststellung, daß die Masseverbindlichkeiten nicht voll getilgt werden, seinen gesetzlichen Vergütungsanspruch nach § 85 KO infolge der von § 60 KO vorgeschriebenen Rangfolge ganz oder teilweise einzubüßen. Allerdings ist der Konkursverwalter verpflichtet, das Unternehmen zu liquidieren, sobald feststeht, daß die Masseverbindlichkeiten nicht mehr ge-

deckt sind. Sind erhebliche Sachwerte und Forderungen vorhanden und verspricht die Anfechtung von Handlungen des Gemeinschuldners Erfolg, kann jedoch bereits allein die Abwicklung des Verfahrens und die Verwertung der Masse mit beträchtlichem Aufwand verbunden sein.

b) Nach im Schrifttum ganz überwiegend vertretener Auffassung (Kilger, § 60 Anm. 4; Kuhn/Uhlenbruck, § 60 Rdnr. 3 l; Heilmann BB 1976, 765, 769 f; Henckel, Festschrift 100 Jahre Konkursordnung S. 169, 184 f; Weber/Irschlinger/Wirth KTS 1979, 133, 142; Pape, Zur Systematik des § 60 KO S. 72) kann sich der Konkursverwalter der in § 117 Abs. 1 KO ausdrücklich genannten Aufgabe, das Vermögen zu verwerten, auch nach erkannter Massearmut grundsätzlich nicht entziehen. Dem ist zuzustimmen. Das Konkursverfahren darf nach § 204 KO erst eingestellt werden, wenn der Verwalter, soweit möglich, die Masseansprüche aus der Konkursmasse befriedigt hat (§§ 205 Abs. 2, 191 KO). Diese Regelung ist zur Wahrung der Rechte der Massegläubiger erforderlich, weil deren Anspruch auf anteilmäßige Befriedigung nur auf diese Weise hinreichend gesichert ist. Nach der Einstellung des Verfahrens erhält der Gemeinschuldner das Verfügungsrecht über die Konkursmasse zurück (§ 206 Abs. 1 KO). Die Massegläubiger sind nunmehr gegenüber den Konkursgläubigern, deren nicht bestrittene Forderungen durch die Eintragung zur Tabelle tituliert sind (§§ 145 Abs. 2, 164 Abs. 2 KO), bei der Durchsetzung ihrer Forderungen im Nachteil. Aus diesen Gründen dauert auch nach Feststellung der Masseunzulänglichkeit das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen dem Konkursverwalter und den Beteiligten des Verfahrens mit allen daraus herrührenden

Pflichten unverändert fort. Der Konkursverwalter hat zur Erfüllung des Konkurszwecks seine Tätigkeit bis zur Berichtigung der Masseverbindlichkeiten weiterzuführen.

c) Gerade bei unzulänglicher Masse schafft die Geschäftsführung des Konkursverwalters durch die Verwertung von Sachvermögen und die Durchsetzung bestrittener Massforderungen häufig erst die Voraussetzungen, um die Massegläubiger wenigstens anteilmäßig zu befriedigen. Sachgerechte Geschäftsführung kommt in diesen Fällen ihrem Vermögen zugute und dient so der Verwirklichung des Konkurszwecks. Bliebe der gesetzliche Anspruch des Konkursverwalters auch in diesem Verfahrensabschnitt den Ansprüchen aus § 59 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KO nachgeordnet, hätte er eine fremdnützige Tätigkeit sehenden Auges ganz oder teilweise unentgeltlich zu erbringen. Das widerspräche einem allgemeinen Grundsatz der Zivilrechtsordnung, wonach mit einer Pflicht zur Leistungserbringung ein rechtlich durchsetzbarer Anspruch auf eine angemessene Gegenleistung verbunden ist. Ohne einen solchen müßte jeder Konkursverwalter im eigenen Interesse bestrebt sein, seine Tätigkeit in diesem Bereich möglichst gering zu halten und alsbald abzuschließen. Das hätte oftmals zur Folge, daß die in der Masse steckenden Verwertungsmöglichkeiten nur unzureichend ausgeschöpft und erhebliche Vermögensbestandteile in unwirtschaftlicher Weise zerschlagen werden. Folglich entspricht es den eigenen wohlverstandenen Interessen der Massegläubiger, dem Konkursverwalter zu gestatten, die nach Feststellung der Masseunzulänglichkeit entstandene Vergütung vorweg zu entnehmen. Auf diese Weise wird er in die Lage versetzt, für eine bestmögliche Verwertung der Masse zu sorgen, so-

weit dies mit vertretbarem Aufwand und Risiko zu bewerkstelligen ist. Kosten, die dadurch entstehen, daß der Konkursverwalter das Verfahren grundlos verlängert, sachlich nicht gerechtfertigte weitere Verbindlichkeiten begründet und auf diese Weise hauptsächlich "in die eigene Tasche wirtschaftet", werden davon nicht erfaßt. Vor einer solchen Mißbrauchsgefahr sind die Massegläubiger zudem durch die Haftungsnorm des § 82 KO geschützt.

d) Der Konkursverwalter bedarf der Befugnis zur Vorwegbefriedigung des nach Masseunzulänglichkeit entstandenen Vergütungsanspruchs auch deshalb, weil er nicht auf andere ihm zumutbare Weise seine Forderung zu sichern vermag. Wer den Konkursverwalter auf Vereinbarungen eines Rangrücktritts mit Massegläubigern verweist, setzt ihn der Gefahr aus, in Abhängigkeit von einzelnen Gläubigern zu geraten, was mit seiner gesetzlichen Rechtsstellung als Amtswalter, der die Interessen aller Beteiligten zu wahren hat, unvereinbar wäre.

e) Nicht zuletzt ist es verfassungsrechtlich geboten, nach Feststellung der Masseunzulänglichkeit entstandene Vergütungsansprüche des Konkursverwalters aus der Rangordnung des § 60 KO herauszunehmen.

Der Konkursverwalter nimmt eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe - die Abwicklung eines geordneten Gesamtvollstreckungsverfahrens - wahr. Der Staat bestellt für dieses Amt, dessen Wahrnehmung einen erheblichen zeitlichen Einsatz verlangt und mit einem nicht unbeträchtlichen Haftungsrisiko verbunden ist, freiberuflich tätige, durch ein-

schlägige Fachkenntnisse ausgewiesene Personen, die darauf angewiesen sind, für diese Leistung eine auch ihre persönlichen Bedürfnisse deckende Vergütung zu erhalten. Jede den Anspruch auf angemessene Gebühren einschränkende Norm enthält eine Berufsausübungsregelung, welche nur dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist, wenn sie auf sachgemäßen und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls beruht, erforderlich ist, um den vom Gesetzgeber erstrebten Zweck zu erreichen, und wenn eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der dafür maßgebenden Gründe ergibt, daß die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist (BVerfGE 47, 285, 321). In der Regel läßt es sich mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbaren, einen Staatsbürger für Aufgaben des öffentlichen Interesses umfangreich beruflich in Anspruch zu nehmen, ohne ihm eine angemessene Entschädigung zu gewährleisten (BVerfGE 54, 251, 271).

Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen wird eine Auslegung des § 60 KO, die den nach Masseunzulänglichkeit entstandenen Anspruch des Konkursverwalters auf Vergütung und Auslagenersatz nach der dort vorgeschriebenen Reihenfolge behandelt, nicht gerecht. Wie dargelegt, fehlt es schon an sachlich haltbaren Erwägungen dafür, diesen Anspruch den Forderungen der Massegläubiger nach § 59 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KO nachzuordnen. Im übrigen hätte die uneingeschränkte Anwendung des § 60 KO zur Folge, daß der Konkursverwalter insbesondere bei früh ersichtlich werdender Masseunzulänglichkeit Gefahr liefe, mit seinem Vergütungsanspruch zum überwiegenden Teil oder gar vollständig auszu-

fallen. Damit wäre in Anbetracht der Bedeutung und des Aufgabenumfangs seiner Tätigkeit die Grenze der Zumutbarkeit offensichtlich nicht gewahrt.

f) Mit einer solchen einschränkenden, verfassungskonformen Auslegung des § 60 KO überschreitet der Senat nicht die Grenzen, die der richterlichen Rechtsfortbildung durch die Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) gezogen sind.

Die Abwicklung des massearmen Konkurses besaß für den Gesetzgeber des Jahres 1877 nur geringe Bedeutung, was schon das Fehlen jeglicher dafür vorgesehener Verfahrensvorschriften belegt. Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Globalzession haben heute im Wirtschaftsleben eine Bedeutung gewonnen, die damals nicht annähernd voraussehbar war. Diese vertraglichen Sicherungsrechte entreichern die vom Konkurs betroffenen Vermögensmassen in großem Umfang; gleichzeitig verursachen Feststellung und Bearbeitung der Aus- und Absonderungsrechte nicht selten erhebliche Kosten. Der Umfang der Masseverbindlichkeiten hat - unter anderem durch Verlängerung der Kündigungsfristen von Dauerschuldverhältnissen, die Erweiterung der sozialen Schutzrechte der Arbeitnehmer sowie das Steuerrecht - ein Ausmaß erreicht, das den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers völlig fernlag (zu Einzelheiten vgl. Kilger DB 1975, 1445; Henckel, Festschrift 100 Jahre Konkursordnung S. 169, 172 ff; Arnold Rpfl. 1977, 385). Insbesondere in lohnintensiven Unternehmen kann es vorkommen, daß eine Masse in Millionenhöhe die Schulden nach § 59 Nr. 1 und 2 KO nicht deckt. Dies alles hat wesentlich dazu beigetragen, daß der

prozentuale Anteil der mangels Masse abgelehnten Anträge allein von 1950 bis 1983 von 27,03 % auf 76,58 % gestiegen ist (vgl. die statistischen Angaben bei Kuhn/Uhlenbruck, § 107 vor Rdnr. 1) und trotzdem innerhalb des viel geringer gewordenen Anteils der abgewickelten Verfahren die Anzahl der nach § 204 KO eingestellten prozentual zugenommen hat (vgl. Kuhn/Uhlenbruck, § 204 Rdnr. 1). Infolge des Umfangs der Masseschulden und -kosten läßt sich in größeren Verfahren oft erst nach längerer Zeit, wenn die Sammlung und Verwertung schon weit fortgeschritten ist, hinreichend beurteilen, ob die Masse zur Deckung dieser Verbindlichkeiten ausreicht.

Gerade bei einem großen zeitlichen Abstand zwischen der Kodifikation und dem Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung gewinnen die seither eingetretenen rechtlichen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Veränderungen, die für die Anwendung der Norm von Bedeutung sind, für deren Auslegung, insbesondere im Licht der nunmehr durch die Verfassung vorgegebenen Wertordnung, erhebliche Bedeutung (BVerfGE 34, 269, 288 f; 82, 6, 12). Da das Problem der Konkursverwaltervergütung bei Abwicklung massearmer Konkurse, wie es sich nunmehr in der Rechtswirklichkeit stellt, für den historischen Gesetzgeber nicht erkennbar war und demgemäß keine ausdrückliche Erwähnung gefunden hat, ist es gerechtfertigt, diesen Anspruch in restriktiver Auslegung des Wortlauts der Norm nicht dem § 60 KO zuzuordnen, sondern insoweit einen Anspruch auf Befriedigung vor den dort aufgeführten Verbindlichkeiten zu gewähren.

3. Der Senat ist in der Lage, in diesem Sinne zu entscheiden, ohne die Rechtsfrage zuvor dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichte des Bundes zur Entscheidung vorzulegen. Die Urteile BAG ZIP 1987, 997; 1989, 1590 betreffen jeweils sogenannte Neumasseschulden nach § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO. Sie befassen sich nicht mit der Konkursverwaltervergütung. Beide Fragen sind nicht denknotwendig gleich zu behandeln. Damit fehlt es an einer entscheidungserheblichen Divergenz zu der vom Bundesarbeitsgericht vertretenen Auffassung.

III.

Der dem Klagebegehren stattgebenden Entscheidung des Landgerichts ist damit die Grundlage entzogen. Die Klage ist indes auch nicht abweisungsreif; denn die Höhe des Betrages, die der Beklagte für seine Vergütung und Auslagen der Masse entnehmen durfte, steht noch nicht fest.

1. § 60 KO findet auf die Konkursverwaltervergütung erst dann keine Anwendung mehr, wenn sich herausgestellt hat, daß die Masse zur Befriedigung aller Massegläubiger nicht ausreicht. Eine generelle Herauslösung des Anspruchs auf Honorar und Auslagenersatz des Konkursverwalters auch für die frühere Zeit aus der Rangordnung würde angesichts der eindeutigen gesetzlichen Einbeziehung der Kosten für die Verwaltung der Masse (§§ 60 Abs. 1 Nr. 2, 58 Nr. 2 KO)

auf eine dem Richter verschlossene Gesetzeskorrektur hinauslaufen und folglich die Grenzen der ihm möglichen Rechtsfortbildung überschreiten.

Der Konkursverwalter kann das Risiko, für den Zeitraum mit seinen Ansprüchen ganz oder teilweise auszufallen, in dem noch nicht bekannt ist, daß die Masse zur Befriedigung der Forderungen nach §§ 58, 59 KO nicht ausreicht, in der Regel durch rechtzeitige Beantragung eines Vorschusses ausschalten. § 7 VergVO gibt dem Konkursgericht die Befugnis, die Entnahme eines Vorschusses auf Vergütung und Auslagen zu genehmigen. Satz 2 der Vorschrift beschreibt nicht abschließend deren Voraussetzungen, sondern hebt mit der ungewöhnlich langen Dauer des Konkursverfahrens sowie besonders hohen Auslagen lediglich zwei Gründe hervor, die in der Regel die Erteilung der Genehmigung erfordern. Darüber hinaus ist eine Zustimmung zur Entnahme bei jedem wichtigen berechtigten Interesse des Konkursverwalters gerechtfertigt. Ein solches besteht in der Regel auch dann, wenn sich noch nicht absehen läßt, ob die volle Befriedigung aller Massegläubiger gewährleistet ist.

Der Senat teilt auch die in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend vertretene Meinung (LG Wiesbaden KTS 1973, 76; LG Oldenburg ZIP 1981, 1010; LG Köln ZIP 1990, 877; Kuhn/Uhlenbruck, § 85 Rdnr. 22; Kilger, § 85 Anm. 1 f; Pape ZIP 1986, 760), schon der Vorschuß dürfe im Einzelfall bei Darlegung entsprechender Gründe die Regelvergütung überschreiten. Mit der Entnahme des Vorschusses erfolgt eine Vorwegbefriedigung nach § 57 KO, so daß der Konkursverwalter den erhaltenen Betrag später nicht im Ver-

fahren nach § 60 KO zurückzuzahlen hat (Kuhn/Uhlenbruck, § 60 Rdnr. 30, § 85 Rdnr. 20 c; Weber/Irschlinger/Wirth KTS 1979, 133, 141; Eickmann ZIP 1985, 46; Pape ZIP 1986, 761).

2. Folglich müssen die vom Konkursgericht festgesetzte Vergütung sowie die Auslagen auf die Zeit ab Erkennbarwerden der Masseunzulänglichkeit und den davor liegenden Abschnitt aufgeteilt werden.

a) Auf die Bestimmung des Zeitpunkts, zu dem die Masseunzulänglichkeit festgestellt wurde, könnte freilich verzichtet werden, wenn man annähme, der Anspruch des Konkursverwalters entstehe erst mit der Festsetzung der Vergütung und der Auslagen durch das Konkursgericht (Kuhn/Uhlenbruck, § 60 Rdnr. 3 n, § 85 Rdnr. 1). Dieser Auffassung ist jedoch in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung (OLG Kassel KuT 1936, 152, 153; Jaeger/Weber, § 85 Rdnr. 2 c, 4; Pape ZIP 1986, 756, 761) nicht zu folgen. § 85 KO knüpft Vergütung und Auslagenersatz des Konkursverwalters an dessen Geschäftsführung. Damit entsteht der Anspruch bereits mit der Arbeitsleistung. Die Festsetzung durch das Gericht hat lediglich deklaratorische Bedeutung: Sie bestimmt verbindlich die Höhe des zuvor bereits erwachsenen Anspruchs. Darin zeigt sich der Unterschied zu der von Uhlenbruck vergleichend herangezogenen Bewilligung einer Vergütung an Vormund und Pfleger durch das Vormundschaftsgericht (§§ 1836 Abs. 1 Satz 2, 1915 Abs. 1 BGB). Dort hat die gerichtliche Entscheidung allein deshalb rechtsbegründende Wirkung, weil

Vormundschaft und Pflegschaft grundsätzlich unentgeltlich zu führen sind (vgl. RGZ 127, 103, 106; BGH, Beschl. v. 26. Mai 1954 - IV ZB 23/54, Rpfl. 1954, 507).

b) Die Aufteilung der Verwaltervergütung auf beide Zeiträume obliegt allein dem Konkursgericht, obwohl das Verfahren inzwischen nach § 204 KO eingestellt worden ist. Durch die Beendigung des Verfahrens ist das Konkursgericht nicht gehindert, die der gesetzlichen Regelung entsprechenden, zur sachgerechten Abwicklung notwendigen Maßnahmen zu treffen (Kilger, § 85 Anm. 3 b; OLG Kassel KuT 1936, 152, 153). Dementsprechend enthält § 6 VergVO keine an die Beendigung des Konkursverfahrens anknüpfende zeitliche Begrenzung für den Vergütungsantrag des Konkursverwalters.

c) Hinsichtlich der Auslagen ist deren Entstehungszeitpunkt maßgebend. Die Vergütung selbst kann weder schematisch nach der Dauer der beiden Leistungsphasen noch entsprechend dem Umfang der jeweils durchgeführten Masseverwertung (so Pape ZIP 1986, 764 f) festgesetzt werden. Auszugehen ist vielmehr von der Gesamtleistung, die der Konkursverwalter erbracht hat. Zeitlicher Umfang und wirtschaftliche Bedeutung seiner Tätigkeit in beiden Zeitabschnitten sind gegeneinander abzuwägen. Der Konkursverwalter hat die insoweit maßgebenden Umstände in seinem Antrag nachvollziehbar darzustellen.

d) Der Beklagte hat am 22. Mai 1985 dem Konkursgericht und den beteiligten Gläubigern gegenüber erklärt, die Masse werde nicht ausreichen. Nach ständiger Rechtsprechung obliegt die Feststellung der Unzulänglichkeit der Masse al-

lein dem Konkursverwalter (RGZ 61, 259, 262 f; BAG BB 1979, 678, 680; OLG Köln ZIP 1980, 855, 860; ebenso Kilger, § 60 Anm. 2). Ob die dagegen von Pape (Zur Systematik des § 60 KO, S. 29 ff) neuerdings erhobenen Einwände durchgreifen, kann dahingestellt bleiben; denn der Kläger hat den vom Beklagten festgestellten Zeitpunkt nicht bestritten. Der Einschnitt muß daher für den 22. Mai 1985 vorgenommen werden.

e) In die Aufteilung ist der Kostenvorschuß von 25.000 DM einzubeziehen; denn der Beklagte hat ihn, worauf die Revision selbst zutreffend hinweist, erst Ende des Jahres 1986 entnommen, als längst Masseunzulänglichkeit eingetreten war und daher eine Vorwegbefriedigung nach § 57 KO für die bis zum 22. Mai 1985 geleistete Tätigkeit nicht mehr erfolgen durfte. Daß der Kläger den Vorschuß insoweit bisher nicht beanstandet hat, steht dem nicht entgegen; denn dies war nach der von ihm zu § 60 KO vertretenen Rechtsauffassung zur schlüssigen Darlegung des erhobenen Anspruchs nicht erforderlich.

IV.

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Das Landgericht wird den Parteien Gelegenheit geben müssen, der Rechtslage gegebenenfalls durch ergänzendes Vorbringen Rechnung zu tragen. Eine erneute Sachentscheidung darf erst dann ergehen, wenn der Beklagte die Möglichkeit hatte, die aufgezeigte Ergänzung der Vergü-

tungsfestsetzung durch das Konkursgericht zu erwirken. Bis dahin kann der Rechtsstreit, wenn das Landgericht dies für sachdienlich erachtet, ausgesetzt werden (§ 148 ZPO).

Merz

Kreft

Kirchhof

Fischer

Zugehör