# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IX ZR 22/05

Verkündet am:
13. April 2006
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

InsO §§ 54, 55 Abs. 1 Nr. 3, § 209 Abs. 1 Nr. 1, 2, § 210

a) Für die Abgrenzung von Altmasseverbindlichkeiten zu Neumasseverbindlichkeiten im Sinne von § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist ausschließlich der Zeitpunkt maßgebend, in dem die Masseverbindlichkeit begründet worden ist; auf den Entstehungsgrund der Forderung kommt es nicht an.

b) Ist die Insolvenzmasse unzulänglich, hat die Berichtigung der Kosten des Insolvenzverfahrens (§ 54 InsO) absoluten Vorrang vor dem Ausgleich der Neumasseverbindlichkeiten.

c) Konkurrieren im massearmen Insolvenzverfahren die im ersten Rang zu berichtigenden Kosten mit den im zweiten Rang zu berichtigenden Neumasseverbindlichkeiten, gelten die zu § 210 InsO entwickelten Rechtsgrundsätze in diesem Verhältnis entsprechend.

d) Reicht die neu zu erwirtschaftende Insolvenzmasse nicht aus, den Neumassegläubiger unter vorrangiger Berichtigung der Kosten des Insolvenzverfahrens zu befriedigen, fehlt der hierauf gerichteten Zahlungsklage des Neumassegläubigers das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis (Ergänzung von BGHZ 154, 358).

BGH, Urteil vom 13. April 2006 - IX ZR 22/05 - OLG Rostock
LG Neubrandenburg

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Februar 2006 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gero Fischer und die Richter Dr. Ganter, Raebel, Kayser und Dr. Detlev Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Beklagten werden das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Rostock vom 29. Dezember 2004 und das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Neubrandenburg vom 14. Juli 2004 aufgehoben.

Die Klage wird als unzulässig abgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Beklagte ist Insolvenzverwalter in dem am 1. Oktober 2002 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der B. Baumaschinen-GmbH (fortan: Schuldnerin). Am 9. Oktober 2002 zeigte er die Masseunzulänglichkeit an. Neben der Schuldnerin besteht mit einer eigenen Kontoverbindung die B. Immobilien- GmbH. Am 14. Februar 2003 überwies der Kläger zum Ausgleich einer Forderung dieser Gesellschaft, die von der Insolvenz nicht betroffen ist, an die Schuldnerin auf deren bereits aufgelöstes Konto 30.424,90 €. Die Empfängerbank leitete den Geldbetrag an den Beklagten weiter. Dieser zahlte den Betrag auf ein Sonderkonto ein, erkannte den

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law



Rückforderungsanspruch des Klägers als Masseverbindlichkeit an und lehnte die Rückzahlung unter Hinweis auf die Masseunzulänglichkeit ab.

2 Der Kläger hat den Beklagten auf Rückzahlung des Betrages zuzüglich Zinsen in Anspruch genommen. Der Beklagte zeigte im Laufe des Verfahrens gegenüber dem Insolvenzgericht die Fortdauer der Masseunzulänglichkeit an. Die Klage hatte in beiden Vorinstanzen Erfolg. Dagegen wendet sich der Beklagte mit seiner zugelassenen Revision.

## Entscheidungsgründe:

3 Die Revision ist begründet. Der auf § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB in Verbindung mit § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO gestützten Zahlungsklage gegen die Masse fehlt das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis, weil der Kläger nur mit einer quotalen Befriedigung rechnen und deshalb seinen Anspruch nicht im Wege der Leistungsklage verfolgen kann.

### I.

4 Das Berufungsgericht meint, der von dem Beklagten als Masseverbindlichkeit anerkannte Bereicherungsanspruch sei als Neumasseverbindlichkeit (§ 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO) zu erfüllen. Die Insolvenzordnung sehe für Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung keine Sonderregelung vor. Mit dem Sinn der Zäsurwirkung der Unzulänglichkeitsanzeige sei es auch nicht zu vereinbaren, einen nach der Anzeige entstandenen Bereicherungsanspruch dem zuvor begründeten gleichzustellen. Die erneut angezeigte Masseunzulänglichkeit ste-

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
ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android
Available on the App Store
JLaw – für iOS

he der Leistungsklage nicht entgegen, weil sie im Streitfall ohne Wirkung bleibe. Ihre Bindungswirkung im Allgemeinen könne dahinstehen. Diese betreffe nur Fälle, in denen die in § 209 Abs. 2 InsO erwähnten Verbindlichkeiten oder neue Vertragspflichten nicht bedient werden könnten. Im Streitfall beruhe die hinzugekommene Neumasseverbindlichkeit nicht auf einer Handlung des Insolvenzverwalters, welche die unzulängliche Masse weiter belastet habe. Die Bereicherung der Masse und die sie treffende Ausgleichspflicht träfen vielmehr zusammen. Nach der ersten Unzulänglichkeitsanzeige sei keine nicht durch einen entsprechenden liquiden Wertzufluss gedeckte Verbindlichkeit hinzugekommen. Rechnerisch sei der Vermögensstatus der unzulänglichen Masse gleich geblieben; gleiches gelte für deren Liquidität.

II.

5 Diese Begründung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

6 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die von dem Kläger an die von dem Beklagten verwaltete Insolvenzmasse erbrachte Zahlung im Verhältnis der Parteien rückabzuwickeln ist. Nach § 35 InsO erfasst das Insolvenzverfahren auch das Vermögen, welches der Schuldner während des Verfahrens erlangt. Gegenständlich gehören hierzu auch pfändbare Forderungen gegen Kreditinstitute, ohne dass es einen Unterschied macht, ob es sich um die Einlage des Schuldners auf einem noch bestehenden Bank- oder Girokonto handelt (vgl. Holzer in Kübler/Prütting, InsO § 35 Rn. 86) oder ob der Zahlungszufluss, weil das Konto - wie hier - schon geschlossen war, zunächst anderweitig verbucht worden ist. Dies könnte anders sein, wenn der Kläger nur ein falsches Zielkonto, aber den richtigen Zahlungsempfänger - den Gläubiger

der Forderung - angegeben hätte. Dann läge der Fall einer sogenannten Fehlüberweisung vor, die möglicherweise im Verhältnis zwischen dem Kläger und der Empfängerbank zu korrigieren gewesen wäre (vgl. Schimansky in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 47 Rn. 10 ff, § 49 Rn. 46). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte jedoch nicht an den Gläubiger der Forderung gezahlt.

7 Die Empfängerbank war in Nachwirkung des durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin beendeten Girovertrages auch befugt, den Überweisungsbetrag für die Schuldnerin entgegenzunehmen und ihn an den Insolvenzverwalter, auf den die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übergegangen war (§ 80 Abs. 1 InsO), weiterzuleiten (vgl. BGH, Beschl. v. 21. März 1995 - XI ZR189/94, WM 1995, 745).

8 2. Sobald der Insolvenzverwalter die Masseunzulänglichkeit nach § 208 Abs. 1 Satz 1 InsO angezeigt hat, ist die Vollstreckung wegen einer Masseverbindlichkeit im Sinne von § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO unzulässig (§ 210 InsO). Nach feststehender Rechtsprechung kann nach diesem Zeitpunkt eine solche Masseverbindlichkeit auch nicht mehr im Wege der Leistungsklage verfolgt werden (BGHZ 154, 358, 360; BGH, Urt. v. 4. Dezember 2003 - IX ZR 222/02, WM 2004, 295, 298; v. 29. April 2004 - IX ZR 141/03, ZInsO 2004, 674, 675; BAG ZIP 2002, 628, 629 f). Für Neumasseverbindlichkeiten im Sinne von § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO gelten diese Einschränkungen allerdings grundsätzlich nicht. Sie können regelmäßig gegen die Masse vollstreckt werden (vgl. § 210 InsO) und in diesem Umfang auch Gegenstand einer zulässigen Leistungsklage sein.

9 a) Das Berufungsgericht hat den Bereicherungsanspruch des Klägers aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB - vorbehaltlich der erneuten Anzeige der Masseunzulänglichkeit im Prozess - als Neumasseverbindlichkeit im Sinne von § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO eingeordnet. Dies trifft zu. Der Bereicherungsanspruch gehört nicht zu den Kosten des Verfahrens. Er ist durch die Zahlung im Februar 2003 und mithin nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit am 9. Oktober 2002 im Sinne von § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO begründet worden. Die nach der Rangordnung des § 209 Abs. 1 InsO an zweiter Rangstelle zu befriedigenden Neumasseverbindlichkeiten umfassen sämtliche Ansprüche nach § 55 InsO, deren Rechtsgrund nach der angezeigten Masseunzulänglichkeit geschaffen worden ist. Für die Abgrenzung gegenüber den im Rang zurückgestuften Altmasseverbindlichkeiten ist ausschließlich der Zeitpunkt maßgebend, in dem der Insolvenzverwalter die Masseunzulänglichkeit dem Insolvenzgericht angezeigt hat. Auf den Entstehungsgrund der Forderung kommt es nicht an (vgl. Braun/ Kießner, InsO 2. Aufl. § 209 Rn. 14, 32; HK-InsO/Landfermann, 4. Aufl. § 209 Rn. 10, 18; MünchKomm-InsO/Hefermehl, § 209 Rn. 20; Pape in Kübler/Prütting, InsO § 209 Rn. 9 f; Smid, InsO 2. Aufl. § 209 Rn. 11; Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 209 Rn. 7, 17).

10 b) Die von dem Beklagten in den Vorinstanzen vertretene Rechtsauffassung, es könne keine "aufoktroyierten" Neumasseverbindlichkeiten geben, findet in der gesetzlichen Regelung keine Stütze.

11 aa) Der Senat hat in seiner Rechtsprechung zur Abgrenzung von Neumasseverbindlichkeiten zu Altmasseverbindlichkeiten bei Dauerschuldverhältnissen (§ 209 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 3 Nr. 2, 3 InsO) zwar angenommen, ein Verständnis, welches auf die Möglichkeit des Insolvenzverwalters zur Verhinderung der Masseverbindlichkeit abstelle, entspreche auch dem

systematischen Zusammenhang des § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO mit der Regelung in den korrespondierenden Vorschriften der § 61 Satz 1, § 90 InsO sowie der Entstehungsgeschichte dieser Vorschriften. Die Amtliche Begründung der Bundesregierung (zu § 101 des Entwurfs einer Insolvenzordnung, BT-Drucks. 12/2443 S. 138) unterscheide insoweit ausdrücklich zwischen "oktroyierten" und "gewillkürten" Masseverbindlichkeiten; sie stelle hierbei auch auf den Vertrauensschutz für Partner ab, die mit dem Insolvenzverwalter neue Verträge abschlössen (vgl. BGHZ 154, 358, 365 f). Weder nach dem Wortlaut der zitierten Wendungen noch nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe besteht ein Anhalt, dass der von § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO vorausgesetzte Gleichrang der "sonstigen Masseverbindlichkeiten" im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 InsO in Frage zu stellen ist.

12 bb) Hierfür ergibt auch die Entstehungsgeschichte der Vorschriften über die Abwicklung des masseunzulänglichen Verfahrens im Übrigen nichts. Die Wendung in der Amtlichen Begründung (aaO zu § 321 S. 220), Neumasseverbindlichkeiten seien dadurch gekennzeichnet, dass "der Verwalter" diese nach dem - auf der Grundlage der Entwurfsfassung noch vorgesehenen - Antrag auf Feststellung der Masseunzulänglichkeit "begründet" habe, zielt wiederum auf den in besonderer Weise regelungsbedürftigen Hauptfall der Massearmut, dass nämlich durch ein "Weiterwirtschaften" des Verwalters neue vertragliche Masseverbindlichkeiten entstehen, die von Altmasseverbindlichkeiten abzugrenzen sind (vgl. § 209 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 InsO). Ansprüche aus gesetzlichen Schuldverhältnissen, die nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet worden sind, werden hierdurch nicht ausgegrenzt.

13 Es wird im Gegenteil die Auffassung vertreten, die rangmäßige Gleichstellung mit den sonstigen Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 und 2

InsO und die damit verbundene Rückstufung der Masseverbindlichkeiten aus ungerechtfertigter Bereicherung der Masse gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO hinter die Kosten des Insolvenzverfahrens (vgl. § 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO) sei nicht berechtigt, weil für eine Inanspruchnahme der Massebereicherung zur Finanzierung des Insolvenzverfahrens jeder haftungsrechtliche Zuweisungsgrund fehle (Häsemeyer, Insolvenzrecht 3. Aufl. Rn. 14.24; MünchKomm-InsO/Hefermehl, § 55 Rn. 204; Nerlich/Römermann/Westphal, InsO § 209 Rn. 14; Dinstühler ZIP 1998, 1697, 1699; Smid WM 1998, 1313, 1321). Nach anderer, vorzugswürdiger Ansicht ist die uneingeschränkte Hervorhebung der Verfahrenskosten aus Gründen der geordneten Verfahrensabwicklung nicht zu beanstanden (vgl. HK-InsO/Landfermann, aaO § 209 Rn. 18; Pape in Kübler/ Prütting, aaO § 209 Rn. 3 c, 6; Uhlenbruck, aaO § 209 Rn. 17). Gegen die Einordnung von nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründeten Bereicherungsansprüchen in die von § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO erfassten Neumasseverbindlichkeiten bestehen danach keine Bedenken.

14 3. Die weitere Begründung des Berufungsgerichts, die erneute Anzeige der Masseunzulänglichkeit am 8. Dezember 2003 stehe der Leistungsklage ebenfalls nicht entgegen, weil sich die Neumasse nach dem Zahlungseingang nicht verändert habe und die erneute Anzeige in einem solchen Fall keine entscheidende Wirkung entfalte, ist nicht tragfähig. Sie vernachlässigt das in § 209 Abs. 1 InsO geregelte Rangverhältnis, nach dem die Kosten des Insolvenzverfahrens (§ 54 InsO) stets im ersten Rang zu befriedigen sind. Hierzu zählen neben den Gerichtskosten insbesondere die Vergütungen und die Auslagen des Insolvenzverwalters.

15 a) Welche Rechtsfolgen eintreten, wenn nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit (§ 208 InsO) die Masse einschließlich der neu zu erwirtschaftenden

Insolvenzmasse nicht ausreicht, um alle fälligen Neumasseverbindlichkeiten zu decken, ist gesetzlich nicht geregelt. Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass die Vorschrift des § 210 InsO in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich ein Vollstreckungsverbot nur für (Alt-)Masseverbindlichkeiten im Sinne von § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO anordnet (BGHZ 154, 358, 368). Hieran ist festzuhalten.

16 b) Die Revisionsbegründung versteht die weiteren Ausführungen in der genannten Senatsentscheidung (BGHZ aaO S. 369) in der Weise, dass es das vom Senat gebilligte Modell von der "Insolvenz in der Insolvenz der Insolvenz" nahe lege, die Vorschriften der §§ 207 ff InsO auf jeden Fall der Unzulänglichkeit der Neumasse anzuwenden, mit der Folge, dass auch der erneuten - formellen - Anzeige der Masseunzulänglichkeit Bindungswirkung zukomme.

17 aa) Dies läuft darauf hinaus, gesetzliche Neumasseverbindlichkeiten im Sinne von § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO im Rang abzuwerten und Verbindlichkeiten, die nach der erneuten Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet worden sind, einen im Gesetz nicht vorgesehenen verbesserten Rang zu verschaffen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es im Gegenteil - ohne gesetzliches Gebot - nicht unverzichtbar nötig, jeder erneuten Anzeige der Masseunzulänglichkeit die rechtsverbindliche Wirkung des § 208 InsO beizumessen (BGHZ 154, 358, 369). Die Entscheidung unterstreicht dies mit der Erwägung, dass die gesonderte weitere Abwicklung der Insolvenzmasse nach § 208 Abs. 3 InsO geradezu gefährdet wäre, wenn bei einem weiterhin mit Verlusten arbeitenden Schuldnerunternehmen Monat für Monat erneut die Masseunzulänglichkeit angezeigt werden müsste und für Neumasseverbindlichkeiten jeweils abgesonderte Massebestandteile zu bilden wären (vgl. BGHZ aaO S. 369, 370).

18 bb) Damit hat sich der Senat im Grundsatz gegen eine analoge Anwendung der §§ 207 ff InsO auf den Fall der Unzulänglichkeit der nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit zu erwirtschaftenden Neumasse ausgesprochen. Eine Analogie setzt voraus, dass eine vom Gesetzgeber unbeabsichtigt gelassene Lücke vorliegt und diese Planwidrigkeit aufgrund konkreter Umstände positiv festgestellt werden kann, weil sonst jedes Schweigen des Gesetzgebers - und das ist der Normalfall, wenn er etwas nicht regeln will - als planwidrige Lücke im Wege der Analogie von den Gerichten ausgefüllt werden könnte (vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. S. 51). Neben der Darlegung einer planwidrigen Gesetzeslücke erfordert die analoge Anwendung der für einen Tatbestand im Gesetz gegebenen Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten Tatbestand die Begründung, dass beide Tatbestände infolge ihrer Ähnlichkeit in den für die gesetzliche Bewertung maßgebenden Hinsichten gleich zu bewerten sind (vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft 6. Aufl. S. 381). Diese Voraussetzungen sind, wie der Senat in der Leitentscheidung im 154. Band ausführlich dargelegt hat (BGHZ aaO S. 368 f), nur insoweit gegeben, als bei fortwährender Masseunzulänglichkeit ähnlich wie bei der ursprünglichen der Wettlauf konkurrierender Gläubiger zu vermeiden ist. Der Insolvenzverwalter kann deshalb auch dann, wenn die neu zu erwirtschaftende Insolvenzmasse nicht einmal ausreicht, neben den nach § 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO vorrangig auszugleichenden Kosten des Insolvenzverfahrens sämtliche Neumassegläubiger zu befriedigen, nicht mehr uneingeschränkt zur Leistung verurteilt werden. Das Bestehen der Forderungen der Neumassegläubiger ist - jedenfalls wenn eine auf sie entfallende Quote noch nicht feststeht - gerichtlich nur noch festzustellen.

19 Aus dieser Rechtsprechung kann der beklagte Insolvenzverwalter jedoch nichts herleiten, weil nicht mehrere Neumassegläubiger miteinander in Konkurrenz stehen.

20 c) Die bisher ergangene Rechtsprechung des Senats zur Rangordnung und gerichtlichen Durchsetzung von Neumasseverbindlichkeiten (vgl. BGHZ 154, 358, 368 ff; BGH, Urt. v. 4. Dezember 2003 - IX ZR 222/02, WM 2004, 295, 298 f) bezieht sich auf Fälle der Masseunzulänglichkeit (§ 208 Abs. 1 InsO) und nicht auf solche der Einstellungsreife mangels Masse (§ 207 InsO). Entschieden wurde jeweils über die Abwertung von Masseverbindlichkeiten gemäß § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu sonstigen Masseverbindlichkeiten und die Auswirkungen dieser Abwertung für die gerichtliche Geltendmachung der Neumasseverbindlichkeit im Wege der Leistungsklage. Das Rangverhältnis zwischen den Kosten des Insolvenzverfahrens (§ 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO in Verbindung mit § 54 InsO) und den Neumasseverbindlichkeiten nach § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO war dagegen nicht Gegenstand jener Entscheidungen. Im vorliegenden Fall konkurrieren die im ersten Rang zu berichtigenden Kosten des Insolvenzverfahrens gemäß § 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO mit den im zweiten Rang zu berichtigenden Neumasseverbindlichkeiten eines Gläubigers nach § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Auf dieses Verhältnis ist § 210 InsO entsprechend anzuwenden, um der absoluten Vorrangstellung der gesamten Verfahrenskosten Geltung zu verschaffen. Ist deren Begleichung nicht gesichert, gilt das Vollstreckungsverbot auch für den Neumassegläubiger, mit der Folge, dass ihm das Rechtsschutzbedürfnis für eine Leistungsklage fehlt.

21 aa) Insoweit besteht eine vom Gesetz nicht bedachte Lücke, weil § 210 InsO nur das Verhältnis zwischen schutzwürdigen Neumasseverbindlichkeiten

und den übrigen Masseverbindlichkeiten in den Blick nimmt, ohne die sogar im ersten Rang zu berichtigenden Kosten des Insolvenzverfahrens anzusprechen.

22 (1) Schon aus dem Wortlaut des § 209 Abs. 1 InsO folgt deutlich, dass die Kosten des Insolvenzverfahrens (§ 54 InsO) absoluten Vorrang auch vor den Neumasseverbindlichkeiten haben. Deshalb spricht schon diese Vorschrift für das Ergebnis, auch bei nur einem Neumassegläubiger eine Leistungsklage gegen die Masse nicht zuzulassen, wenn durch die Vollstreckung des Leistungsurteils der Vorrang der Kosten gefährdet ist.

23 (2) In der Begründung zu § 320 des Entwurfs wird zwar darauf hingewiesen, falls aus der Masse nicht einmal die Kosten des Verfahrens gedeckt werden könnten, habe der Insolvenzverwalter die Möglichkeit, die Verwertung der Insolvenzmasse nach § 317 Abs. 1 des Entwurfs (§ 207 Abs. 1 InsO) sofort einzustellen. Dagegen lasse die Feststellung nur der Masseunzulänglichkeit seine Pflichten zur Verwaltung und Verwertung der Masse unberührt (§ 320 Abs. 1 des Entwurfs = § 208 Abs. 3 InsO; vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 219). Zu § 317 Abs. 3 des Entwurfs (§ 207 Abs. 3 InsO) wird ergänzend ausgeführt, dem Verwalter könne nicht zugemutet werden, die Verwertung der Masse fortzusetzen, obwohl seine Vergütungsansprüche nicht voll erfüllt werden könnten; deshalb sei er bei fehlender Kostendeckung nur noch verpflichtet, mit den vorhandenen Barmitteln gleichmäßig die Kosten des Verfahrens zu berichtigen (vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 218). Diese Ausführungen knüpfen an die zu § 60 KO ergangene Rechtsprechung des Senats zur Vergütung des Konkursverwalters im massearmen Konkurs an, nach der es auch aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten ist, die nach Feststellung der Masseunzulänglichkeit entstandenen Vergütungsansprüche aus der Rangordnung der Konkursordnung herauszunehmen (vgl. BGHZ 116, 233, 237 ff). Hinsichtlich der vor diesem Zeit-

punkt entstandenen Vergütungsansprüche hat sich der Senat an einer Aufwertung des Ranges gehindert gesehen, weil diese auf eine dem Richter verschlossene Gesetzeskorrektur hinauslaufe und folglich die ihm mögliche Rechtsfortbildung überschreite (BGHZ aaO S. 241).

24 (3) Die Insolvenzordnung unterscheidet demgegenüber in § 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO nicht danach, ob die Vergütungs- und Auslagenansprüche des Insolvenzverwalters vor oder nach Eintritt der Masseunzulänglichkeit erdient worden sind. Sie räumt ihnen vielmehr generell eine absolute Priorität ein (vgl. HK-InsO/Landfermann, aaO § 209 Rn. 5; MünchKomm-InsO/Hefermehl, § 209 Rn. 15; siehe ferner § 207 Abs. 3 InsO für den Fall der Einstellung des Verfahrens mangels Masse). Um eine Schutzlücke hinsichtlich des verfassungsrechtlich verbürgten Vergütungsanspruchs zu vermeiden, kann die Vorrangstellung auch nicht davon abhängen, ob die Insolvenzmasse nur unzulänglich ist (§ 208 InsO) oder ob sie nicht einmal ausreicht, die Kosten des Verfahrens zu decken (§ 207 InsO). Dies ergibt sich aus dem von der Insolvenzordnung vorgegebenen Verfahren, in dem über die Einstellung mangels Masse zu entscheiden ist. Der Insolvenzverwalter kann das Insolvenzverfahren nicht selbst einstellen, sondern gegenüber dem Insolvenzgericht nur die Einstellung anregen. Dieses hat zuvor zwingend die Gläubigerversammlung, den Insolvenzverwalter und die Massegläubiger zu hören (§ 207 Abs. 2 InsO) und Gelegenheit zur Leistung eines ausreichenden Geldbetrages zur Abwendung der Verfahrenseinstellung zu geben (§ 207 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 InsO). Entgegen der in der Gesetzesbegründung vertretenen Auffassung kann der Verwalter die Verwertung der Insolvenzmasse somit nicht sofort einstellen. Die aus der weiteren Verwaltung entstandenen Kosten sind - soweit kein Missbrauch vorliegt - ebenfalls bevorrechtigt.

25 bb) Die planwidrige Regelungslücke ist in der Weise zu schließen, dass die Rechtsfolgen des § 210 InsO auch dann anzuwenden sind, wenn ein nach § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO bevorrechtigter Neumassegläubiger aus der freien Masse nicht befriedigt werden kann, ohne dass daneben die Kosten des Insolvenzverfahrens gedeckt sind. Dieser Tatbestand ähnelt in der für die gesetzliche Bewertung maßgeblichen Hinsicht dem von § 210 InsO unmittelbar geregelten Fall, dass die Verfahrenskosten zwar gedeckt sind, neben den Neumasseverbindlichkeiten aber die übrigen Masseverbindlichkeiten nicht vollständig berichtigt werden können. Auf ein Konkurrenzverhältnis zwischen mehreren Neumassegläubigern (vgl. BGHZ 154, 358, 368 ff), welches das Berufungsgericht für erforderlich gehalten hat, kommt es sonach nicht an.

26 d) Die zu erwirtschaftende Insolvenzmasse reicht nicht aus, um die eingeklagte Neumasseverbindlichkeit neben den Kosten des Insolvenzverfahrens zu berichtigen. Das kann der Senat selbst entscheiden, weil der Sachverhalt insoweit hinreichend geklärt ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

27 aa) Der Beklagte hat sich im Prozess darauf berufen, dass seine Entscheidung, die eingetretene Masseunzulänglichkeit dem Insolvenzgericht (erneut) anzuzeigen, keiner gerichtlichen Überprüfung unterliege und unanfechtbar sei. Der Gesetzgeber hat die nähere Festlegung der Wirkungen der Anzeige nach § 208 Abs. 1 Satz 1 InsO der Rechtsprechung überlassen (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages, BT-Drucks. 12/7302 S. 179 f zu § 234b Abs. 3 und zu § 234d). Der Bundesgerichtshof hat die Rechtsverbindlichkeit einer erneuten Anzeige der Masseunzulänglichkeit offen gelassen (BGHZ 154, 358, 369). Sie kann auch hier offen bleiben. Die praktische Bedeutung der Rechtsfrage ist ohnehin gering. Der Senat zweifelt daran, dass die in Übereinstimmung mit § 208 Abs. 1 und 2 InsO

erfolgte Anzeige der Masseunzulänglichkeit die von der Revision angenommene Bindungswirkung (vgl. BGHZ 154, 358, 360 f; BAG ZIP 2002, 628, 631) ausnahmslos entfaltet. Vielmehr spricht einiges dafür, dass Ausnahmen anzuerkennen sind. Solche liegen bei Fallgestaltungen zumindest nahe, in denen dem Insolvenzverwalter unredliches Verhalten vorzuwerfen ist, er arglistig handelt oder ausreichender Massebestand gerichtskundig ist und deshalb keines Beweises bedarf.

28 bb) Im Streitfall kann auch dies unentschieden bleiben, weil die Masseinsuffizienz nach den von dem Beklagten vorgelegten und von dem Kläger nicht in Zweifel gezogenen Zwischenberichten vom 6. Juni 2003 und 5. Dezember 2003 feststeht. Hiervon sind auch die Prozessbevollmächtigten der Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausgegangen. In dem ersten Bericht errechnet der Beklagte unter Einschluss des streitigen Zahlungseingangs eine freie Masse von knapp 37.300 €, der allein eine Regelvergütung von gut 39.500 € gegenübersteht. In dem nachfolgenden Zwischenbericht gelangt er - wiederum unter Einschluss der hier streitigen Zahlung - zu einer freien Masse von 66.739,89 € bei einem Vergütungsanspruch von 56.679,97 €. Für die Berichtigung der Gerichtskosten und der Neumasseverbindlichkeiten verblieb sonach bezogen auf diesen Zeitpunkt nur ein Betrag von 10.059,90 €.

29 cc) Angesichts der in den Berichten dargelegten Geschäftsführung des Insolvenzverwalters und der hierbei für die Masse erwirtschafteten Kostenbeiträge der absonderungsberechtigten Gläubiger (§§ 166, 171 InsO) war die Fortführung des Insolvenzverfahrens trotz der andauernden Masseunzulänglichkeit schließlich nicht unter dem Gesichtspunkt missbräuchlich, dass sich mit ihr der Vergütungsanspruch laufend erhöhte. Auf die von der Revisionserwiderung erhobene Gegenrüge, es fehlten Feststellungen zu der Höhe der nach der ersten

Anzeige der Masseunzulänglichkeit am 9. Oktober 2002 entstandenen Neumasseverbindlichkeiten und Verfahrenskosten kommt es - wie ausgeführt - nicht an.

Dr. Gero Fischer Dr. Ganter Raebel

Kayser Dr. Detlev Fischer

Vorinstanzen:
LG Neubrandenburg, Entscheidung vom 14.07.2004 - 2 O 185/03 -
OLG Rostock, Entscheidung vom 29.12.2004 - 3 U 164/04 -