

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

BGB §§ 557, 254 Bb; KO §§ 59 Abs. 1 Nr. 1 und 2, 60

- a) Der Mieter enthält dem Vermieter die Mietsache auch dann vor, wenn er sie sich wegen der auf Grund eines Untermietvertrages bestehenden Bindungen nicht rechtzeitig wiederbeschaffen kann.
- b) Der Entschädigungsanspruch nach § 557 BGB ist nicht deswegen nach § 254 BGB zu kürzen, weil der Vermieter von seinem Herausgabeanspruch gegen den Untermieter nach § 556 Abs. 3 BGB keinen Gebrauch macht.
- c) Der Entschädigungsanspruch nach § 557 BGB begründet eine Masseschuld nach § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO und nicht nach § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO.
- d) Die nach Feststellung der Masseunzulänglichkeit begründeten Masseverbindlichkeiten (die sogenannten Neumasseschulden) sind im Rahmen des § 60 KO und nicht vorweg zu berichtigen.

BGH, Urt. v. 15. Februar 1984 - VIII ZR 213/82 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 213/82

URTEIL

Verkündet am
15. Februar 1984
K a n i k,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwaltes Dieter Z [REDACTED], A [REDACTED] Straße [REDACTED] in D [REDACTED],
als Konkursverwalter über das Vermögen der G. B [REDACTED] &
Le H [REDACTED] GmbH & Co. KG, B [REDACTED] Straße [REDACTED] in K [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. Frau Erika H [REDACTED],

2. Frau Hilde R [REDACTED], beide B [REDACTED] Straße [REDACTED] in K [REDACTED],

Klägerinnen und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Februar 1984 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Skibbe, Treier, Dr. Brunotte und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 3. Juni 1982 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Durch Vertrag vom 24. Mai 1967 nebst Nachträgen vom 25. Mai 1972, 31. Mai 1972 und 1./14. Dezember 1977 vermieteten die Klägerinnen der Firma G. B. [REDACTED] & Le H. [REDACTED] GmbH & Co. KG Geschäftsräume in H. [REDACTED] B. [REDACTED]weg [REDACTED]. Die monatliche Miete betrug zuletzt 2.000,-- DM zuzüglich 13 % Mehrwertsteuer, insgesamt also 2.260,-- DM. Die Mieterin hat nach dem - bestrittenen - Vortrag des Beklagten die Räume der Firma Thomas F. [REDACTED] GmbH & Co. KG, deren Kommanditistin sie ist, untervermietet.

Über das Vermögen der Firma G. B. [REDACTED] & Le H. [REDACTED] GmbH & Co. KG wurde am 31. Oktober 1980 und über das Vermögen der Firma Thomas F. [REDACTED] GmbH & Co. KG am 1. Oktober 1980 das Konkursverfahren eröffnet. Der Beklagte ist Konkursverwalter in beiden Verfahren.

Mit Schreiben vom 3. November 1980, das dem Beklagten am 4. November 1980 zuing, kündigten die Klägerinnen das Mietverhältnis zum 31. Januar 1981. Daraufhin stellte der Beklagte die Räumung zunächst für das Jahresende 1980 und später für das erste Quartal 1981 in Aussicht. Die Mietsache wurde den Klägerinnen am 29. Juni 1981 zurückgegeben.

Zur ersten Gläubigerversammlung in dem Konkursverfahren

der Firma G. B[REDACTED] & Le H[REDACTED] GmbH & Co KG erstattete der Beklagte den Bericht vom 14. Januar 1981.

Die Parteien streiten darüber, ob den Klägerinnen für die Zeit nach Beendigung des Mietverhältnisses bis zur Rückgabe des Mietobjekts ein Entschädigungsanspruch nach § 557 Abs. 1 Satz 1 BGB zusteht und in welchem Range dieser im Konkursverfahren der Firma G. B[REDACTED] & Le H[REDACTED] GmbH & Co. KG zu befriedigen ist. Der Beklagte hat behauptet, die Untermieterin habe die Mieträume nicht herausgegeben, so daß ihm die Rückgabe unmöglich gewesen sei. Der Entschädigungsanspruch nach § 557 BGB sei Masseschuld im Sinne des § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO und unterliege der Verteilung nach § 60 KO. Unstreitig reiche die Masse nicht zur vollen Befriedigung aller Masseschuldansprüche aus. Die Klägerinnen vertreten demgegenüber die Ansicht, der Entschädigungsanspruch sei als sogenannte Neumasseschuld vorab voll zu berichtigen.

In erster Instanz haben die Klägerinnen Mietzins für die Monate November 1980 bis Januar 1981 sowie einen Entschädigungsanspruch nach § 557 Abs. 1 Satz 1 BGB für die Monate Februar bis Mai 1981 in Höhe von insgesamt 15.820,-- DM (7 x 2.260,-- DM) nebst Zinsen geltend gemacht. Nachdem der Beklagte die Mietzinsansprüche anerkannt hatte, verurteilte ihn das Landgericht, die Klägerinnen wegen einer Forderung von 6.780,-- DM ohne Zinsen als Masseschuld im Konkursverfahren zu

befriedigen. Im übrigen wies es die Klage ab mit der Begründung, die nach Abzug des anerkannten Betrages verbleibende Forderung sei nach § 60 KO zu berücksichtigen, die Verteilungsquote stehe aber noch nicht fest. Die Klägerinnen haben Berufung eingelegt und die Klage um den Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsent-schädigung für Juni 1981 erweitert und deshalb insgesamt weitere 11.300,-- DM verlangt (5 x 2.260,-- DM). Das Berufungsgericht hat diesem Antrag entsprochen.

Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerinnen beantragen, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Zurückweisung der Berufung weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht führt aus, der Beklagte schulde den Klägerinnen aus der Masse eine Entschädigung nach § 557 BGB in Höhe von 11.300,-- DM. Es unterstellt die behauptete Untervermietung und meint, die Rückgabe der Mietsache sei dem Beklagten nicht dadurch unmöglich gewesen, daß die Untermieterin die Räume nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses weiterhin behalten habe. Er sei daher von der Verpflichtung zur Rückgabe nicht frei geworden, so daß der Entschädigungsanspruch der Klägerinnen nicht ausgeschlossen sei. Der Anspruch sei auch nicht nach § 254 BGB zu kürzen. Die Klägerinnen hätten die

Vorenthaltung der Mietsache nicht dadurch mitverursacht, daß sie es versäumt hätten, ihren Rückforderungsanspruch gegen die Untermieterin (§ 556 Abs. 3 BGB) geltend zu machen. Überdies handle der Beklagte, der als Konkursverwalter auch über das Vermögen der Untermieterin die Räume nicht fristgemäß zurückgegeben habe, treuwidrig, wenn er den Klägerinnen anlasten wolle, nicht nach § 556 Abs. 3 BGB vorgegangen zu sein.

Der Entschädigungsanspruch sei als Masseschuld im Sinne des § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO im Range des § 60 Abs. 1 Nr. 1 KO zu befriedigen. Aus dem Bericht des Beklagten zur ersten Gläubigerversammlung ergebe sich, daß die erste Rangklasse voll abgedeckt sei, weshalb der Beklagte zur Zahlung in voller Höhe zu verurteilen sei.

II. 1. Die - von der Revision nicht angegriffene - Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerinnen hätten einen Entschädigungsanspruch nach § 557 Abs. 1 BGB, begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

Der Anspruch setzt voraus, daß dem Vermieter die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurückgegeben, sondern vorenthalten wird. Der Begriff "Vorenthaltung" besagt, daß der Mieter die Mietsache nicht zurückgibt und das Unterlassen der Herausgabe dem Willen des Vermieters widerspricht (Senatsurteil vom 13. Oktober 1982

- VIII ZR 197/81 = NJW 1983, 112, 113; vgl. auch BGB-RGRK-Gelhaar, 12. Aufl. § 557 Rdn. 4; Voelskow in MünchKomm, BGB, § 557 Rdn. 6; Staudinger/Sonnenschein, BGB, 12. Aufl. § 557 Rdn. 12; Palandt/Putzo, BGB, 43. Aufl. § 557 Anm. 3. a; Schmidt-Futterer/Blank, Wohnraumschutzgesetze, 3. Aufl. § 557 Rdn. B 374; Künkel MDR 1962, 92). Streitig ist, ob die Mietsache dem Vermieter dann vorenthalten wird, wenn ihre Rückgabe dem Mieter subjektiv unmöglich ist, weil beispielsweise der Untermieter die Räume in Besitz hat (vgl. zur Problematik Staudinger/Sonnenschein, BGB, 12. Aufl. § 557 Rdn. 20-24 m.w.N.; Schmidt-Futterer/Blank aaO Rdn. B 380-383). Hierzu wird teilweise die Auffassung vertreten (vgl. die Nachweise bei Staudinger/Sonnenschein, aaO Rdn. 21), § 557 BGB greife generell auch in solchen Fällen ein, weil der Mieter durch die Besitzvermittlung des Untermieters weiterhin mittelbarer Besitzer bleibe. Nach anderer Meinung (vgl. die Nachweise bei Staudinger/Sonnenschein aaO Rdn. 22) ist § 557 BGB ausgeschlossen, weil das subjektive Unvermögen der objektiven Unmöglichkeit gleichzustellen sei mit der Folge, daß sich Ersatzansprüche des Vermieters nach den §§ 280, 275 BGB richteten. Wieder andere stellen darauf ab, auf wessen Veranlassung es zurückzuführen ist, daß der Mieter die Sache am Ende der Mietzeit nicht herausgeben kann (Schmidt-Futterer/Blank aaO Rdn. B 383), oder lassen die Anwendung des § 557 BGB davon abhängen, ob der Hauptmieter in der

Lage ist, die Mietsache nach § 556 Abs. 1 BGB von dem Untermieter zurückzuerlangen (vgl. Staudinger/Sonnenschein aaO Rdn. 24).

Die Vorenthaltung der Mietsache ist dann anzunehmen, wenn der Mieter die Sache dem Vermieter gegen dessen Willen nicht herausgibt. Diese Voraussetzung für den Entschädigungsanspruch liegt auch dann vor, wenn der Mieter zur Rückgabe außerstande ist, weil sich das Mietobjekt im Besitz eines Untermieters befindet und der Hauptmieter wegen des Fortbestandes des Untermietvertrages nicht in der Lage ist, sich die Mietsache rechtzeitig wiederzubeschaffen. Denn der Hauptmieter hat dann selbst veranlaßt, daß der Mietgegenstand in den Besitz des Untermieters gelangt ist und deshalb von ihm nicht zurückgegeben werden kann. Es ist Sache des Mieters, sich auf eine vorzeitige Beendigung des Vertrages und die daraus folgende Rückgabe einzurichten. Deshalb hat er das Risiko nicht rechtzeitiger Rückgabe allein zu tragen (so auch Schmidt-Futterer/Blank aaO Rdn. B 383). Demgemäß hat der Senat bereits in seinem Urteil vom 10./12. Dezember 1973 - VIII ZR 125/71 (in Warn 1973, 811 insoweit nicht veröffentlicht) einen Entschädigungsanspruch nach § 557 BGB zuerkannt, obwohl der Untermietvertrag noch fortbestand. Ob diejenigen Fälle anders zu entscheiden sind, in denen der Mietgegenstand ohne Zutun des Mieters in den Besitz eines Dritten gelangt ist, z.B. durch Diebstahl der Mietsache oder durch Wiedereinweisung des räumungswilligen Untermieters in die Miet-

räume (vgl. hierzu Schmidt-Futterer/Blank aaO Rdn. B 383), kann hier dahinstehen, weil ein solcher Sachverhalt nicht vorliegt.

Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 10./12. Dezember 1973 betont, der Anwendung des § 557 BGB stehe grundsätzlich nicht entgegen, daß der Vermieter nach § 556 Abs. 3 BGB die Herausgabe der Mietsache von dem Untermieter verlangen kann, weil diese Vorschrift die Rechte des Vermieters nicht beschränke, sondern einen zusätzlichen Räumungsanspruch gebe. Daran wird festgehalten. Die im Schrifttum vertretene Ansicht, dem Vermieter, der es unterlasse, gegen den Untermieter Räumungsklage nach § 556 Abs. 3 BGB zu erheben, könne der Einwand aus § 254 BGB entgegengehalten werden, wenn der Mieter seinerseits die Mietsache nicht nach § 556 Abs. 1 BGB von dem Untermieter zurückfordern könne (Gelhaar in BGB-RGRK, 12. Aufl. § 557 Rdn. 9; Voelskow in MünchKomm, BGB, § 557 Rdn. 12; Palandt/Putzo, BGB, 43. Aufl. § 557 Anm. 3 a); Erman/Schopp, BGB, 6. Aufl. § 557 Rdn. 2), teilt der erkennende Senat nicht. Grundsätzlich kann dem Vermieter nicht zugemutet werden, gegen den Untermieter einen Rechtsstreit zu führen und damit das Prozeßrisiko zu übernehmen. Ob dies auch dann anzunehmen ist, wenn der Mieter bereit ist, dem Vermieter die entstehenden Kosten vorzuschießen (vgl. Gelhaar aaO Rdn. 9), kann dahingestellt bleiben. Der Beklagte hat nämlich nicht behauptet, sich zur Vorschußleistung erboten zu haben.

2. Mit den Verfahrensrügen nach §§ 286, 278 Abs. 3 ZPO greift die Revision jedoch zu Recht die Feststellung des Berufungsgerichts an, die Masse reiche zur vollen Befriedigung aller in der Rangklasse des § 60 Abs. 1 Nr. 1 KO zu berichtigenden Forderungen aus.

a) Die - insoweit übereinstimmende - Auffassung von Berufungsgericht und Revision, der Entschädigungsanspruch nach § 557 Abs. 1 Satz 1 BGB sei Masseschuldanspruch im Sinne des § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO und daher im Range des § 60 Abs. 1 Nr. 1 KO zu berichtigen, begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

Masseschulden im Sinne des § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO sind die Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens erfolgen muß. Daß Mietzinsansprüche unter diese Bestimmung fallen, ist allgemeine Meinung (vgl. Böhle-Stamschräder/Kilger, KO, 14. Aufl. § 59 Anm. 4; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, 9. Aufl. § 59 Rdn. 12; Jaeger/Lent, KO, 8. Aufl. § 59 Rdn. 7). Entsprechendes gilt für den Entschädigungsanspruch aus § 557 BGB. Zwar beruht er nicht auf einem Vertrag, weil er gerade die Beendigung des Mietverhältnisses voraussetzt. Er ist jedoch vertragsähnlicher Natur, tritt an die Stelle des ursprünglichen Mietzinsanspruchs und ist deshalb wie dieser als Masseschuld im Sinne des § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO einzuordnen (Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl. § 19

Rdn. 78; Böhle-Stamschräder/Kilger, KO, 14. Aufl. § 19 Anm. 9; OLG Nürnberg DB 1973, 966, 967; Beyer BB 1951, 546; Eckert ZIP 1983, 770, 774, 775). Wie der Senat in seinem Urteil vom 27. April 1977 (BGHZ 68, 307, 310) ausgeführt hat, tritt der Entschädigungsanspruch nach § 557 BGB im Rahmen des Abwicklungsschuldverhältnisses nach beendetem Mietvertrag als vertraglicher Anspruch eigener Art an die Stelle des Mietzinsanspruchs (so auch Schmidt-Futterer/Blank aaO Rdn. B 390; Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl. § 19 Rdn. 78; Soergel/Mezger, BGB, 10. Aufl. § 557 Rdn. 11). Hieran wird festgehalten. Der Entschädigungsanspruch gewährt einen Ausgleich dafür, daß der Mieter die Nutzungsmöglichkeit der Mieträume nach Beendigung des Mietverhältnisses weiterhin für sich in Anspruch nimmt (Senatsurteil vom 27. April 1977 aaO S. 310). Die vertragsähnliche Natur des Nutzungsverhältnisses zeigt sich auch darin, daß den früheren Mietvertragsparteien wähen der Vorenthaltung der Mietsache aus dem Abwicklungsschuldverhältnis über § 557 BGB hinaus weitere Rechte und Pflichten erwachsen (Voelskow in MünchKomm, BGB, § 557 Rdn. 29 bis 35; Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl. § 19 Rdn. 79). Dem Entschädigungsanspruch des Vermieters ist deshalb im Konkurs des Mieters der gleiche Rang einzuräumen wie der vertraglichen Mietzinsforderung, welche typische Masseschuld im Sinne des § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO ist (Böhle-Stamschräder/Kilger, KO, 14. Aufl. § 59 Anm. 4). Er fällt daher nicht unter § 59 Abs. 1 Satz 1 KO.

b) Der Revision ist darin beizupflichten, daß der Bericht des Beklagten vom 14. Januar 1981 zur ersten Gläubigerversammlung die Feststellung des Berufungsgerichts, die Masse reiche zur vollen Befriedigung aller in der Rangklasse des § 60 Abs. 1 Nr. 1 KO zu berichtigenden Forderungen aus, nicht trägt. Der Bericht läßt nicht erkennen, ob die dort als "die eigentlichen gewillkürten Masseschulden" bezeichneten Forderungen identisch sind mit den Masseschulden im Sinne des § 60 Abs. 1 Nr. 1 KO. Die Ausführungen in dem Bericht über die nach festgestellter Masseunzulänglichkeit entstehenden neuen Masseschulden und auflaufenden Massekosten deuten darauf hin, daß unter "gewillkürten Masseschulden" im Sinne des Berichts nur die sogenannten Neumasseschulden und -kosten zu verstehen sind, also Masseschulden und -kosten, die nach Meinung eines Teils des Schrifttums (vgl. dazu unten Abschnitt c) noch vor der Rangklasse des § 60 Abs. 1 Nr. 1 KO zu befriedigen sind. Denn der Beklagte teilt in dem Bericht mit, daß sich das Konkursverfahren "allein in einer Masseunzulänglichkeit mit einer nachfolgenden Einstellung nach § 204 KO" abwickeln lasse. Er geht anschließend auf die im Schrifttum vertretene Ansicht ein, nach welcher die nach festgestellter Masseunzulänglichkeit aus Handlungen des Verwalters entstehenden neuen Masseschulden sowie die auflaufenden Massekosten nicht an der Verteilung gemäß § 60 KO teilnehmen und vor den alten Masseschulden in voller Höhe zu berichtigen sind. Diese Erörterungen deuten an, daß die Masse

möglicherweise nur zur Befriedigung der bevorrechtigten Neu-
masseschulden im Sinne der neuen Lehre ausreicht.

Die Hinweise in dem Bericht, über die reinen Abwicklungs-
kosten hinaus seien keine freien Beträge zu erreichen und be-
reits die gesetzlichen Masseschulden, insbesondere die Löhne
und Gehälter im Auslauf der Kündigungszeit, fielen aus, sprechen
dafür, daß die Massegläubiger im Range des § 60 Abs. 1
Nr. 1 KO jedenfalls nicht voll befriedigt werden können. Denn
bei den Löhnen und Gehältern handelt es sich um Ansprüche, wel-
che kraft Gesetzes nach Maßgabe des § 22 KO für die Zeit nach
Konkurseröffnung als Masseschulden im Sinne des § 59 Abs. 1
Nr. 2 KO anzusehen (vgl. RGZ 55, 265, 267; Böhle-Stamschräder/
Kilger, KO, 14. Aufl. § 59 Anm. 4; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck,
KO, 9. Aufl. § 59 Rdn. 12) und als solche im Range des § 60
Abs. 1 Nr. 1 KO zu befriedigen sind. Der Bericht ergibt so-
mit, daß die Massegläubiger der ersten Rangklasse nach dem da-
maligen Stand des Konkursverfahrens allenfalls quotenmäßig
berücksichtigt werden konnten. Damit stimmt der Vortrag des Be-
klagten überein, die Masse reiche zur vollen Befriedigung der
Ansprüche im Sinne des § 60 Abs. 1 Nr. 1 KO nicht aus. Un-
streitig lag Masseunzulänglichkeit vor; ihr Umfang ist in-
dessen nicht festgestellt.

Das Berufungsgericht hätte deshalb - wie die Revision zu
Recht rügt - die Parteien nach § 278 Abs. 3 ZPO darauf hinweisen

müssen, daß es die laut Bericht gedeckten Masseschulden mit denjenigen des § 60 Abs. 1 Nr. 1 KO gleichsetzt. Denn der für die Masseunzulänglichkeit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte (Böhle-Stamschräder/Kilger, KO, 14. Aufl. § 60 Anm. 2) hat diesen rechtlichen Gesichtspunkt erkennbar für unerheblich gehalten, weil er davon ausging, daß es allein um die Frage ging, ob der Entschädigungsanspruch eventuell vorab als sogenannte Neumasseschuld zu befriedigen ist. Für den Fall, daß der Anspruch unter § 60 Abs. 1 Nr. 1 KO fällt - wie er selbst annimmt - stand für ihn fest, daß allenfalls eine quotenmäßige Tilgung möglich war.

c) Die Klägerinnen meinen, es komme nicht darauf an, ob und gegebenenfalls mit welcher Quote hier die Massegläubiger im Range des § 60 Abs. 1 Nr. 1 KO befriedigt werden können, weil ihnen ein vorweg voll zu befriedigender Neumasseschuldanspruch zustehe.

aa) Der Auffassung der Klägerinnen könnte nur gefolgt werden, wenn der im Schrifttum vertretenen Ansicht zuzustimmen wäre, die nach festgestellter Masseunzulänglichkeit entstehenden neuen Masseschulden nähmen nicht an der Verteilung nach § 60 KO teil, sondern seien vorweg zu tilgen, und wenn außerdem auch Masseschulden, die wie die Entschädigungsforderung aus § 557 BGB unter § 59 Abs. 1 Nr. 2 und nicht unter § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO fallen, zu den Neumasseschulden im Sinne

dieser Auffassung gehörten. Die letztere Frage kann dahingestellt bleiben, weil eine Vorwegbefriedigung von Neumassenschulden ohne Rücksicht darauf, welcher gesetzlichen Gruppe von Masseschulden sie zuzuordnen sind, nicht in Betracht kommt.

bb) Das Schrifttum (Henckel, Masselosigkeit und Masseschulden in Festschrift: Einhundert Jahre Konkursordnung, 1877-1977, 1977, S. 169, 183-185; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, 9. Aufl. § 60 Rdn. 2; Böhle-Stamschräder/Kilger, KO, 14. Aufl. § 60 Anm. 4; Weber/Irschlinger/Wirth KTS 1979, 131, 137, 140, 141; Heilmann BB 1976, 765, 770; ders. KTS 1976, 96, 102, 103) rechtfertigt seine Auffassung im wesentlichen mit folgenden Erwägungen: Ohne die Begründung neuer Masseverbindlichkeiten sei eine wirtschaftlich vernünftige Abwicklung meist nicht zu erreichen. Als Ausgleich für die neue Masseschuld fließe eine Gegenleistung in die Masse, weshalb diese nicht verkürzt werde. Würden die neuen Masseverbindlichkeiten nicht vorrangig befriedigt, bestände die Gefahr, daß der Konkursverwalter solche gar nicht eingehen könne, weil er sich sonst der Gefahr aussetze, von den neuen Gläubigern persönlich haftbar gemacht zu werden (§ 82 KO).

cc) Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Eine solche konkursrechtliche Einordnung von Masseschulden ist im Gesetz nicht vorgesehen und könnte daher nur kraft Richterrechts vorgenommen werden. Der richterlichen Rechtsfortbildung sind

jedoch durch den Grundsatz der Rechts- und Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) Grenzen gesetzt (BVerfG Beschluß vom 19. Oktober 1983 - 2 BvR 485, 486/80 = WM 1984, 53, 55 = ZIP 1984, 78). Diese Grenzen würden durch Anerkennung einer vorrangigen Befriedigung der Neumasseschulden überschritten. Denn eine gesetzliche Regelungslücke, die es dem Richter erlaubte, bestimmte Massegläubiger vor den übrigen zu privilegieren, besteht nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat durch den Beschluß vom 19. Oktober 1983 (aaO) ausgesprochen, daß die Einordnung von Sozialplanabfindungen kraft Richterrechts als Konkursforderungen im Range vor § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO mit Art. 20 Abs. 3 GG unvereinbar ist. Die nach Wortlaut, Systematik und Sinn abschließende Regelung des § 61 KO durchbreche den Grundsatz gleichmäßiger Befriedigung aller Konkursgläubiger. Darum seien nur gesetzlich begründete Vorrechte anzuerkennen. Zudem stelle § 61 KO zwingendes Recht dar, welches eine Ausweitung der Rangordnung verbiete, weil dadurch die den nachrangigen Gläubigern verbleibende Haftungsmasse gemindert würde. Diese Erwägungen sind auch für § 60 KO maßgeblich. Der Gesetzgeber hat bereits bei Schaffung der Konkursordnung berücksichtigt, daß im Rahmen der Verwaltung und Verwertung der Masse neue Verbindlichkeiten und Kosten entstehen, die vorweg zu berichtigen sind, bevor der Zweck des Verfahrens, das Vermögen unter die Konkursgläubiger zu verteilen, erreicht werden kann (vgl. Hahn, Materialien zur Konkursordnung, 1881, S. 226-228). Im Interesse dieser Massegläubiger sind die §§ 57 bis

60 KO in das Gesetz aufgenommen worden. Obwohl die Massegläubiger - anders als die Konkursgläubiger - grundsätzlich voneinander unabhängig sind, hat der Gesetzgeber für den Fall der Masseunzulänglichkeit eine Rangordnung eingeführt. In der Begründung des Entwurfs heißt es, daß die Teilung in der Regel im Verhältnis der Forderungen erfolgen müsse und nur ein solcher Vorrang zugelassen werden könne, den der eine Anspruch vor dem anderen aufgrund seiner rechtlichen Natur in sich trage (Hahn aaO S. 234). Darum hat der Gesetzgeber die von dem Konkursverwalter zum Zwecke der Verwertung der Masse begründeten Verbindlichkeiten privilegiert und der ersten Rangklasse des § 60 KO zugeordnet. Er hat jedoch keinen Anlaß gesehen, zwischen den vor Feststellung der Masseunzulänglichkeit und den danach begründeten Forderungen zu differenzieren und letzteren vor den anderen ein Vorrecht einzuräumen. Die Regelung in § 60 KO ist deshalb als abschließend zu betrachten, so daß eine kraft Richterrechts auszufüllende Regelungslücke nicht besteht. Es ist auch kein zwingender Grund ersichtlich, die sogenannten Neumasseschulden zu bevorzugen. Die im Schrifttum vertretene Lehre beruht letztlich auf der Ansicht, der Konkursverwalter müsse auch nach Feststellung der Masseunzulänglichkeit die Masse restlos verwerten und dazu zwangsläufig weitere Verbindlichkeiten eingehen. Demgegenüber ist jedoch darauf hinzuweisen, daß die Fortführung der Verwertung unter diesen Voraussetzungen nicht immer im Interesse der Massegläubiger liegt, weil alle zusätzlichen Verträge die Masse kürzen können. Der

Konkursverwalter hat sich deshalb bei unzulänglicher Masse vor Abschluß neuer Verträge in Anbetracht seiner Haftung nach § 82 KO zu vergewissern, daß die vorhandenen Massegläubiger durch die Eingehung weiterer Verbindlichkeiten keinen Nachteil erfahren und die Forderung des neu hinzutretenden Gläubigers trotzdem in voller Höhe getilgt werden kann. Dies kann dazu führen, daß der Konkursverwalter von weiteren Verwertungshandlungen Abstand nehmen muß. Gerade das aber hat der Gesetzgeber in Kauf genommen.

3. Das Berufungsgericht wird daher auf der Grundlage weiterer Darlegungen des beweispflichtigen Beklagten Feststellungen darüber zu treffen haben, ob und gegebenenfalls mit welcher Quote die Massegläubiger im Range des § 60 Abs. 1 Nr. 1 KO befriedigt werden können.

Da somit weitere Feststellungen zu treffen sind, war das Berufungsurteil aufzuheben. Die Sache war zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 ZPO), dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen war.

Braxmaier

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Brunotte

Groß