



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 101/02

Verkündet am:
3. April 2003
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: _____ ja

InsO §§ 208 Abs. 1 und 2, 209 Abs. 1 Nr. 3

Die vom Insolvenzverwalter formgerecht angezeigte Masseunzulänglichkeit ist für das Prozeßgericht bindend; Altmasseverbindlichkeiten können danach nicht mehr mit der Leistungsklage verfolgt werden (im Anschluß an BAG ZIP 2002, 628).

InsO §§ 209 Abs. 2 Nr. 3, 55 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 Satz 2, 90 Abs. 2 Nr. 3

Der Insolvenzverwalter nimmt die Gegenleistung aus einem Dauerschuldverhältnis in Anspruch, indem er diese Leistung nutzt, obwohl er das pflichtgemäß hätte verhindern können. Die Entgegennahme einer fälligen Untermietzahlung vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit ist keine Nutzung in dem anteilig mit abgegoltenen Zeitraum danach.

InsO §§ 209 Abs. 1 Nr. 2, 210

Reicht die nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit zu erwirtschaftende Insolvenzmasse nicht aus, um alle Neumassegläubiger voll zu befriedigen, ist auf den Einwand des Insolvenzverwalters hin auch für diese Gläubiger nur noch eine Feststellungsklage zulässig; die Voraussetzungen sind vom Verwalter im einzelnen darzulegen und erforderlichenfalls nachzuweisen.

BGH, Urteil vom 3. April 2003 - IX ZR 101/02 - LG Düsseldorf
AG Langenfeld

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. April 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft und die Richter Kirchhof, Dr. Fischer, Raebel und Nešković

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird - unter Zurückweisung der Anschlußrevision der Kläger - das Urteil der 24. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 19. März 2002 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist.

Die Berufung der Kläger gegen das Urteil des Amtsgerichts Langenfeld vom 1. Oktober 2001 wird auch insoweit zurückgewiesen, als es die Klage wegen einer Forderung von 433,67 € (848,19 DM) - als Miete für die Zeit vom 15. bis 31. März 2001 - abgewiesen hat.

Wegen der verbliebenen Forderung von 1.734,69 € (3.392,76 DM) wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Rahmen einer gewerblichen Zwischenvermietung vermieteten die Kläger eine Eigentumswohnung an die B. GmbH (nachfolgend GmbH oder Schuldnerin) für eine Garantiemiete von zuletzt monatlich 1.696,38 DM. Mit Beschluß vom 31. Januar 2001 wurde über das Vermögen der GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter benannt. Dieser kündigte das mit den Klägern bestehende Mietverhältnis fristgemäß zum 31. Mai 2001. Mit einem am 15. März 2001 beim Insolvenzgericht eingegangenen Schreiben zeigte der Beklagte die Masseunzulänglichkeit des Insolvenzverfahrens an; das Gericht unterrichtete darüber die Massegläubiger einschließlich der Kläger. In der Folgezeit bezog der Beklagte weiter Miete von den Endmietern.

Die Kläger fordern die vereinbarte Miete für die Zeit vom 1. Februar bis 31. Mai 2001 in Höhe von 6.785,52 DM. Das Amtsgericht hat der Klage nur wegen der April-Miete, das Landgericht hat ihr weitergehend - in Höhe von insgesamt 2.168,36 € - für den Zeitraum vom 15. März bis 31. Mai 2001 stattgegeben. Dagegen richten sich die zugelassene Revision des Beklagten und die Anschlußrevision der Kläger.

Entscheidungsgründe:

Nur die Revision des Beklagten hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Beklagte schulde die Miete für die Zeit vom 15. März bis 31. Mai 2001 aus der Insolvenzmasse. Es handle sich um Neumasseverbindlichkeiten im Sinne von § 209 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Nr. 3 InsO, weil der Beklagte die im Mietvertrag vereinbarte Leistung der Kläger durch die fortdauernde Zwischenvermietung während der fraglichen Zeit benutzt habe. Ein besonderes "Verlangen" des Insolvenzverwalters sei dazu nicht nötig.

Hingegen sei die Klage wegen der Mietansprüche für die frühere Zeit unzulässig. Es handle sich um nachrangige Masseverbindlichkeiten im Sinne von § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO. Ihretwegen sei eine Zwangsvollstreckung gemäß § 210 InsO nicht mehr zulässig. Die Kläger könnten sich insoweit auch nicht auf eine vermeintliche Zahlungszusage des Beklagten bezüglich der Februar-Miete berufen. Denn die entsprechende Erklärung des Beklagten habe sich erkennbar allein auf den Fall bezogen, daß die Kläger ihrerseits von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht hätten.

II.

Die gegen die Klageabweisung gerichtete Anschlußrevision der Kläger (für den Zeitraum vom 1. Februar bis 15. März 2001) ist unbegründet.

1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß Forderungen im Sinne des § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit - § 208 Abs. 1 InsO - nicht mehr mit der Leistungsklage verfolgt

werden können (BAG ZIP 2002, 628, 629 f m.w.N.; OLG Köln ZIP 2001, 1422, 1423 f; OLG Celle OLGR 2001, 61; LAG Düsseldorf ZIP 2000, 2034, 2035; MünchKomm-InsO/Hefermehl § 208 Rn. 65 f; Braun/Kießner, InsO § 210 Rn. 7; Smid, InsO 2. Aufl. § 208 Rn. 15; Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 208 Rn. 27; Hess/Weis, InsO 2. Aufl. § 210 Rn. 15 f; Kübler in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. S. 967, 979 Rn. 42; vgl. auch LAG Stuttgart ZIP 2001, 657, 658). Der Senat schließt sich der hierfür vom Bundesarbeitsgericht (aaO) gegebenen, überzeugenden Begründung an.

Die in Übereinstimmung mit § 208 Abs. 1 und 2 InsO angezeigte Masseunzulänglichkeit ist für das Prozeßgericht bindend (BAG aaO S. 631). Dies ergibt nicht nur die Entstehungsgeschichte der neuen Norm zweifelsfrei. Vielmehr kann sie auch nur aufgrund eines solchen Verständnisses ihren Zweck erfüllen: Sie soll es dem Insolvenzverwalter ermöglichen, die noch vorhandene Insolvenzmasse gemäß § 208 Abs. 3 InsO auf rechtlich gesicherter Grundlage abzuwickeln. Diese sollte nach dem Regierungsentwurf zur Insolvenzordnung durch einen Beschluß des Insolvenzgerichts geschaffen werden. Statt dessen hat der Bundestag schon der Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Insolvenzverwalter eine solche konstitutive Wirkung beigemessen. Als Folge davon hat der Insolvenzverwalter vor auszuplanen, wie er künftig die Insolvenzmasse möglichst günstig abzuwickeln vermag. Jede verlässliche Berechnungsgrundlage würde aber zerstört, wenn sie aufgrund einer Vielzahl von Klagen der Altmassegläubiger laufend und sogar unbefristet zur Überprüfung durch unterschiedliche Prozeßgerichte gestellt werden könnte. Zwar bewirkt die Anzeige, daß die Altmassegläubiger keine quotale Befriedigung aus der Verteilung der vorhandenen Insolvenzmasse erhalten. Statt dessen geraten sie in einen Nachrang gegenüber den Neumassegäubigern (§ 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Diese im Interesse einer möglichst günstigen Masseverwertung - potentiell zugunsten

aller Gläubiger des betroffenen Insolvenzschuldners - getroffene Regelung des Gesetzgebers ist hinzunehmen. Als Ausgleich dafür hat er insbesondere die Haftung des Insolvenzverwalters für nicht erfüllbare Masseverbindlichkeiten nach Maßgabe des § 61 InsO verschärft. Dessen Anzeige der Masseunzulänglichkeit selbst kann dagegen allenfalls unter denselben Voraussetzungen unverbindlich sein, unter denen eine entsprechende Feststellung des Insolvenzgerichts nichtig wäre. Die Voraussetzungen für eine solche Ausnahme haben die Kläger hier nicht einmal ansatzweise dargetan.

2. Das Berufungsgericht hat auch mit Recht angenommen, daß die Mietforderungen der Kläger für Februar und - jedenfalls die erste Hälfte des Monats - März 2001 nur Altmasseverbindlichkeiten im Sinne von § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO darstellten. Dies sind, wie der Umkehrschluß aus Nr. 2 dieses Absatzes ergibt, Masseverbindlichkeiten im Sinne von § 55 InsO, die schon bis zur Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet worden sind. Für eine "Begründung" in diesem Sinne erst nach der Anzeige genügt es nicht, daß ein vorher abgeschlossenes Dauernutzungsverhältnis im Sinne des § 108 InsO auch noch eine gewisse Zeit lang nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit rechtlich fortbesteht. Dieser Umstand führt nicht etwa dazu, daß auch die vor der Anzeige ausgetauschten Leistungen rückwirkend als Leistungen nach der Anzeige gelten könnten.

Vielmehr geht § 108 Abs. 2 InsO grundsätzlich von der Teilbarkeit der Leistungen in einem Dauerschuldverhältnis entsprechend den Zeitabschnitten aus.

In zeitlicher Hinsicht begründet nicht nur die Insolvenzeröffnung selbst einen rechtlichen Einschnitt in das Dauerschuldverhältnis, sondern erneut die

Anzeige der Masseunzulänglichkeit. Anderenfalls wäre sie für Dauerschuldverhältnisse insgesamt wirkungslos, sofern diese nur die Insolvenzeröffnung selbst überdauern. Das verstieße gegen die Absicht des Gesetzgebers, mit der Anzeige der Masseunzulänglichkeit auch eine Neuordnung der Ratenverbindlichkeiten herbeizuführen. Die gegenteilige Auffassung der Anschlußrevision verstößt zudem gegen den systematischen Zusammenhang des § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO mit den in Absatz 2 aufgeführten Fällen von Neumasseverbindlichkeiten. Alle diese knüpfen an Verhaltensweisen des Insolvenzverwalters nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit an.

3. Schon aus diesem Grunde führt auch die Ansicht der Anschlußrevision nicht weiter, der Beklagte habe am 6. März 2001 eine Masseverbindlichkeit anerkannt. Denn auch eine solche Handlung hätte vor der Anzeige der Masseunzulänglichkeit stattgefunden.

Im übrigen vermag die Rüge der Anschlußrevision nicht die Auslegung des Berufungsgerichts zu erschüttern, ein solches Anerkenntnis liege nicht vor. Unter Hinweis auf die frühere Korrespondenz hatte der Bevollmächtigte der Kläger gebeten, die Mieten ab Februar an diese weiterzuleiten. Darauf vermerkte der Beklagte:

"mit den Mietern habe ich von hier aus keinen Kontakt; auf Nachfrage der Mieter bestätige ich ggfs. die Kündigung

Auszahlung der Februar-Miete ist aus banktechnischen Gründen erst in der 3. März-Woche möglich."

Dies enthält schon dem Wortlaut nach weder ein Zahlungsversprechen noch ein Anerkenntnis.

III.

1. Die Revision des Beklagten führt wegen der für die zweite Märzhälfte 2001 geltend gemachten Miete - in Höhe von 433,67 € - zur Klageabweisung. Denn auch insoweit handelt es sich um eine Altmasseverbindlichkeit im Sinne von § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO, die nicht im Wege der Leistungs-, sondern nur mit der Feststellungsklage verfolgt werden kann. Nummer 2 dieser Vorschrift, die den Vorrang von Neumasseverbindlichkeiten anordnet, greift (noch) nicht ein, weil die Verbindlichkeit in diesem Umfang nicht nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet worden ist.

a) Unmittelbar im Sinne dieser Vorschrift ist ein Schuldverhältnis "begründet" worden, wenn der Insolvenzverwalter den Rechtsgrund dafür erst nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit gelegt hat, insbesondere durch eine Handlung im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Dies ergibt nicht nur der Wortsinne, sondern auch der systematische Zusammenhang des § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO mit der erweiternden Vorschrift seines zweiten Absatzes sowie den Fällen des § 55 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 InsO; hierbei handelt es sich jeweils um Verbindlichkeiten, die der Insolvenzverwalter durch selbstbestimmtes Handeln auslöst.

Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben. Der Mietvertrag mit den Klägern stammt schon aus dem Jahre 1993 und damit aus der Zeit vor der Insolvenzeröffnung.

b) Nach § 209 Abs. 2 Nr. 1 InsO gelten als Neumasseverbindlichkeiten auch diejenigen aus einem gegenseitigen Vertrag, dessen Erfüllung der Verwalter gewählt hat, nachdem er die Masseunzulänglichkeit angezeigt hatte.

Dies entspricht allgemein der ersten Alternative des § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO und knüpft an das Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters gemäß § 103 InsO an. Darum geht es vorliegend ebenfalls nicht. Das Grundstücksmietverhältnis unterliegt nicht § 103, sondern den §§ 108 bis 111 InsO.

Entgegen der Auffassung des Beklagten bildet der Mietvertrag zwischen den Klägern und der GmbH keine rechtliche Einheit mit dem - abgewickelten - Vertrag über die ursprüngliche Erstellung der Eigentumswohnung. Unabhängig von einem wirtschaftlichen Zusammenhang dieser Verträge ist der Dauernutzungsvertrag über die hergestellte Wohnung ein selbständiges Rechtsgeschäft, das demgemäß nach eigenständigen Regeln abzuwickeln ist.

c) Gemäß § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO gelten als Neumasseverbindlichkeiten ferner die Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis für die Zeit nach dem ersten Termin, zu dem der Verwalter nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit kündigen konnte. Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Denn der Beklagte hatte das auf zehn Jahre fest abgeschlossene Mietverhältnis mit den Klägern schon zuvor durch Schreiben vom 27. Februar 2001 zum 31. Mai 2001 gekündigt. Dies war gemäß § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO i.V.m. § 565 Abs. 1 Nr. 3 BGB a.F. (§ 580a Abs. 1 Nr. 3 BGB n.F.) der frühestmögliche Termin seit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Eine erneute Kündigung nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit hätte die Vertragsbeendigung nicht zu beschleunigen vermocht.

d) Endlich greift § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO vorliegend noch nicht für die zweite Märzhälfte 2001 ein. Die Vorschrift setzt voraus, daß der Verwalter nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit die Gegenleistung aus einem Dauerschuldverhältnis für die Insolvenzmasse in Anspruch genommen hat. Hierunter

ist, wie in § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO, ein Verhalten des Insolvenzverwalters zu versehen, mit dem er die Gegenleistung nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit nutzt, obwohl er dies pflichtgemäß hätte verhindern können (so auch Eckert NZM 2003, 41, 48 f).

aa) Wie der Begriff "Inanspruchnahme" in diesem Sinne zu verstehen ist, ist umstritten. Teilweise wird dafür eine auf die Nutzung gerichtete Willensbetätigung des Insolvenzverwalters im Sinne eines (Erfüllungs-) "Verlangens" vorausgesetzt (Marotzke, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht 3. Aufl. Rn. 14.49 f; Spliedt ZIP 2001, 1941, 1946; Mayer DZWIR 2001, 309, 312 f; wohl auch Uhlenbruck, aaO § 209 Rn. 15 a.E.). Demgegenüber wird - mit dem Berufungsgericht im vorliegenden Fall - angenommen, daß schon das bloße Erlangen der Gegenleistung ausreiche (MünchKomm-InsO/Hefermehl, § 209 Rn. 30; zu § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO auch LG Essen NZI 2001, 217), zum Teil allerdings mit der Einschränkung, daß der Insolvenzverwalter die Mietsache tatsächlich nutze (Frankfurter Kommentar zur InsO/Schumacher, 3. Aufl. § 55 Rn. 35 und -/Kießner § 209 Rn. 34; Kübler/Prütting/Pape, InsO § 55 Rn. 69) oder die Nutzung nicht aufgabe (Sinz in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, aaO S. 593, 610 Rn. 39).

bb) Die amtliche Begründung der Bundesregierung (zu § 321 Abs. 2 Nr. 3 des Entwurfs einer InsO, BT-Drucks. 12/2443 S. 220) führt zur Erläuterung der Vorschrift aus, daß ein Arbeitnehmer, der seine vertragliche Leistung voll zu erbringen habe - der also trotz des noch fortbestehenden Vertrages nicht vom Verwalter "freigestellt" worden sei - weiterhin Anspruch auf volle Vergütung für diese Arbeitsleistung habe. Eine entsprechende Regelung wurde bereits in § 13 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a GesO verwirklicht. Eine solche Freistellung kann und muß der Insolvenzverwalter gegebenenfalls in Verbindung mit einer Kündi-

gung erklären, anstatt die Arbeitsleistung in Anspruch zu nehmen. Dadurch könnte er das Entstehen einer entsprechenden Neumasseverbindlichkeit stets verhindern.

cc) Ein solches Verständnis, das auf die Möglichkeit des Insolvenzverwalters zur Verhinderung der Masseverbindlichkeit abstellt, entspricht auch dem systematischen Zusammenhang des § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO mit der Regelung in korrespondierenden Vorschriften, die zwischen freiwillig begründeten und aufgezwungenen Verbindlichkeiten der Insolvenzmasse unterscheiden:

Zu § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO, der auf die Kündigungsmöglichkeit des Insolvenzverwalters abstellt (s.o. c), führt die amtliche Begründung (aaO) aus, hierdurch habe der Verwalter die Möglichkeit, das Entstehen neuer Forderungen zu verhindern. Entsprechendes gilt für die Haftungsnorm des § 61 Satz 1 InsO.

Endlich unterscheidet § 90 InsO in gleicher Weise hinsichtlich des Vollstreckungsverbots für Verbindlichkeiten, die "nicht durch eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters begründet worden sind". Die amtliche Begründung der Bundesregierung (zu § 101, aaO S. 138) unterscheidet insoweit ausdrücklich zwischen "oktroierten" und "gewillkürten" Masseverbindlichkeiten; sie stellt hierbei auch auf den Vertrauensschutz für Partner ab, die mit dem Insolvenzverwalter neue Verträge abschließen. An diesen Wertungen hat die vom Bundestag vorgenommene Umgestaltung der Vorschrift zu § 90 InsO in der jetzigen Fassung - die nur das Ziel hatte, das Insolvenzgericht von Einstellungsentscheidungen zu entlasten - nichts geändert (vgl. Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages, BT-Drucks. 12/7302 S. 165 zu § 101).

dd) Danach ist der Insolvenzverwalter einerseits gehalten, von sich aus alles zu unternehmen, um die weitere Inanspruchnahme der Gegenleistung zu verhindern. Soweit er durch eine noch laufende Kündigungsfrist gebunden ist (s. oben c), hat er den Vermieter im Zusammenhang mit der Anzeige der Masseunzulänglichkeit aus dessen Überlassungspflicht "freizustellen", indem er ihm die weitere Nutzung der Mietsache anbietet. Dies kann durch das Angebot auf Rückgewähr des unmittelbaren Besitzes erfolgen. Ist diese, wie hier, wegen einer fortdauernden Unter- oder Weitervermietung unmöglich, so ist die Übergabe des mittelbaren Besitzes anzubieten. Hierzu gehört auch das Recht, den Untermietzins einzuziehen.

ee) Für die zweite Märzhälfte 2001 konnte sich hier ein solches - als pflichtgemäß zu unterstellendes - Angebot des Beklagten aber nicht mehr auswirken. Das Berufungsgericht hat insoweit zutreffend darauf verwiesen, daß die Kläger in § 3 Nr. 4 Abs. 3 des Mietvertrages vom 18./21. April 1993 mit der GmbH die monatliche Mietzahlung jeweils im voraus vereinbart hatten. Auch die Endmieter haben ihre Mieten nach den vom Beklagten vorgelegten Aufstellungen jeweils zum Monatsbeginn gezahlt. In beiden Mietverhältnissen war die Märzmiete vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit fällig und - von den Endmietern - gezahlt.

Dann ist eine Aufteilung allein nach Zeitabschnitten, wie sie das Berufungsgericht vorgenommen hat, ausgeschlossen: Im Verhältnis zu den Klägern konnte der Beklagte an der weiteren Nutzung durch die Endmieter von Rechts wegen nichts mehr ändern. Diese Nutzung war dem Beklagten durch die Dauer der gesetzlichen Kündigungsfrist und die Weigerung der Kläger, ihr eigenes Kündigungsrecht auszuüben, aufgezwungen. Andererseits ist eine Masseberei-

cherung (§ 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO) durch die Zahlung der Endmieter vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit eingetreten; dieser Geldbetrag stand noch allen bisherigen Massegläubigern zu. Die davon abzusondernde Insolvenzmasse gegenüber den Neugläubigern wurde dadurch nicht angereichert. Es braucht deshalb hier nicht entschieden zu werden, ob auch eine nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit eingetretene Massebereicherung zu den Masseverbindlichkeiten im Sinne von § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO gehört.

2. Wegen der Miete für die Monate April und Mai 2001 in Höhe von zusammen 1.734,69 € ist der Rechtsstreit noch nicht entscheidungsreif.

a) Insoweit handelt es sich nach dem bisherigen Sachvortrag allerdings um Neumasseverbindlichkeiten im Sinne von § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO. Denn nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit am 15. März 2001 hätte der Beklagte den Klägern noch den mittelbaren Besitz an der vermieteten Wohnung - in Gestalt des Rechts, die von den Endmietern zu zahlende Miete einzuziehen - verschaffen können. Es ist nicht dargetan, daß die Kläger von einem solchen Angebot weiterhin keinen Gebrauch gemacht hätten.

b) Jedoch rügt die Revision demgegenüber zutreffend, daß das Berufungsgericht sich nicht mit dem Vortrag des Beklagten (auf S. 3 seines Schriftsatzes vom 20. November 2001) befaßt hat, die Masse reiche auch nicht zu vollständiger Befriedigung aller Neumassegläubiger aus; denn die Belastungen aus den Garantiemietverhältnissen seien höher als die Einnahmen aus den Endmietverhältnissen, und es kämen noch Leerstände hinzu. Insoweit könnte es sich für die Dauer der gesetzlichen Kündigungsfrist (§ 109 Abs. 1 Satz 1 InsO) um dieselbe, anhaltende Ursache handeln, die möglicherweise bereits zur

Insolvenz der GmbH geführt hatte. Zum Beweis hatte sich der Beklagte auf die Akten über das Insolvenzverfahren bezogen.

Dem waren die Kläger vor dem Berufungsgericht nicht entgegengetreten. Wenn nunmehr die Revisionserwiderung das Vorbringen für unsubstantiiert hält, hätte der Beklagte im Falle des Bestreitens ergänzenden Vortrag nachreichen können. Er hatte das Gericht um einen Hinweis gebeten, falls es weiteren Vortrag für erforderlich hielt.

c) Ein solcher Hinweis wäre hier gemäß § 139 ZPO geboten gewesen, weil einerseits das Vorbringen aus Rechtsgründen erheblich sein konnte (s.o. aa und bb), andererseits die tatsächlichen Voraussetzungen noch klärungsbedürftig waren (s.u. cc).

aa) Welche Rechtsfolgen eintreten, wenn nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit (§ 208 InsO) auch die neu zu erwirtschaftende Insolvenzmasse wiederum nicht ausreicht, um alle fälligen Neumasseverbindlichkeiten zu decken, ist gesetzlich nicht geregelt. § 210 InsO ordnet ein Vollstreckungsverbot ausdrücklich nur für (Alt-)Masseverbindlichkeiten im Sinne von § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO an.

In der Literatur wird für den Fall, daß auch auf Neumassegläubiger nur eine quotale Befriedigung entfallen könne, ganz überwiegend die Ansicht vertreten, dann sei regelmäßig nur noch eine Feststellungsklage zulässig (Heidelberger Kommentar zur InsO/Landfermann, 2. Aufl. § 210 Rn. 5 a.E.; Münch-Komm-InsO/Hefermehl, § 210 Rn. 22 f; Braun/Kießner, aaO § 210 Rn. 8; Kübler/Prütting/Pape, aaO § 210 Rn. 8; Hess/Weis, aaO § 210 Rn. 18; vgl. Nerlich/Römermann/Westphal, InsO § 209 Rn. 19). Teilweise wird dafür gehalten,

daß erneut die Masseunzulänglichkeit entsprechend § 208 InsO angezeigt werden könne (MünchKomm-InsO/Hefermehl, aaO Rn. 22). Andere Autoren verweisen den Insolvenzverwalter auf die Möglichkeit einer Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO (Uhlenbruck, aaO § 210 Rn. 5 a.E.; Breutigam in Breutigam/Blersch/Goetsch, InsO § 210 Rn. 17).

bb) Nach Ansicht des Senats ist es auch in den Fällen der erneuten Masseunzulänglichkeit gegenüber den Neumassegläubigern geboten, auf eine entsprechende Einwendung des Insolvenzverwalters hin nur noch die Feststellungsklage zuzulassen. Denn wie in den Fällen des § 208 InsO und des § 60 KO kann der Insolvenzverwalter die Erfüllung auf Neumasseverbindlichkeiten verweigern, sobald sich herausstellt, daß die verfügbare Insolvenzmasse nicht zur vollen Befriedigung aller Neumassegläubiger ausreicht. Für diese greift - innerhalb der durch § 209 InsO vorgegebenen Rangordnung - ebenfalls wieder der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger im Insolvenzverfahren (§ 1 Satz 1 InsO) ein. § 209 Abs. 1 InsO ordnet für Altmassegläubiger an, daß sie (innerhalb ihrer jeweiligen Rangordnung), "nach dem Verhältnis ihrer Beträge" zu befriedigen sind. Das gilt sinngemäß auch, wenn nicht mehr alle Forderungen der Neumassegläubiger voll zu berichtigen sind. Dann ist ein Vorrang schnellerer Neumassegläubiger, welche Vollstreckungsmaßnahmen durchführen und hierdurch die auf andere Neumassegläubiger entfallende Quote weiter verringern, zu vermeiden. Der Insolvenzverwalter kann in diesem Fall nicht mehr uneingeschränkt zur Leistung verurteilt werden; das Bestehen der Forderung der Neumassegläubiger ist - jedenfalls wenn eine auf sie entfallende Quote noch nicht feststeht - gerichtlich nur noch festzustellen (so zu § 60 KO BGHZ 147, 28, 36 f; BAGE 31, 288, 293 ff; BFHE 181, 202, 206; ähnlich BSGE 52, 42, 46).

Ob in derartigen Fällen eine erneute Anzeige der Masseunzulänglichkeit mit der rechtsverbindlichen Wirkung des § 208 InsO (dazu s. oben II 1) zulässig ist, kann hier offen bleiben. Jedenfalls ist sie als Voraussetzung einer entsprechenden Einwendung - ohne gesetzliches Gebot - nicht unverzichtbar nötig. Sie dient einer klar erkennbaren Abgrenzung der vorrangig zu berücksichtigenden Forderungen als Grundlage einer geordneten weiteren Abwicklung der Insolvenzmasse nach § 208 Abs. 3 InsO. Dieser Zweck der Rechtsklarheit würde aber verfehlt, wenn etwa bei einem mit Verlusten arbeitenden gewerblichen Zwischenvermieter als Insolvenzschuldner - wie hier behauptet - Monat für Monat erneut die Masseunzulänglichkeit angezeigt werden müßte. Die Prüfung obliegt auch insoweit (s.o. II 1) dem Insolvenzverwalter in eigener Verantwortung.

cc) Allerdings hat der nur im Prozeß vorgebrachte Einwand der Masseunzulänglichkeit nicht die verbindliche Wirkung einer Anzeige gemäß § 208 InsO. Vielmehr obliegen dem Insolvenzverwalter, wie im Anwendungsbereich des § 60 KO, die Darlegung und der Nachweis der Masseunzulänglichkeit (vgl. BAG ZIP 2002, 1261 ff m.w.N.). Das Prozeßgericht hat die Voraussetzungen der Masseunzulänglichkeit entsprechend § 287 Abs. 2 ZPO zu beurteilen (BGHZ 147, 28, 38).

d) Da das Berufungsgericht den entsprechenden, entscheidungserheblichen Vortrag des Beklagten und dessen Ergänzungsangebot nicht berücksichtigt hat, ist die Sache gemäß § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO in die Vorinstanz zurückzuverweisen. Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, daß der Beklagte die mindestens drohende Zahlungsunfähigkeit (vgl. § 208 Abs. 2 i.V.m. § 18 Abs. 2 InsO) des für Neumasseverbindlichkeiten gebildeten, abgesonderten Massebestandteils im einzelnen darzulegen hat. Ein ge-

genständlich begrenzter Überschuldungsstatus kann dafür - nur - ein Beweiszeichen sein. Insoweit genügt die pauschale Gegenüberstellung von Aktiven und Passiven, wie in der Anzeige der Masseunzulänglichkeit vom 14. März 2001, nicht.

Die Zurückverweisung gibt den Parteien auch Gelegenheit, zur Frage ergänzend vorzutragen, ob der Beklagte den Klägern den mittelbaren Besitz an der Wohnung vor dem 1. April 2001 hätte übertragen können (s.o. III 2 a).

Kreft

Kirchhof

Fischer

Raebel

Nešković