

## Insolvenzrecht

### BGH: Nutzungsentschädigung des Mieters im Konkurs, Anwendbarkeit des § 55 KO bei Eintritt der Masseunzulänglichkeit und Vermieterpfandrecht im Konkurs

**Leitsätze des Gerichts:** 1. Der Konkursverwalter kann mit dem Anfechtungsgegner grundsätzlich auch vorprozessual rechtswirksam vereinbaren, daß dieser Wertersatz – statt Rückgewähr des Erlangten – leisten soll.

2. Der Rückgewähranspruch aufgrund Konkursanfechtung entsteht als solcher auch dann frühestens mit Konkursöffnung, wenn zuvor aufgrund desselben Sachverhalts eine Einzelgläubigeranfechtung möglich gewesen wäre.

3. Ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung aufgrund eines Mietvertrages, der bereits vor Konkursöffnung endete, begründet eine Masseverbindlichkeit nur, soweit der Konkursverwalter Besitz an der „Mietsache“ für die Konkursmasse ergreift und den Vermieter gegen dessen Willen gezielt ausschließt. Die Inbesitznahme durch einen Sequester genügt nicht.

4. Wird die Masseunzulänglichkeit rechtswirksam angezeigt, so gelten für zuvor begründete Masseverbindlichkeiten die Vorschriften über die Aufrechnung im Konkursverfahren entsprechend. Die Aufrechnung ist deshalb nur gegenüber Neumasseforderungen ohne weiteres ausgeschlossen.

5. Veräußert der Sequester Sachen des Gemeinschuldners, die einem Vermieterpfandrecht unterliegen, und gelangt der Erlös vor Konkursöffnung ins Schuldnervermögen, so steht dem Vermieter insoweit kein Ersatzabsonderungsrecht zu.

6. Der Vermieter kann der Entfernung von Sachen, die dem Vermieterpfandrecht unterliegen, nicht widersprechen, soweit der Konkursverwalter von seinem Verwertungsrecht Gebrauch macht. Das Pfandrecht setzt sich statt dessen am Erlös fort.

BGH, Urteil vom 18. 5. 1995 – IX ZR 189/94 (OLG Düsseldorf)

**Sachverhalt:** Der klagende Konkursverwalter macht gegen die beklagten Vermieter einen unstreitigen Konkursanfechtungsanspruch in Höhe von 67 089,78 DM geltend. Die Gemeinschuldnerin war den Mietzins für das zweite Halbjahr 1991 schuldig geblieben. Nach den Konkursantrag vom 3. 1. 1992 wurde das Konkursverfahren am 3. 3. 1992 eröffnet. Der Kläger war zunächst Gutachter im Eröffnungsverfahren und ab dem 16. 1. 1992 Sequester. Er zeigte am 7. 10. 1993 die Masseunzulänglichkeit öffentlich an. Die Beklagten erklärten gegen den mit der Klage geltend gemachten Konkursanfechtungsanspruch die Aufrechnung mit den rückständigen Mietzinsen für das zweite Halbjahr 1991; wegen der Nutzungsentschädigung gem. § 557 BGB, weil der Kläger trotz der Beendigung des Mietverhältnisses vor Konkursöffnung am 22. 1. 1992 die Schlösser zum gemieteten Grundstück auswechselte

und dieses erst am 25. 5. 1992 an die Beklagten zurückgab; wegen Vorenthaltung von Maschinen, die den Beklagten gehörten und bis zur Rückgabe in den Räumlichkeiten standen. Außerdem stellen die Beklagten einen Anspruch aus Ersatzabsonderung zur Aufrechnung, weil der Kläger zwischen dem 10. 1. 1992 und 18. 3. 1992 Halbfertigteile und Inventarstücke der Gemeinschuldnerin für 50 940,44 DM verkaufte. Die Beklagten machen hierzu das Vermieterpfandrecht geltend. Nachdem das Landgericht die Klage abgewiesen hatte, gab das Oberlandesgericht der Klage im wesentlichen statt. Dagegen richtet sich die Revision.

**Entscheidungsinhalt:** 1. Nach Auffassung des BGH geht die Aufrechnung wegen des Mietzinsanspruches für das zweite Halbjahr 1991 ins Leere. Der Kläger und die Beklagten einigten sich nach Konkursöffnung darauf, daß der Anfechtungsanspruch in Geld zu erfüllen und nicht Rückgewähr in Natura verlangt werden konnte. Eine derartige Absprache über den Anfechtungsanspruch ist nach Auffassung des BGH rechtswirksam. Der Verwalter kann über den Anfechtungsanspruch gem. § 36 KO umfassend verfügen. Die Anfechtung scheidet aber gem. § 55 Ziff. 1 KO, weil die Beklagten erst „nach der Eröffnung etwas zur Masse schuldig“ geworden sind. Das Anfechtungsrecht gem. §§ 36, 37 KO setze tatbestandsmäßig die Verfahrenseröffnung voraus und könne nur vom Konkursverwalter ausgeübt werden. Demgemäß kann dagegen im Hinblick auf § 55 Ziff. 1 KO nicht mit einer Konkursforderung aufgerechnet werden. Daran ändert sich nichts, wenn vor Konkursöffnung ein Einzelgläubiger dieselbe Rechtshandlung nach § 3 Anfechtungsgesetz hätte anfechten können. Die gegenteilige Auffassung von Henckel (in Jaeger/Henckel, § 37 Rdn. 84 und 153) wird mit ausführlicher Begründung zurückgewiesen.

2. Der BGH verneint auch ein Aufrechnungsrecht der Beklagten wegen der Nutzungsentschädigung für den Zeitpunkt ab Beendigung des Mietverhältnisses – dem 1. 1. 1992 – bis zur Konkursöffnung am 3. 3. 1992. Auch hier stehe § 55 Ziff. 1 KO entgegen, weil die Nutzungsentschädigungsansprüche vor Konkursöffnung entstanden sind. Daran ändere auch die Sequestration nichts. Der Kläger, der als Sequester die Räume in Besitz genommen hatte, könne Masseschulden nicht begründen. Aufgaben und Befugnisse des Sequesters beschränken sich nach geltendem Recht auf Maßnahmen der Sicherung und Erhaltung der Masse. Seine Rechtshandlungen sind dem Gemeinschuldner, nicht dem Konkursverwalter zuzurechnen.

3. Wegen der erklärten Aufrechnung mit Ansprüchen auf Nutzungsentschädigung für die Zeit ab Konkursöffnung bis zur Rückgabe der Mietsache verweist der BGH die Sache an das Berufungsgericht zurück. Nach Ansicht des BGH stellen Ansprüche auf Nutzungsentschädigung gem. § 557 I BGB aus einem schon vor Konkursöffnung beendeten Mietverhältnis grundsätzlich auch insoweit nur Konkursforderungen dar, als sie erst nach Konkursöffnung fällig werden. Anders verhält es sich jedoch, wenn der Konkursverwalter die Mietsache nach der Verfahrenseröffnung für die Konkursmasse in Anspruch nimmt. Insoweit kommt es nicht einmal entscheidend darauf an, ob der Verwalter die Mietsache tatsächlich umfassend – oder gar bestimmungsgemäß nutzt. Eine Masseschuld nach § 59 I Ziff. 1 KO wird bereits dadurch ausgelöst, daß er die Sache – über § 117 I KO hinaus – für die Masse auch gerade gegenüber dem Vermieter aktiv in Besitz nimmt und den Vermieter gezielt vom Besitz ausschließt. Nach Ansicht des BGH behaupten die Beklagten eine derartige Besitzentziehung. Nach ihrem Vorbringen hätten sie die Räume wieder in Besitz genommen, wenn der Kläger sie nicht durch Auswechseln der Schlösser ausgesperrt hätte. Demgegenüber trägt der Kläger vor, daß die Beklagten „den Schlüssel“ zu den Räumen gar nicht verlangt hätten, und er die Beklagten nicht am Betreten gehindert habe. Nach Darstellung des Klägers fehlt ein Aussonderungsbegehren der Beklagten; der Verschluß der Räume diene allein dem Zweck, die dort lagernden Sachen zu sichern. Nach Ansicht des BGH hätte der Kläger auf der Grundlage seines Sachvortrages nur fremdnützigen Mitbesitz zusammen mit den Beklagten begründet und deshalb nicht als Konkursverwalter für die Masse Besitz ergriffen. Eine Masseschuld ergebe sich dann nicht. Zur Aufklärung wurde zurückverwiesen.

Zur Frage des von dem Kläger behaupteten Aufrechnungsverbots der Beklagten wegen der Masseunzulänglichkeit führt der BGH aus, daß für den Fall der Masseunzulänglichkeit die §§ 53–

55 KO sinngemäß anzuwenden sind. Die entsprechende Anwendung insbesondere des § 55 Ziff. 1 KO bedeutet, daß Massegläubiger mit ihren (Alt-)Forderungen gegen die Masse weiterhin gegen solche Ansprüche der Masse wirksam aufrechnen können, die vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit entstanden sind. Nur gegen (Neu-)Ansprüche, die erst nach dieser Anzeige begründet wurden, wird die Aufrechnung mit (Alt-)Forderungen unzulässig. An dieser Rechtslage ändere auch die Rechtsprechung zur Vorabbefriedigung der Konkursverwaltervergütung im Falle der Masseunzulänglichkeit nichts (BGHZ 116, 233 [238]). Diese bedeute, daß der Konkursverwalter bei Verteilung der verfügbaren Masse unter Umständen vorrangig zu berücksichtigen sei, nicht hingegen, daß einzelne Gläubiger eigene gesicherte Rechtspositionen aufgeben müssen, damit Mittel für eine Vergütung des Konkursverwalters überhaupt erst verfügbar werden. Auf der Grundlage des Sachvortrags der Beklagten erachtete der BGH die Aufrechnung mithin als zulässig.

4. Wegen der Ansprüche auf Vorenthaltung der Maschinen begegne nach Ansicht des BGH die Annahme einer Masseverbindlichkeit rechtlichen Bedenken. Eine bestimmte Handlung des Klägers gerade mit Bezug auf diese beweglichen Sachen behaupten die Beklagten danach nicht. Der Verschluß der die Immobilien umgebenden Mieträume hätte eine aktive Besitzergreifung an den Maschinen und Inventarstücken nur bedeutet, wenn der Kläger auch daran unmittelbaren Besitz hätte begründen wollen; ein bloßes Bestreben, die Sachen für den jeweiligen Eigentümer in den Mieträumen sicher aufzubewahren, würde jedenfalls keinen Anspruch auf Nutzungsentschädigung gegen die Konkursmasse begründen.

5. Zur Aufrechnung mit Ansprüchen wegen Verletzung eines Vermieterpfandrechts der Beklagten führt der BGH aus, daß die von dem Kläger verkauften Halbfertigteile und Inventarstücke gem. § 559 BGB dem Vermieterpfandrecht der Beklagten unterlägen und diesen deshalb auch im Konkurs ein Recht auf abgesonderte Befriedigung daraus zugestanden hätte. Wird ein derartiges Absonderungsrecht durch Veräußerung der Sachen zum Erlöschen gebracht, so kann dem Berechtigten unter den Voraussetzungen des § 46 KO am Erlös ein Ersatzabsonderungsrecht zustehen. § 46 KO setze u. a. voraus, daß bei Konkurseröffnung entweder der Anspruch auf die Gegenleistung noch aussteht (S. 1) oder diese nach Verfahrenseröffnung zur Masse eingezogen worden ist (S. 2). Nach Ansicht des BGH ist diese Voraussetzung nicht erfüllt. Der Umstand, daß die Gegenleistung während der Sequestration zum Schuldnervermögen gelangt ist, steht der gesetzlichen Voraussetzung nicht gleich. An dem Ergebnis ändert es auch nichts, daß der Sequester für eine unberechtigte Veräußerung in entsprechender Anwendung des § 82 KO persönlich haften kann. Eine solche Haftung kann nicht der Konkursmasse zugerechnet werden.

6. Soweit ein Teil der dem Vermieterpfandrecht unterliegenden Gegenstände nach Konkurseröffnung veräußert worden sein soll, hätten die Beklagten nach Ansicht des BGH abgesonderte Befriedigung verlangen können. Insoweit hatte das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen und die Sache wurde deshalb zurückverwiesen.

**Anmerkung:** Soweit der BGH annimmt, der Konkursanfechtungsanspruch entstehe erst mit Konkurseröffnung und eine Aufrechnung sei gem. § 55 KO mit Konkursforderungen ausgeschlossen, bestätigt er die ständige Rechtsprechung (seit BGHZ 15, 333 [337]). Von Interesse ist, daß der Konkursverwalter mit dem Anfechtungsgegner vorprozessual rechtswirksam vereinbaren kann, daß dieser Wertersatz anstatt Rückgewähr in Natura zu leisten hat. Den Kern der Entscheidung des BGH bilden die Ausführungen zur Behandlung der Nutzungsentschädigung als Konkursforderung oder Masseschuld. Die Ausführungen des BGH vermögen insgesamt zu überzeugen. Der BGH stellt eine sehr differenzierte Betrachtungsweise an. Zutreffend stellt er darauf ab, ob Handlungen des Konkursverwalters vorliegen. Das resultiert aus der gesetzlichen Anordnung des § 59 I Ziff. 1 KO, in dem geregelt ist, daß Masseschulden die Ansprüche sind, welche aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen. Für Mietverhältnisse, die bereits vor Konkurseröffnung beendet worden sind, kommt es mithin entscheidend darauf an, wie sich der Konkursverwalter nach Konkurseröffnung verhalten hat. Nimmt er die Mietsache in Besitz und schließt den Vermieter vom Besitz aus, dann werden die Nutzungsentschädigungsansprüche Masseschulden. Wechselt er

die Schlösser zur Mietsache aus, wie dies in Konkursverfahren üblich ist, um die Massegegenstände zu sichern, führt dies nicht ohne weiteres zu einer Masseschuld. Nach Ausführungen des BGH dürfte hier entscheidend sein, ob der Vermieter ein Aussonderungsbegehren gestellt hat und der Konkursverwalter den Vermieter am Betreten gehindert hat. Sollte weder ein Aussonderungsbegehren noch ein Hindern am Betreten vorliegen, dürfte eine Masseschuld nicht vorliegen. Auch die Ausführungen des BGH zur Aufrechnung bei Masseunzulänglichkeit überzeugen. Der BGH stellt hier eine Zeitraumbetrachtung an. Masseschulden und -forderungen, die sich vor Eintritt der Masseunzulänglichkeit gegenüberstanden, können gegeneinander aufgerechnet werden. Dies entspricht dem Gedanken von § 55 Ziff. 1 KO. Die Ausführungen des BGH zum Vermieterpfandrecht entsprechen der bisherigen Rechtsprechung. Wichtig ist hier, daß eine Veräußerung in der Sequestration unter gleichzeitiger Entfernung der veräußerten Sache aus dem Mietobjekt und Vereinnahmung der Erlöse das Vermieterpfandrecht untergehen läßt. In Betracht kommen kann aber eine persönliche Haftung des Sequesters gem. § 82 KO analog. Dies dürfte insbesondere dann der Fall sein, wenn der Sequester über den bloßen Sicherungszweck hinaus geht und etwa Anlagevermögen veräußert. Veräußerungen im normalen Geschäftsverkehr dürften eine Sequesterhaftung nicht begründen. — **Dokumentation:** Wortlaut der Gründe in: NJW 1995, Heft 42. — Aus der Rechtsprechung: BGHZ 15, 333 (337); 113, 98 (105); BGH, ZIP 1986, 720; OLG Hamm, ZIP 1992, 1563; BGH, ZIP 1986, 720 (724). — Aus der Literatur: *Kuhn/Uhlenbruck*, § 55 Rdn. 7; *Kilger/Schmidt*, § 55 KO.

*Rechtsanwalt Klaus Siemon, Düsseldorf*