
Datum: 28.11.2002
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 27. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 27 U 87/02
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2002:1128.27U87.02.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 4 O 440/01

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 28. März 2002 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlußberufung der Klägerin wird die Entscheidung im Kostenpunkt dahingehend geändert, daß die Kosten der ersten Instanz gegeneinander auf-gehoben werden.

Die weitergehende Anschlußberufung wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

G r ü n d e :

I.

Die Klägerin, ein Leiharbeitsunternehmen, begehrt vom Beklagten Schadensersatz, weil dieser als vorläufiger Insolvenzverwalter der Firma T GmbH von ihr Fachkräfte zur Durchführung von Montagearbeiten angefordert und die bestellten Facharbeiter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Durchführung der Arbeiten in Anspruch genommen

1

2

3

hat, die Rechnungen der Klägerin jedoch bislang aus der Masse nicht beglichen worden sind, nachdem der Beklagte zwischenzeitlich die Masseunzulänglichkeit angezeigt hat.	
Das Landgericht hat den Zahlungsantrag der Klägerin in dem angefochtenen Urteil, auf das wegen der tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen wird, abgewiesen, auf ihren entsprechenden Hilfsantrag aber festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet ist, ihr den aus der Nichtbezahlung des Auftrags vom 18.07.2000 entstehenden Schaden zu ersetzen. Dieser Anspruch folge aus § 61 S. 1 InsO. Zwar habe der Beklagte hinsichtlich der Nichtbezahlung des Auftrags aus Massemitteln noch nicht im Zeitpunkt der Bestellung schuldhaft gehandelt, wohl aber im Zeitpunkt der Entgegennahme der Leistungen der Klägerin für die Masse. Die Vorschrift des § 61 S. 2 InsO sei dahin auszulegen, daß "bei Begründung der Verbindlichkeit" auch den Zeitpunkt der Entgegennahme der Gegenleistung umfasse.	4
Gegen dieses Urteil, auf das auch wegen weiterer Einzelheiten seiner Begründung verwiesen wird, richtet sich die Berufung des Beklagten, der weiterhin Klageabweisung erstrebt. Neben der Wiederholung seines erstinstanzlichen Vorbringens vertieft und ergänzt er seinen Vortrag zum Entlastungsbeweis gemäß § 61 S. 2 InsO. Insoweit macht er geltend:	5
Zwar sei in der Sitzung des Gläubigerausschusses vom 26.10.2000 nur noch ein Überschuß von 190.000,00 DM erwartet worden. Dieser habe aber aus damaliger Sicht vollständig ausgereicht, um alle Masseverbindlichkeiten auszugleichen. Er habe entgegen der Auffassung des angefochtenen Urteils mit einer weiteren Negativentwicklung nicht rechnen müssen, insbesondere nicht damit, daß Zahlungen der Neuschuldner ausblieben.	6
Eine zum 30.09.2000 erstellte Planung sei von einem Einnahmeüberschuß von 210.000,00 DM ausgegangen. Am 18.10.2000 sei ein Liquiditätsüberschuß von mehr als 1 Mio. DM vorhanden gewesen. In einem Status zum 25.10.2000 sei ein Forderungsüberschuß von ca. 2,3 Mio. DM ermittelt worden. Eine am 31.10.2000 erstellte Liquiditätsplanung für den Zeitraum bis März 2001 habe einen durchgehenden Liquiditätsüberschuß ausgewiesen. Auch eine Statusübersicht zum 16.01.2001 weise einen Liquiditätsstand von mehr als 300.000,00 DM aus. Noch in der Sitzung des Gläubigerausschusses vom 22.02.2001 sei von einem Überschuß von ca. 470.000,00 DM ausgegangen worden. Erst die Verweigerung weiterer Zahlungen in Höhe von 812.472,03 DM der Auftraggeberin B auf die Schlußrechnung der Schuldnerin im Juli 2001 habe zu einer dramatischen Verschlechterung geführt. Dies sei im November und Dezember 2000 nicht vorhersehbar gewesen.	7
Die Klägerin verteidigt unter näherer Darlegung das angefochtene Urteil mit Ausnahme der Kostenentscheidung, die sie im Wege der Anschlußberufung angreift.	8
II.	9
Die Berufung ist unbegründet. Die Anschlußberufung hat teilweise Erfolg.	10
1.	11
Die Klage ist jedenfalls mit dem in zweiter Instanz alleine noch den Streitgegenstand bildenden Feststellungsantrag zulässig und begründet.	12
a)	13
Das Feststellungsinteresse gemäß § 256 ZPO ist zu bejahen.	14
	15

Insoweit ist vom Nichtbestehen eines sofortigen Zahlungsanspruchs auszugehen, da die Abweisung des Zahlungsantrages durch das Landgericht materielle Rechtskraft erlangt hat. Ein Vorrang der Leistungsklage kommt danach nicht mehr in Betracht. Im übrigen muß der Eintritt eines Schadens bei der Klägerin nicht sicher, sondern nur hinreichend wahrscheinlich sein. Das kann schon aufgrund der vom Beklagten im Jahre 2001 angezeigten Masseunzulänglichkeit nicht verneint werden. Denn selbst wenn die Klägerin später gemäß § 209 InsO eine Quote auf ihre Forderung erhält, so hat sie dann jedenfalls einen Schadensersatzanspruch hinsichtlich des Differenzbetrages (ebenso Hess in Hess/Weis/Wienberg, § 61 InsO Rdn. 27). Und selbst wenn ihre Forderung noch vollständig beglichen werden sollte, so bleibt davon zumindest ein zusätzlicher Verzugsschaden, etwa aufgrund eines Zinsnachteils, unberührt.

b) 16

Die Schadensersatzverpflichtung des Beklagten folgt aus § 61 InsO. 17

aa) 18

Bei der Verbindlichkeit gegenüber der Klägerin handelt es sich um eine sonstige Masseverbindlichkeit nach § 55 InsO. Da die Bestellung vom Beklagten indes zu einem Zeitpunkt vorgenommen worden ist, zu dem er noch vorläufiger Insolvenzverwalter gewesen ist, ist aufgrund dieser Bestellung vom 18.07.2000 weder der Tatbestand des § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO noch derjenige des § 55 Abs. 2 S. 1 InsO erfüllt. Denn der Beklagte war nur vorläufiger Insolvenzverwalter nach § 21 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. InsO. Das Insolvenzgericht hatte kein allgemeines Verfügungsverbot gegen den Schuldner ausgesprochen, so daß die Verfügungsbefugnis nicht gemäß § 22 Abs. 1 InsO auf den Beklagten übergegangen war. 19

Eine analoge Anwendung von § 55 Abs. 2 InsO auf den Insolvenzverwalter, der vom Insolvenzgericht umfassend ermächtigt worden ist, mit rechtlicher Wirkung für den Schuldner zu handeln, findet nicht statt (BGH WM 2002, 1888, 1891 f.). Seine in einer früheren Entscheidung vertretene gegenteilige Ansicht (NZI 2002, 259, 261) gibt der erkennende Senat auf. 20

Jedoch liegt eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO vor, da die Leistung der Klägerin erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Masse erbracht worden ist. 21

bb) 22

Diese Verbindlichkeit ist, da der Beklagte als vorläufiger Insolvenzverwalter mangels Vorliegen der Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 InsO wie dargelegt keine Masseverbindlichkeiten begründen konnte, erst dadurch zur Masseverbindlichkeit geworden, daß der Beklagte wie in der mündlichen Verhandlung erörtert nach der Insolvenzeröffnung die Durchführung des Vertrages verlangte und die Leistung für die Masse entgegennahm. Spätestens darin lag das Erfüllungsverlangen im Sinne von § 103 Abs. 1 InsO. Der Vertrag unterlag dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters gemäß § 103 Abs. 1 InsO, weil er im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch nicht erfüllt war. Entscheidend für die Haftung nach § 61 S. 1 InsO ist es nicht, daß eine Verbindlichkeit der Schuldnerin bereits zuvor bestand, sondern daß durch diese Ausübung des Wahlrechts eine Masseverbindlichkeit begründet wurde. 23

cc) 24

25

Die weitere Voraussetzung des § 61 S. 1 InsO, daß die Verbindlichkeit aus der Masse nicht voll erfüllt werden kann, liegt ebenfalls vor. Denn insoweit kommt es nicht darauf an, ob die Forderung am Ende des Insolvenzverfahrens evtl. aufgrund noch einzuziehender Außenstände doch noch aus der Masse beglichen werden kann, sondern die Schadensersatzpflicht des Verwalters wird bereits dann ausgelöst, wenn die Verbindlichkeit des Massegläubigers bei Fälligkeit nicht beglichen werden kann (ebenso Kübler/Prütting-Lücke, § 61 InsO Rn. 7). Deshalb genügt es für die Haftung, daß die Masse jedenfalls derzeit nicht zur Erfüllung in der Lage ist, wie unstreitig ist.

dd) 26

Der Beklagte hat nicht hinreichend dargelegt, daß er die Nichterfüllung der Forderung bei Fälligkeit nicht vorhersehen konnte. Insoweit ist er jedoch nach der Regelung des § 61 S. 2 InsO darlegungs- und beweisbelastet. 27

Dabei ist für die Vorhersehbarkeit nicht auf den Zeitpunkt der Bestellung, sondern auf den Zeitpunkt des Erfüllungsverlangens, das hier mit dem Abruf der Leistung der Klägerin zusammenfällt, abzustellen. Dies ergibt sich aus den obigen Darlegungen zur Begründung der Masseverbindlichkeit. Der Abruf der Leistungen geschah unstreitig erst in der Zeit ab dem 20.11.2000. Spätestens ab der Sitzung des Gläubigerausschusses vom 26.10.2001 war aber klar, daß der Beklagte nicht mehr ungeprüft den Zahlen aus der ersten Planrechnung der Firma F vertrauen durfte. Insoweit hat bereits das Landgericht zutreffend darauf hingewiesen, daß nach den in dieser Sitzung gegebenen Informationen "allenfalls" noch ein Überschuß von 190.000,00 DM zu erwarten war und daß die Liquidität der Masse ausweislich des Protokolls "kritisch" war, weil die Banken keine Inanspruchnahme des Kreditkontos mehr zuließen, also ausschließlich auf Neudebitoren zurückgegriffen werden mußte. 28

Es kommt zum anderen hinzu, daß der am Ende des Verfahrens zu erwartende Gesamtüberschuß nicht entscheidend für die Frage ist, welche Masseverbindlichkeiten ein Insolvenzverwalter begründen darf. Denn er darf sich nicht auf unbestimmte Zeit Kredit verschaffen und die Massegläubiger darauf vertrösten, ihre Forderungen zu irgendeinem späteren Zeitpunkt bezahlt zu kommen, weil dieses unter Umständen unvorhersehbar lange dauern kann. Der Insolvenzverwalter darf Masseverbindlichkeiten nur begründen, wenn er diese auch bei Fälligkeit aus der Masse erfüllen kann. 29

Aus diesem Grunde ist ein sog. Liquiditäts- oder Finanzplan erforderlich, der vom Verwalter zu erstellen und fortlaufend fortzuführen ist (ebenso Kübler/Prütting-Lücke, Rdn. 4 zu § 61 InsO; MüKo-Brandes, §§ 60, 61 InsO Rdn. 37; ähnlich Hess in Hess/Weiss/Wienberg, § 61 InsO Rdn. 22 und 32). Nur so kann der Verwalter sicherstellen, daß er zu jedem Zeitpunkt über eine genügende Liquidität verfügt, die von ihm begründeten Masseverbindlichkeiten bei Fälligkeit und nicht erst zu irgendeinem x-beliebigen fernen Zeitpunkt erfüllen zu können. Eine Planrechnung, die lediglich mehr oder weniger zuverlässig Auskunft darüber gibt, welcher Gewinn am Ende des Insolvenzverfahrens oder eines bestimmten Zeitraums erwirtschaftet werden kann, worauf der Beklagte sich in erster Instanz alleine berufen hat, ist dafür ersichtlich ungeeignet. Schon aus diesem Grunde hat das Landgericht eine Entlastung nach § 61 InsO auf der Basis der von ihm zutreffend festgestellten Tatsachen zu Recht verneint. 30

Soweit der Beklagte nunmehr in zweiter Instanz weitergehend eine detailliertere Liquiditätsplanung vorträgt, ist dieses Vorbringen nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen. Da von Liquiditätsplanungen und fortlaufenden Statusübersichten in erster Instanz keine Rede war, handelt es sich um ein neues Verteidigungsmittel. Ein 31

Zulassungsgrund nach § 531 Abs. 2 Nr. 1 - 3 ZPO ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Zudem hätten dieses Vorbringen selbst wie auch die Gründe, die seine Zulassung rechtfertigen sollen, gemäß § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 ZPO auch bereits in der Berufungsbegründung vorgetragen werden müssen.

Die Unterlassung des Vorbringens im ersten Rechtszug beruht auf Nachlässigkeit im Sinne von § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO und nicht auf einem Verfahrensmangel des Landgerichts im Sinne von § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO, weil kein entsprechender Hinweis nach § 139 ZPO erfolgt wäre. Denn es war schon nach der auf § 61 InsO gestützten Klagebegründung offenkundig, daß es dem Beklagten oblag, alle für seine Entlastung im Sinne von § 61 S. 2 InsO sprechenden Umstände vollständig darzulegen und vorzutragen. Dies hat der Beklagte auch erkannt und hierzu in seiner Klageerwiderung unter II 4 (S. 11 f. des Schriftsatzes vom 15.10.2001 = Bl. 41 f. GA) Stellung genommen. Es bestand danach für das Landgericht keine Veranlassung, den Beklagten gesondert darauf hinzuweisen, auch noch weitere für seine Entlastung sprechende Umstände vortragen zu müssen. 32

Nur ergänzend, ohne daß es hierauf noch entscheidend ankommt, weist der Senat deshalb darauf hin, daß auch das weitere Vorbringen für eine Entlastung im Sinne von § 61 S. 2 InsO nicht genügen dürfte. Denn die nunmehr vorgelegten Liquiditätsplanungen erscheinen teilweise irreführend und können den Inhalt des Protokolls vom 26.10.2000 nicht ausräumen: 33

So weist der offenbar für die Sitzung am 26.10.2000 erstellte Status per 25.10.2000 zwar einen Überschuß von 2,317 Mio. DM aus - dies aber nur, weil nach Gegenüberstellung der Verbindlichkeiten und Forderungen zum Stichtag noch "ausstehende Fakturen" in Höhe von 2,28 Mio. DM hinzugerechnet worden sind. Rechnet man diese heraus, so ist die Liquidität fast "Null"; genau dies rechtfertigt die Aussage vom 26.10.2000, daß die Liquiditätssituation kritisch sei. Die ursprüngliche Planung der Firma F war zu diesem Zeitpunkt ersichtlich zusammengebrochen. Die Banken gewährten keinen Kredit mehr, weshalb offenbar nunmehr eine neue Liquiditätsrechnung erstellt werden mußte (Protokoll S. 2, 2. Absatz: "Herr X wird kurzfristig eine Liquiditätsrechnung erstellen, ..."). Aber auch diese Liquiditätsplanung vom 31.10.2000, in der es sehr vorsichtig heißt, daß die Finanzplanung "bei planmäßigem Verlauf" wie aus der Anlage ersichtlich aussehen "könnte", erwies sich von Anfang an als unzuverlässig. Sie sah für das Ende der 48. Kalenderwoche (= 30.11.) einen Kontostand von 738.000,00 DM vor, der dann im Dezember auf 160.000,00 DM zurückgehen sollte. Tatsächlich betrug der Kontostand aber schon am 07.12.2000 nur noch 78.000,00 DM, wie aus der Planung in der Anlage 5 zum Schriftsatz vom 10.10.2002 hervorgeht. Betrachtet man diese erneute gravierende Abweichung innerhalb von nur vier Wochen, für die keine Erklärung geliefert worden ist, so kann nicht davon ausgegangen werden, daß die Planung auf derart fundierter Grundlage erfolgte, daß der Beklagte nunmehr hierauf unkritisch vertrauen konnte, nachdem das ursprüngliche System der Firma F bereits zusammengebrochen war. Vielmehr stellte sich die Situation so dar, daß am 26.10.2000 von ursprünglich mehr als 1 Mio. DM prognostiziertem Gewinn nur noch "allenfalls" 190.000,00 DM übriggeblieben waren und auch die anschließende neue Planung sich schon nach kurzer Zeit als Makulatur erwies. 34

Auch der Status per 16.01.2001 mit einem "Liquiditätsstand" von ca. 317.000,00 DM vermag den Beklagten nicht zu entlasten. Denn wenn diese Liquidität tatsächlich vorhanden gewesen wäre, so hätte nichts dagegen gesprochen, die fälligen rund 54.000,00 DM an die Klägerin zu zahlen. Tatsächlich ergab sich dieser rechnerische Überschuß aber wieder nur dadurch, daß zu den Verbindlichkeiten und Forderungen per 16.01.2001 noch die "ausstehenden Fakturen" von jetzt 833.000,00 DM hinzugerechnet wurden. Somit war tatsächlich diese Liquidität nicht 35

vorhanden, sondern ein Negativsaldo von mehr als 500.000,00 DM.

Insgesamt rundet sich damit das Bild ab, daß der Beklagte zur Begleichung der Verbindlichkeiten auf erst später zu erwartende Zahlungen angewiesen war. Nach alledem vermag der Senat eine den Ansprüchen an eine Entlastung gemäß § 61 S. 2 InsO genügende Finanzplanung im Vortrag des Beklagten nicht zu erkennen. 36

2. 37

Die Anschlußberufung der Klägerin hat teilweise Erfolg und führt zur Abänderung der Kostenentscheidung für die erste Instanz. Das Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen in erster Instanz aufgrund der Abweisung des Hauptantrages auf Zahlung und dem Erfolg des Hilfsantrages auf Feststellung erscheint dem Senat mit einer Kostenaufhebung angemessen bewertet. Auf die Identität des Streitwertes kommt es insoweit für das Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen nicht an. Denn ein sofortiger Zahlungstitel wäre für die Klägerin deutlich mehr wert gewesen als das Feststellungsurteil, das ihr einen Schadensersatz in zudem noch unbestimmter Höhe erst nach Abschluß des Insolvenzverfahrens in Aussicht stellt. Der Senat bewertet das Unterliegen - auch unter Berücksichtigung der Teilklagerücknahme vor Antragstellung im Kammertermin - indessen etwas niedriger als das Landgericht. 38

3. 39

Gründe für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Eine grundsätzliche Bedeutung könnte allenfalls der Frage zukommen, welche Maßstäbe an den Entlastungsbeweis nach § 61 S. 2 InsO zu legen sind, insbesondere ob Liquiditätsplanungen in der Art, wie sie in zweiter Instanz vorgetragen worden sind, für sich genommen bereits regelmäßig geeignet sind, eine Pflichtverletzung des Insolvenzverwalters auszuschließen. Hiervon hängt die Entscheidung des Rechtsstreits jedoch nicht ab, da dieses Vorbringen wie dargelegt bereits nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen ist. 40

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 41