



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 37/17

Verkündet am:
11. Januar 2018
Kluckow
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

InsO § 61

Die Haftung des Insolvenzverwalters für Sekundäransprüche des Vertragspartners der Insolvenzmasse kann regelmäßig nicht auf Schadensersatzansprüche erstreckt werden, deren Ursache nicht in der Unzulänglichkeit der Insolvenzmasse begründet ist.

BGH, Urteil vom 11. Januar 2018 - IX ZR 37/17 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Januar 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richterin Lohmann, den Richter Prof. Dr. Pape, die Richterin Möhring und den Richter Meyberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 3. Februar 2017 in der Fassung der Berichtigungsbeschlüsse vom 6. Februar 2017 und 10. April 2017 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte ist Verwalter in dem am 1. Juni 2007 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der N. GmbH (nachfolgend: Schuldnerin), deren Geschäft der Export von Rindern aus der EU in Nicht-EU-Staaten gewesen war. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens führte der Beklagte den Geschäftsbetrieb der Schuldnerin mit Zustimmung der Gläubigerversammlung fort. Mit Vertrag vom 12. Mai 2010 charterte die Schuldnerin bei einer in den Vereinigten Arabischen Emiraten ansässigen Gesellschaft ein Schiff

für zwei Transporte von jeweils 3.500 Rindern. Auf diesen Vertrag leistete die Schuldnerin am 19. Mai 2010 vereinbarungsgemäß eine Vorauszahlung von 500.000 US-\$. Nach Abschluss des Chartervertrages schlossen die Schuldnerin und die Klägerin am 20. Mai 2010 einen Beförderungsvertrag, in dem sich die Schuldnerin verpflichtete, im Oktober 2010 1.434 Rinder aus den Vereinigten Staaten in einen Hafen am Schwarzen Meer in der Russischen Föderation gegen Zahlung von 1.778.160 US-\$ zu transportieren. Auf den Beförderungsvertrag leistete die Klägerin am 18. Mai 2010 eine Vorauszahlung in Höhe von 711.119,65 US-\$ und am 13. August 2010 eine weitere Vorauszahlung in Höhe von 533.448 US-\$.

2 Im Anschluss an eine E-Mail der Schuldnerin vom 22. Juni 2010 kam es zu Differenzen zwischen der Schuldnerin und der Klägerin wegen der Versicherung des vereinbarten Viehtransportes. Die Schuldnerin verlangte von der Klägerin eine Freistellung von der Haftung für Transportschäden. Nachdem die Klägerin sich in dem nachfolgenden Schriftwechsel geweigert hatte, eine entsprechende Erklärung abzugeben, lehnte die Schuldnerin die Durchführung des Transportes ab. Die Klägerin kündigte daraufhin am 29. September 2010 den Vertrag mit der Schuldnerin. Diese weigerte sich, die Kündigung anzuerkennen, und erstattete die geleisteten Anzahlungen nicht zurück.

3 Aufgrund einer Schiedsklausel im Beförderungsvertrag ließ die Klägerin in der Folgezeit ein Schiedsverfahren vor einem Schiedsgericht in Stockholm durchführen, in dem sie die Schuldnerin auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch nahm. In diesem Verfahren stellte das Schiedsgericht mit Spruch vom 25. Juli 2011 zunächst fest, dass die Schuldnerin die Hälfte des von der Klägerin eingezahlten Vorschusses in Höhe von insgesamt 163.000 € zu tragen habe. Hierauf zeigte der Beklagte am 28. Juli 2011 gegenüber dem

Insolvenzgericht Masseunzulänglichkeit an. Mit Schiedsspruch vom 30. Dezember 2011 stellte das Schiedsgericht weiter fest, dass die Weigerung der Schuldnerin, den Transport ohne die Freistellungserklärung durchzuführen, unberechtigt gewesen sei. In dem Spruch verpflichtete es die Schuldnerin zur Zahlung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von 734.517,31 US-\$ zuzüglich Zinsen und zur Freistellung der Klägerin von Ansprüchen einer Expo-Trade Pty Ltd. in Höhe von 2.882.884 US-\$. Ferner belastete es die Schuldnerin mit den Kosten des Schiedsverfahrens in Höhe von 140.234 € und verpflichtete diese zur Übernahme der der Klägerin entstandenen notwendigen außergerichtlichen Kosten in Höhe von 28.885 €.

- 4 Mit der gegen den Beklagten persönlich gerichteten Klage hat die Klägerin den Beklagten auf Ersatz der im Schiedsverfahren ausgerichteten Beträge in Anspruch genommen. Die zunächst hauptsächlich auf § 60 Abs. 1 InsO sowie § 826 BGB und nur hilfsweise auf § 61 InsO gestützte Klage ist im ersten Rechtszug erfolglos geblieben. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 3.389.720,96 US-\$ und 169.034,00 €, jeweils zuzüglich Zinsen, zu zahlen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

- 5 Die Revision des Beklagten führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

6 Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Dem Kläger stehe ein auf § 61 Satz 1 InsO gestützter Schadensersatzanspruch zu. Mit dem Abschluss des zwischen der Schuldnerin und der Klägerin am 20. Mai 2010 abgeschlossenen Vertrages habe der Beklagte die Verpflichtung begründet, 1.434 Rinder aus den USA in die Russische Föderation zu transportieren. Dies stelle eine Masseverbindlichkeit dar (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO); der Insolvenzverwalter müsse nicht zwingend eine Geldschuld begründen. § 61 InsO diene allgemein dem Zweck, das bei einem Vertragsschluss mit einem insolventen Vertragspartner gegenüber einem normalen Geschäftsabschluss erhöhte Risiko auszugleichen. Die Masse habe ihre aus dem Vertrag resultierende Verbindlichkeit nicht erfüllt, weil sie den Transport nicht durchgeführt habe. Auch ihrer Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung sei sie nicht nachgekommen. Stattdessen habe der Beklagte Masseunzulänglichkeit angezeigt. Damit stehe fest, dass die Klägerin einen Ausfallschaden erlitten habe.

7 Der Beklagte habe den ihm obliegenden Entlastungsbeweis, den er entweder durch den Nachweis führen könne, dass objektiv von einer voraussichtlich ausreichenden Masse auszugehen oder für ihn nicht erkennbar gewesen sei, dass dies nicht der Fall sein würde, nicht geführt. Die vom Beklagten vorgelegte Kalkulation belege nicht, dass der Beklagte zu der Annahme berechtigt gewesen sei, die gegenüber der Klägerin eingegangene Transportverpflichtung erfüllen zu können. Der Vortrag des Beklagten, in der Lage gewesen zu sein, den Vertrag gewinnbringend durchzuführen, wenn es ihm gelungen wäre, die von vornherein geplante Beiladung weiterer Rinder anderer Auftraggeber zu realisieren, sei unerheblich.

8 Unerheblich sei auch, dass die Durchführung des Transports an dem Rücktritt der Klägerin gescheitert sei, den diese im Anschluss an die Auseinandersetzung mit der Schuldnerin wegen der verweigerten Haftungsfreistellung erklärt habe. § 61 InsO erfasse entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch Sekundäransprüche, die ihren Grund gerade in der Masseinsuffizienz hätten, wie dies etwa der Fall sei, wenn der Gläubiger mangels ausreichender Finanzmittel der Masse vom Vertrag zurücktrete. Eine Ausweitung der Haftung sei auch geboten, wenn der Insolvenzverwalter die Erbringung der geschuldeten Leistung ernsthaft und endgültig verweigere, weil ihm ausreichende Finanzmittel fehlten. Hielte man § 61 InsO in diesen Fällen für unanwendbar, könnte sich der Insolvenzverwalter durch einen Vertragsbruch ohne weiteres seiner Verpflichtung entledigen und den Zweck der Vorschrift vereiteln. Diese Auffassung stehe in Einklang mit der Rechtsprechung zur Haftung von Gesellschaftsorganen wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht. Auch diese wolle Neugläubiger davor schützen, Verträge mit insolvenzreifen Gesellschaften zu schließen. Der Beklagte müsse sich die unberechtigte Weigerung der Schuldnerin zurechnen lassen, den Transport ohne die geforderte Versicherung durchzuführen. Ungeachtet der Weigerung der Klägerin bei Vertragsschluss, eine Ladungsversicherung bei der Schuldnerin in Auftrag zu geben, habe der Schuldnerin die Berechtigung gefehlt, den Transport ohne eine Freistellung zu verweigern. Damit habe sie den Rücktritt der Klägerin ausgelöst. Dies rechtfertige es, den Beklagten persönlich für jeglichen Sekundärschaden ohne Begrenzung auf das Erfüllungsinteresse haften zu lassen. Auf die weiteren von der Klägerin geltend gemachten Anspruchsgrundlagen komme es nicht an.

II.

9 Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Urteil kann keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung zu Unrecht davon ausgegangen ist, § 61 InsO erfasse auch Sekundäransprüche, die aufgrund einer nicht auf der Unzulänglichkeit der Insolvenzmasse beruhenden Rücktrittserklärung des Vertragspartners der Insolvenzmasse kraft Gesetzes entstehen.

10 1. § 61 InsO regelt ausschließlich die Haftung des Insolvenzverwalters für die pflichtwidrige Begründung von Masseverbindlichkeiten. Die Vorschrift legt keine insolvenzspezifischen Pflichten für die Zeit nach Begründung einer Verbindlichkeit fest. Aus ihr ist kein Anspruch auf Ersatz eines Schadens herzuweisen, der auf erst später eingetretenen Gründen beruht (BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 - IX ZR 48/03, BGHZ 159, 104, 108 ff mwN). Der Verwalter hat deshalb den von ihm gemäß § 61 Satz 2 InsO zu führenden Entlastungsbeweis auch nur dahin zu führen, dass er sich entlasten kann, zum Zeitpunkt der Begründung der Masseverbindlichkeit einen aus seiner damaligen Sicht auf zutreffenden Anknüpfungstatsachen beruhenden und sorgfältig erwogenen Liquiditätsplan erstellt zu haben, der eine Erfüllung der fälligen Masseverbindlichkeit erwarten lässt. Die Darlegung und der Beweis für eine von seiner Liquiditätsplanung abweichende Entwicklung obliegt ihm nicht (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2004 - IX ZR 185/03, ZInsO 2005, 205, 206 f). Pflichten zum Schutz der Massegläubiger für die Zeit nach Begründung der Masseverbindlichkeiten ergeben sich aus anderen Normen des Insolvenzrechts. Sie folgen insbesondere aus §§ 53 ff InsO i.V.m. § 60 InsO. Eine Sondernorm hinsichtlich des Schutzes von Vertragspartnern enthält die Insolvenzordnung insoweit nicht (BGH, Urteil

vom 6. Mai 2004, aaO S. 110 f). Nicht von § 61 InsO erfasst werden Sekundäransprüche, auf die sich die besondere Pflicht des Insolvenzverwalters, sich zu vergewissern, ob er bei normalem Geschäftsablauf zur Erfüllung der von ihm begründeten Forderungen mit Mitteln der Masse in der Lage sein wird, nicht bezieht (BGH, Beschluss vom 25. September 2008 - IX ZR 235/07, ZInsO 2008; 1206 Rn. 5). Insoweit ist es nicht gerechtfertigt, dem Vertragspartner der Masse mehr Rechte zuzusprechen als ihm außerhalb einer Insolvenz zuständen. § 61 InsO dient nicht dem Zweck, dem Vertragspartner der Insolvenzmasse einen zweiten Schuldner zu verschaffen, den er bei einer Geschäftsbeziehung außerhalb eines Vertragsschlusses mit einem Insolvenzverwalter nicht hat.

11 2. Nach diesen Grundsätzen hätte das Berufungsgericht eine Haftung des Beklagten für die von der Klägerin geltend gemachten und durch den Schiedsspruch ihr gegenüber der Schuldnerin zugesprochenen Schadensersatzansprüche aus § 323 Abs. 1, §§ 325, 280 BGB nicht annehmen dürfen. Deren Ursache liegt nicht in der Begründung des Anspruchs der Klägerin auf Beförderung der Rinder aus den Vereinigten Staaten in die Russische Föderation und der späteren Unzulänglichkeit der Insolvenzmasse, die Mittel für diesen Transport aufzubringen. Die Entstehung der Schadensersatzansprüche, die von § 61 InsO nicht erfasst werden, beruht vielmehr auf dem im Anschluss an die Auseinandersetzung der Vertragsparteien über eine Haftungsfreistellung der Schuldnerin erklärten Rücktritt der Klägerin.

12 a) Allerdings scheidet der Anspruch nicht daran, dass die Masse keinen Geldbetrag, sondern eine Transportleistung schuldete. Zwar meint die Revision, ein Schadensersatzanspruch aus § 61 InsO sei für Fälle der vorliegenden Art ausgeschlossen, weil die Vorschrift nur dann gelte, wenn es um eine aus der

Insolvenzmasse zu erbringende Geldschuld gehe. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift komme eine Anwendung auf sonstige durch den Insolvenzverwalter eingegangene Leistungspflichten nicht in Betracht. Das erhöhte Risiko, das der Vertragspartner eines insolventen Unternehmens eingehe, bestehe gerade darin, dass in der Vermögensmasse dieses Unternehmens typischerweise nur eingeschränkt Geldmittel vorhanden seien. Dies sei der prägende Unterschied zu einem wirtschaftlich gesunden Unternehmen, der sich nur auf die Erfüllbarkeit von Geldschulden auswirke.

- 13 Eine den Ausführungen der Revision folgende Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 61 InsO ergibt sich aus dem Gesetz nicht. Sie kann dem Wortlaut der Vorschrift, der auf durch Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters begründete Verbindlichkeiten verweist und damit im Grundsatz alle vom Verwalter gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 InsO durch Rechtsgeschäft begründeten sonstigen Masseverbindlichkeiten umfasst, nicht entnommen werden. Soweit ersichtlich wird eine derartige Einschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auch nirgends vertreten. Aus der Entstehungsgeschichte, die auf die besonderen Risiken von Vertragsschlüssen mit der Insolvenzmasse Bezug nimmt (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 129 zu § 72), kann eine entsprechende Beschränkung ebenfalls nicht abgeleitet werden. Die Regelung soll den Vertragspartner davor schützen, dass schon bei Vertragsschluss die Nichterfüllbarkeit einer vom Insolvenzverwalter übernommenen Leistungspflicht mangels ausreichender finanzieller Mittel voraussehbar ist. Bei dieser Leistungspflicht muss es sich nicht notwendig um eine Geldschuld handeln. Gegenstand kann auch die Verpflichtung der Insolvenzmasse sein, dem anderen Teil bestimmte Rechte zu verschaffen oder bestimmte Sachen zu liefern (vgl. BGH, Beschluss vom 25. September 2008 - IX ZR 235/07, ZInsO 2008, 1206). In Betracht kommt etwa auch die Verpflichtung der Insolvenzmasse, eine Dienstleis-

tung zu erbringen, die ihr letztlich nicht möglich ist, weil ihr die Mittel fehlen, um die zur Erfüllung der Verbindlichkeit der Masse erforderlichen Leistungen Dritter zu bezahlen. Ist insoweit bei Vertragsschluss voraussehbar, dass der Insolvenzverwalter unter Einbeziehung der Gegenleistung zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr über die erforderlichen Mittel verfügt, um den Leistungserfolg herbeizuführen, muss er von dem Abschluss des Vertrages Abstand nehmen. Andernfalls kann er nach § 61 Satz 2 InsO den ihm obliegenden Entlastungsbeweis nicht führen und haftet dem Vertragspartner der Insolvenzmasse auf Ersatz des negativen Interesses (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2004, aaO S. 117 ff; vom 13. Februar 2014 - IX ZR 313/12, ZInsO 2014, 710 Rn. 17 mwN).

14 b) Von einer Verletzung der Pflicht des Verwalters, die bei der Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeiten anfallenden Ausgaben und Einnahmen in seine Liquiditätsprognose einzubeziehen, kann auf der Grundlage des revisionsrechtlich maßgeblichen Sachverhalts jedoch nicht ausgegangen werden. Auf die Führung des Entlastungsbeweises durch den Verwalter nach § 61 Satz 2 InsO kommt es nicht an, weil das finanzielle Unvermögen der Insolvenzmasse - der Beklagte hatte zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung noch nicht einmal Masseunzulänglichkeit angezeigt -, den Beförderungsvertrag zu erfüllen, für die Rücktrittserklärung nicht ursächlich geworden ist. Aufgrund des Rücktritts der Klägerin infolge des Streits der Parteien über die Haftungsfreistellungserklärung liegt eine Vertragsstörung vor, die allgemeiner Natur ist und in jeder anderen Vertragsbeziehung außerhalb eines Vertragsschlusses mit dem Insolvenzverwalter auch auftreten kann.

15 aa) Die besondere Pflicht des Insolvenzverwalters, sich zu vergewissern, ob er bei normalem Geschäftsablauf zur Erfüllung der von ihm begründeten Forderungen mit Mitteln der Masse in der Lage sein wird, bezieht sich auf die

primären Erfüllungsansprüche und nicht auf Sekundäransprüche (BGH, Beschluss vom 25. September 2008 - IX ZR 235/07, ZInsO 2008, 1206 Rn. 5). Die Haftung soll das gegenüber einem normalen Geschäftsabschluss erhöhte Risiko ausgleichen, das der Vertragsabschluss durch einen insolventen Partner mit sich bringt (BGH, Urteil vom 6. Mai 2004, aaO S. 110). Nicht eingreifen soll sie dagegen, wenn sich ein von der Insolvenz unabhängiges, dem "normalen Geschäftsabschluss" anhaftendes Risiko verwirklicht, welches genauso bestanden hätte, wenn die Klägerin den Kaufvertrag mit einem wirtschaftlich gesunden Partner abgeschlossen hätte (vgl. BGH, Beschluss vom 25. September 2008, aaO Rn. 4). Die durch § 61 Satz 1 InsO sanktionierte besondere Pflicht des Verwalters passt nach ihrem Sinn und Zweck nicht auf Sekundäransprüche. Insoweit ist es nicht gerechtfertigt, dem Vertragspartner der Masse mehr Rechte zuzusprechen als ihm außerhalb einer Insolvenz zuständen (BGH, Beschluss vom 25. September 2008, aaO Rn. 5). So kann es dem Insolvenzverwalter beispielsweise nicht als zum Schadensersatz nach § 61 Satz 1 InsO verpflichtende Handlung angelastet werden, wenn er eine Speziessache verkauft hat, die nicht zur Insolvenzmasse gehört (vgl. BGH, Beschluss vom 25. September 2008, aaO; MünchKomm-InsO/Schoppmeyer, 3. Aufl., § 61 Rn. 19; von Olshausen, ZIP 2002, 237, 238 f).

- 16 bb) Diese Rechtsprechung ist im Schrifttum auf einhellige Zustimmung gestoßen (vgl. Graf-Schlicker/Webel, InsO, 4. Aufl., § 61 Rn. 18; HmbKomm-InsO/Weitzmann, 6. Aufl., § 61 Rn. 3; Laws in Pape/Graeber, Handbuch der Insolvenzverwalterhaftung, Teil 4 Rn. 78 ff; Schmidt/Thole, InsO, 19. Aufl., § 61 Rn. 7; HK-InsO/Lohmann, InsO, 8. Aufl., § 61 Rn. 4; Lüke in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2009, § 61 Rn. 4d; MünchKomm-InsO/Schoppmeyer, aaO; Pape/Uhländer/Pape, InsO, § 61 Rn. 11; Uhlenbruck/Sinz, InsO, 14. Aufl., § 61 Rn. 15; Gehrlein, ZInsO 2011, 1713, 1719; von Olshausen, aaO). Einschränk-

kungen werden von Teilen der Literatur nur dann gemacht, wenn es darum geht, dass Warenlieferanten den Rücktritt vom Vertrag erklären und Schadensersatzansprüche aus §§ 325, 323, 281 BGB erheben, weil der Insolvenzverwalter gelieferte Vorbehaltsware nicht bezahlt oder hinsichtlich bestellter Ware die Abnahme verweigert (vgl. Hees, ZIP 2011, 502 ff; zustimmend HK-InsO/Lohmann, aaO; Schmidt/Thole, aaO; MünchKomm-InsO/Schoppmeyer, aaO). In diesen Fällen sei es sachgerecht und mit dem gesetzgeberischen Zweck des § 61 InsO in Einklang stehend, dass der Verwalter persönlich haften müsse, weil er bei seiner Liquiditätsplanung gravierende Fehler gemacht habe (Hees, aaO S. 505). Es sei nicht hinzunehmen, dass der Verwalter sich problemlos des Primäranspruchs entledigen könne, ohne die Haftung aus § 61 InsO fürchten zu müssen (Hees, aaO S. 504; Schmidt/Thole, aaO). Ferner wird erwogen, die Haftung auch dann eingreifen zu lassen, wenn der Verwalter vorsätzlich die Erfüllung des Primäranspruchs ablehnt und damit einen Schadensersatzanspruch auslöst (vgl. Lüke, aaO m. Fn. 21). Abseits dieser Ausnahmefälle gilt aber der Grundsatz, dass eine Haftung für Sekundäransprüche nicht in Betracht kommt, weil deren Entstehung bei Eingehung der Masseverbindlichkeit nicht absehbar und nicht kalkulierbar ist und damit die vom Gesetzgeber gewollte Erleichterung der Betriebsfortführung mit unübersehbaren Risiken behaftet werden würde (vgl. Pape/Uhländer/Pape, aaO). Eine Haftung für jedes Risiko des Scheiterns eines Vertrages mit der Insolvenzmasse wäre durch den Zweck, die Bereitschaft zur Kreditgewährung an die Masse zu fördern (vgl. Jaeger/Gerhardt, InsO, § 61 Rn. 15), indem der Verwalter persönlich für die Erfüllbarkeit der von ihm begründeten Masseverbindlichkeiten einsteht, sofern dies schon bei deren Eingehung erkennbar ist (vgl. Laws in Pape/Graeber, aaO Rn. 81), nicht mehr gedeckt. Sie würde vielmehr die vom Gesetzgeber nicht gewollte Konsequenz haben, dass der Verwalter auch für die allgemeinen vertraglichen Risiken einstehen muss, die im "Normalfall" jeder Vertragspartner zu

tragen hat (Laws, aaO). Eine Betriebsfortführung im Insolvenzverfahren wäre dann - dies zeigt der Streitfall, in dem das Berufungsgericht den Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt hat, der weit über das positive Interesse hinausgeht (zur Beschränkung auf das negative Interesse und zu einer möglichen Begrenzung durch das positive Interesse über den Schutzzweck des § 61 InsO BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 - IX ZR 48/03, BGHZ 159, 104, 117 ff; vom 13. Februar 2014 - IX ZR 313/12, ZInsO 2014, 710 Rn. 17; Laws in Pape/Graeber, aaO Rn. 314 ff; Schmidt/Thole, Rn. 7, 11) - nahezu unkalkulierbar. Der Verwalter müsste persönlich für jegliche Leistungsstörungen einstehen, so dass ihm kaum etwas anderes übrig bliebe, als von einer Betriebsfortführung Abstand zu nehmen.

- 17 cc) Der Bundesgerichtshof muss die Frage, ob § 61 Satz 1 InsO erweiternd auf Sekundäransprüche anzuwenden ist, die darauf beruhen, dass der Verwalter gelieferte Vorbehaltsware nicht bezahlt oder hinsichtlich bestellter Ware die Abnahme verweigert, im Streitfall nicht entscheiden. Auch die Frage einer vorsätzlichen Vertragsverletzung stellt sich nicht. Das Berufungsgericht hat den im Schrifttum diskutierten Sonderfall des Hervorrufens der Kündigungs-erklärung des Lieferanten durch Nichtzahlung oder Abnahmeverweigerung erweiternd auf sämtliche Vertragsstörungen erstreckt, die im Rahmen der Abwicklung eines Vertrages zwischen der Insolvenzmasse und einem Dritten auftreten können. Feststellungen, die zu dem Schluss führen könnten, der Beklagte habe den Streit um die Versicherung der Ladung nur provoziert, um damit die Rücktrittserklärung der Klägerin herauszufordern, weil er zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten nicht in der Lage war, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Das Berufungsgericht hat damit unter Abweichung von der Rechtsprechung des Senats, nach der § 61 InsO auf Sekundäransprüche nicht anzuwenden ist, den Anwendungsbereich der Vorschrift erheblich ausgeweitet. Nach seiner unzutref-

fenden Auffassung soll sich der Verwalter auch dann von einer Fehleinschätzung der Erfüllbarkeit des Vertrages bei Fälligkeit entlasten müssen, wenn die Durchführung des Vertrages nicht an der Unzulänglichkeit der Masse, sondern an anderen Umständen, die in jeder normalen Vertragsbeziehung auch auftreten können, scheitert. Den Insolvenzverwalter träge damit eine Art Garantief Haftung für die Durchführung von Verträgen mit der Insolvenzmasse. Diese Ausdehnung der Haftung auf alle Arten von Sekundäransprüchen würde die Betriebsfortführung im Insolvenzverfahren erheblich beeinträchtigen. Sie ist mit den Absichten des Gesetzgebers bei Schaffung des § 61 InsO (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 129 zu § 72) und der Rechtsprechung des Senats (BGH, Beschluss vom 25. September 2008 - IX ZR 235/07, ZInsO 2008, 1206) nicht zu vereinbaren. Das Urteil des Berufungsgerichts ist deshalb aufzuheben.

III.

18 Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil eine endgültige Entscheidung durch den Bundesgerichtshof nicht möglich ist. Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand könnte es angezeigt erscheinen, die anderen in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen vorrangig in den Blick zu nehmen. Der Einzelrichter wird auch zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen des § 526 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO vorliegen (vgl. MünchKomm-ZPO/Rimmelspacher, 5. Aufl., § 526 Rn. 22). Der Senat weist im Übrigen vorsorglich für das weitere Verfahren darauf hin, dass dem Insolvenzverwalter bei der Frage, zu welchem Zeitpunkt er Masseunzulänglichkeit anzeigt, ein weiter Handlungs- und Ermessensspielraum zusteht, dessen Einhaltung das Gericht des

Haftungsprozesses allerdings umfassend nachprüfen kann (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 2017 - IX ZR 310/14, ZInsO 2017, 1784 Rn. 24 f mwN).

Kayser

Lohmann

Pape

Möhring

Meyberg

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 14.03.2014 - 325 O 81/12 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 03.02.2017 - 1 U 68/14 -