

# BUNDEARBEITSGERICHT



6 AZR 321/11

5 Sa 139/10

Landesarbeitsgericht

Mecklenburg-Vorpommern

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am

15. November 2012

## URTEIL

Schneider, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. November 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Gallner und Spelge sowie den ehrenamtlichen Richter Zabel und die ehrenamtliche Richterin Kammann für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 4. Januar 2011 - 5 Sa 139/10 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Schwerin vom 4. Februar 2010 - 6 Ca 1745/09 - abgeändert und die Klage abgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Der Kläger verlangt Schadensersatz wegen entgangenen Arbeitslosengelds. 1

Er wurde seit Juli 2008 von der Schuldnerin, der D T C GmbH (*DTC*), 2  
beschäftigt. Zuvor bestand ein Arbeitsverhältnis des Klägers mit der V D D GmbH (*VDD*), die in drei Werken in D einen DVD- und CD-Produktionsbetrieb unterhielt. Am 1. Dezember 2007 wurde über das Vermögen der VDD das Insolvenzverfahren eröffnet und Rechtsanwalt O zum Insolvenzverwalter bestellt. Die D D GmbH (*DDG*), ein hundertprozentiges Tochterunternehmen der Di A/S mit Sitz in Dänemark, pachtete vom Insolvenzverwalter O das Werk 1. Sie erwarb die Betriebsmittel des Werks 1 und einen Teil der Betriebsmittel des Werks 2. Seit Juni 2008 pachtete die Schuldnerin das Werk 1 und die dortigen Betriebsmittel von der DDG. Sie setzte etwa 100 Arbeitnehmer bei der Fertigung von Datenträgern mit und ohne Videoinhalte ein, ua. den Kläger.

Für die Produktion und den anschließenden Vertrieb von CD- und DVD- 3  
Datenträgern mit Videoinhalten sind Lizenzen erforderlich, weil die Verfahren patentrechtlich geschützt sind. Die MPEG Limited Liability Company (*MPEG*) mit Sitz in Denver (*Colorado, USA*) ist ein führendes Unternehmen für den Erwerb der notwendigen weltweiten Patentrechte von verschiedenen Patentinhabern in einer einzigen Transaktion, dh. aus einem sog. Lizenzpool. Es wird

damit überflüssig, gesonderte Lizenzen auszuhandeln. In den von der MPEG verwalteten Lizenzpool brachten auch die S Corporation (*Tokio, Japan, S*) und die P N. V. (*Eindhoven, Niederlande, P*) Patente ein.

Im September 2008 erließ das Landgericht Düsseldorf auf Antrag von S und P aufgrund von Lizenzverstößen mehrere einstweilige Verfügungen gegen die DDG, die Schuldnerin und weitere Personen der Di-Gruppe. Mit ihnen wurde den Antragsgegnern die Produktion und Verbreitung von Datenträgern mit lizenzpflichtig produzierten Inhalten - bezogen auf die jeweiligen Rechtsinhaber - untersagt (*ua. LG Düsseldorf 11. September 2008 - 4b O 188/08 - [S]*). Die in der Folge mit der MPEG aufgenommenen außergerichtlichen Verhandlungen, um der Di-Gruppe eine weitere Produktion zu ermöglichen, hatten im November 2008 den Stand, dass für ca. 120 Mio. widerrechtlich hergestellte und/oder verbreitete Datenträger rund 3,5 Mio. US-Dollar Schadensersatz sowie laufende Lizenzgebühren seit Januar 2008 bezahlt werden sollten. Eine Einigung kam nicht zustande. Die Di A/S stellte am 11. Dezember 2008 Insolvenzantrag. 4

Mit Beschluss vom 12. November 2008 war der Beklagte zum vorläufigen Insolvenzverwalter über das Vermögen der Schuldnerin ohne Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bestellt worden. Von Oktober bis Dezember 2008 bezogen die Arbeitnehmer der Schuldnerin Insolvenzgeld. 5

Der Beklagte beabsichtigte, den Betrieb in D nach der Insolvenzeröffnung fortzuführen, um ihn an einen Investor im Weg einer übertragenden Sanierung zu veräußern. 6

Mit Schreiben vom 18. Dezember 2008 wandte sich der Beklagte in seiner Eigenschaft als vorläufiger Insolvenzverwalter an die Arbeitnehmer der Schuldnerin. Darin heißt es auszugsweise: 7

„Sicherlich nicht zuletzt deshalb haben sich zwei Übernahminteressenten für den Standort gemeldet, deren Konzepte auch den Erhalt der Arbeitsplätze vorsehen. Mit ihnen haben Herr Rechtsanwalt O und ich bereits erste Gespräche geführt. Weitere Gespräche und Verhandlungen werden folgen.

Ende des Jahres läuft die Absicherung über das Insol-

venzgeld aus. Die Gehälter für Dezember 2008 werden wie in den beiden Vormonaten hierüber bezahlt werden. Anfang Januar ist mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu rechnen. Unsere Produktions-, Liquiditäts- und Finanzplanung hat ergeben, dass wir zunächst einmal knapp genügend Aufträge haben, um im Januar kostendeckend weiterarbeiten zu können und dann Ende Januar auch aus eigener Kraft die Gehälter für diesen Monat zahlen können.

Daher möchte ich mit Ihnen ab dem 05.01.2009 im Januar weiterarbeiten. Ich gehe davon aus, dass wir Mitte/Ende Januar konkrete Ergebnisse aus den Übernahmeverhandlungen haben werden. Ich möchte Sie dann in einer Betriebsversammlung gern ausführlich unterrichten.

...

Rechtsanwalt De  
als vorläufiger Insolvenzverwalter“

Der Beklagte bemühte sich darum, dass ihm die nötigen MPEG-Lizenzen zur Fertigung und zum Vertrieb von Datenträgern mit Videoinhalten für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erteilt wurden, um die Fortführung des Betriebs sicherzustellen. Dazu wandte er sich - nach Beratung durch einen darauf spezialisierten Rechtsanwalt - mit einem von diesem entworfenen Schreiben vom 19. Dezember 2008 an die MPEG. Die MPEG reagierte darauf im Jahr 2008 nicht mehr.

8

Mit Gutachten vom 23. Dezember 2008 stellte der Beklagte die Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung der Schuldnerin fest. Er schlug die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zum 1. Januar 2009 vor. Er ging dabei von voraussichtlichen Verfahrenskosten von 79.000,00 Euro aus. Am 1. Januar 2009 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt.

9

Im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung befanden sich auf den Bankkonten rund 154.000,00 Euro verfügbare Barmittel, die sich bis 9. Januar 2009 auf etwa 184.000,00 Euro und zum Monatsende auf ungefähr 195.000,00 Euro erhöhten. Der Beklagte stützte sich für die Betriebsfortführung auf einen „Weekly Cash Plan“, den er als vorläufiger Insolvenzverwalter unter dem 17. Dezember 2008 erstellt hatte. Danach rechnete er mit Zahlungseingängen aus Aufträ-

10

gen in der ersten Januarwoche von ca. 118.000,00 Euro, in der zweiten Januarwoche von etwa 299.000,00 Euro, in der dritten Januarwoche von rund 170.000,00 Euro und in der vierten Januarwoche von ungefähr 305.000,00 Euro. Im Fall einer Betriebsfortführung ab Januar 2009 ging der Beklagte von monatlichen Kosten iHv. etwa 320.000,00 Euro aus. In diesem Betrag waren mit ca. 220.000,00 Euro die Personalkosten enthalten, die jeweils zum Monatsende fällig waren. Außerdem waren die Kosten ua. für Rohstoffe, Miete und Energielieferungen unter Berücksichtigung der eingeplanten Aufträge eingestellt. Abzüglich der Kosten ergaben sich aus dem Finanzplan Einnahmen für die erste Januarwoche von 58.000,00 Euro, für die zweite Januarwoche von 115.000,00 Euro und für die dritte Januarwoche von 64.000,00 Euro.

Bei der Produktion von CD- und DVD-Datenträgern ist es branchenüblich, dass Aufträge kurzfristig per Telefon oder E-Mail erteilt werden. Für die Produktion und Umsatzplanung berücksichtigte der Beklagte für Januar 2009 verschiedene Aufträge. Es handelte sich sowohl um Aufträge, für die MPEG-Lizenzen notwendig waren, als auch um Aufträge, die ohne MPEG-Lizenzen hätten produziert werden können. Für das Unternehmen F (*Inc.*) mit Sitz in den USA sollte in der zweiten Januarwoche ein Auftrag mit einem Umsatzvolumen von ungefähr 205.000,00 Euro ausgeführt werden, für den eine MPEG-2-Lizenz nötig war. Unter Berücksichtigung der Kosten einschließlich notwendiger Lizenzen rechnete der Beklagte mit Einnahmen von etwa 88.000,00 Euro. Für das Unternehmen S L (*Ltd.*) sollte in der ersten und zweiten Kalenderwoche 2009 ein Auftrag mit einem Gesamtvolumen von rund 470.000,00 Euro ausgeführt werden. Dieser Auftrag sollte nach Abzug der Kosten zu Einnahmen von ca. 112.000,00 Euro führen. Weitere Aufträge von S L waren dem Beklagten für die dritte und vierte Januarwoche avisiert worden, darunter auch ein (*weiterer*) Auftrag, für den eine MPEG-2-Lizenz notwendig war. Der Beklagte stellte ferner kleinere Aufträge des Unternehmens V in seine Kalkulation ein.

11

Anfang Januar 2009 war noch keine Reaktion der MPEG erfolgt. Der Beklagte wandte sich deshalb mit E-Mail vom 8. Januar 2009 an den dort verantwortlichen Herrn Sk. In der Folge kam es zum Austausch mehrerer E-Mails, mit denen Herr Sk zum Ausdruck brachte, dass eine Lizenz wegen der

12

noch bestehenden Rechtsstreitigkeiten zwischen S, P und der Di-Gruppe nicht erteilt werden könne. Der Beklagte versuchte in seinen Antworten jeweils, Herrn Sk davon zu überzeugen, dass er als Insolvenzverwalter die alleinige Verfügungsmacht habe und nicht mit der Di-Gruppe in Verbindung stehe. Eine Einigung kam letztlich nicht zustande. Herr Sk lehnte es mit E-Mail vom 22. Januar 2009 ab, eine Lizenz zu vergeben.

Die vom Beklagten eingeplanten größeren Aufträge wurden nicht erteilt. 13  
Zuletzt teilte das Unternehmen S L am 14. Januar 2009 mit, dass es einen Auftrag für die lizenzfreie Produktion von 600.000 CDs habe. 300.000 CDs sollten in der dritten Januarwoche und weitere 300.000 CDs in der letzten Januarwoche gefertigt werden. Der Gesamtpreis von 47.025,00 Euro sollte noch im Januar der Masse zufließen. Mit E-Mail vom 26. Januar 2009 führte S L aus, dass die endgültige Auftragserteilung durch den eigenen Auftraggeber noch ausstehe. Der Beklagte stellte daraufhin fest, dass der erwartete Massezufluss nicht mehr im Januar 2009 erfolgen werde. Damit war aus seiner Sicht Masseunzulänglichkeit eingetreten.

Der Beklagte berief am 27. Januar 2009 eine Betriebsversammlung ein 14  
und erläuterte der Belegschaft die Situation. Alle Arbeitnehmer - mit Ausnahme eines kleinen Teils, der zu Abwicklungsarbeiten herangezogen werden sollte - wurden sofort und unwiderruflich von der Arbeitspflicht freigestellt. Unter dem 28. Januar 2009 zeigte der Beklagte gegenüber dem Amtsgericht Schwerin drohende Masseunzulänglichkeit an.

Parallel zu den Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Produktion be- 15  
mühte sich der Insolvenzverwalter O um die Veräußerung des CD-Werks, insbesondere an das spanische Unternehmen I. Er bezog auch den Beklagten in die Verhandlungen ein. Der anwaltliche Vertreter von I teilte am 9. Januar 2009 per E-Mail mit, dass der Prozess im Zusammenhang mit dem Erwerb der Vermögensgegenstände aus der Insolvenzmasse der VDD und der Übernahme der Arbeitnehmer der Schuldnerin zügig fortgesetzt werden solle. Die Verhandlungen zogen sich bis in den Februar 2009 hin, scheiterten letztendlich aber an den finanzierenden Banken.

Der Beklagte teilte dem Kläger unter dem 5. Februar 2009 mit, dass das Entgelt für Januar 2009 aufgrund der angezeigten Masseunzulänglichkeit nicht gezahlt werden könne. Der Kläger hätte in der Zeit vom 1. bis 27. Januar 2009 Arbeitslosengeld von 764,37 Euro beziehen können (*27 Tage x 28,31 Euro*). Mit Schreiben vom 11. März 2009 machte der Kläger gegenüber dem Beklagten Schadensersatzansprüche wegen entgangenen Arbeitslosengelds in der Zeit vom 1. bis 27. Januar 2009 geltend. 16

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, ihm stehe ein Schadensersatzanspruch aus § 61 InsO zu. Die ab 1. Januar 2009 gebotene und dennoch unterbliebene Freistellung sei eine haftungsauslösende Rechtshandlung. Bei einer unwiderruflichen Freistellung hätte er Arbeitslosengeld beantragt und im Rahmen einer sog. Gleichwohlgewährung erhalten. Der Beklagte hätte erkennen müssen, dass keine ausreichende Masseliquidität vorhanden gewesen sei. Er hätte die Produktion wegen der nicht vorhandenen Lizenzen für die Herstellung von Datenträgern mit Videoinhalten nicht aufnehmen dürfen. Die ernsthafte Möglichkeit, dass die zu erwartenden Entgeltkosten für Januar 2009 hätten gedeckt werden können, habe zu keinem Zeitpunkt bestanden. Jedenfalls hafte der Beklagte aus § 60 InsO. Das Schreiben vom 18. Dezember 2009 habe nicht hinreichend auf das Risiko des Entgeltausfalls hingewiesen. Der Beklagte hafte auch aufgrund der verspäteten Anzeige der Masseunzulänglichkeit aus § 60 InsO. Schließlich hafte er nach allgemeinen Regeln, weil er mit seiner Zusicherung ein erhöhtes Maß an Vertrauen in Anspruch genommen habe. 17

Der Kläger hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an ihn 764,37 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB seit 28. Januar 2009 zu zahlen. 18

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat gemeint, im Fall oktroyierter Masseverbindlichkeiten, um die es sich bei den Entgeltforderungen von Arbeitnehmern handle, scheide eine Haftung aus § 61 InsO aus. Jedenfalls könne ein Schadensersatzanspruch nicht vor dem Zeitpunkt der 19

frühestmöglichen Kündigung des Dauerschuldverhältnisses entstehen. Eine Beendigung zum 31. Dezember 2008 sei nicht möglich gewesen. Eine Pflicht des Insolvenzverwalters, Arbeitnehmer widerruflich oder unwiderruflich freizustellen, bestehe nicht. Auch eine Haftung aus § 60 InsO komme nicht in Betracht. Insbesondere sei die Betriebsfortführung über den 31. Dezember 2008 hinaus nicht pflichtwidrig gewesen. Vor dem ersten Berichtstermin könne ein Insolvenzverwalter nur dann zur Stilllegung des Betriebs verpflichtet sein, wenn die Fortführung in so hohem Maß unwirtschaftlich sei, dass die Masse dadurch erheblich gemindert werde. Das sei nicht der Fall gewesen. Er hätte auch nicht früher Masseunzulänglichkeit anzeigen müssen. Aufgrund der Planung habe er annehmen dürfen, die Vergütungen für Januar 2009 leisten zu können, zumal noch bis in den Februar 2009 Verhandlungen mit möglichen Betriebserwerbern geführt worden seien. Eine insolvenzspezifische Hinweispflicht bestehe nicht. Er habe zudem davon ausgehen dürfen, dass noch eine Lizenz erteilt werde. Im Weg der Vorteilsausgleichung sei zu berücksichtigen, dass der Arbeitslosengeldbezug des Klägers wegen des späteren Antrags später geendet habe.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag mit Sach- und Verfahrensrügen weiter. 20

### **Entscheidungsgründe**

- Die Revision des Beklagten ist begründet. Die Klage ist abzuweisen. 21
- A. Die Klage ist zulässig. 22
- I. Sie ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 23
1. Der Kläger hat seine Forderung alternativ auf verschiedene Lebenssachverhalte gestützt: eine verspätete Freistellung, eine verspätete Anzeige der Masseunzulänglichkeit und vom Beklagten in Anspruch genommenes besonde- 24



res Vertrauen. Für diese verschiedenen Streitgegenstände ist zu klären, in welchem Rangverhältnis als Haupt- und Hilfsanträge sie zueinander stehen. Sonst wären die Anträge nicht ausreichend bestimmt und damit unzulässig (vgl. BAG 1. Juni 2006 - 6 AZR 59/06 - Rn. 10, AP InsO § 61 Nr. 2 = EzA InsO § 61 Nr. 2; BGH 6. Mai 2004 - IX ZR 48/03 - zu III 4 der Gründe, BGHZ 159, 104).

2. Der Kläger hat das Verhältnis der Anträge zueinander bestimmt. Er hat die unterschiedlichen Streitgegenstände zwar nicht ausdrücklich als Haupt- und Hilfsanträge bezeichnet. Aus der Klagebegründung geht aber hervor, dass er die Anträge in ein Eventualverhältnis gestellt hat. Verneint das Gericht eine Haftung des Beklagten - vorrangig aus § 61 InsO, hilfsweise aus § 60 Abs. 1 InsO - aufgrund der unterlassenen Freistellung zum 1. Januar 2009, soll sich der Anspruch hilfsweise aus einer verspäteten Anzeige der Masseunzulänglichkeit ergeben (§ 60 Abs. 1 InsO). Nur für den Fall, dass auch eine solche Haftung ausscheidet, stützt sich der Kläger auf eine Haftung nach allgemeinen Regeln wegen in Anspruch genommenen besonderen Vertrauens. 25

II. Der Kläger ist prozessführungsbefugt, um die Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Er hat schädigende Pflichtverletzungen vor der Anzeige der Masseunzulänglichkeit behauptet. Bei derartigen Schädigungen handelt es sich um keine Gesamtschäden iSv. § 92 Satz 1 InsO, sondern regelmäßig um Einzelschäden. Sie können während des Insolvenzverfahrens geltend gemacht werden (vgl. BAG 6. Oktober 2011 - 6 AZR 172/10 - Rn. 19, EzA InsO § 61 Nr. 3; 25. Januar 2007 - 6 AZR 559/06 - Rn. 16 mwN, BAGE 121, 112). 26

B. Die Klage ist unbegründet. Der Beklagte schuldet dem Kläger weder auf der Grundlage von § 61 InsO noch aus § 60 Abs. 1 InsO Schadensersatz. Er haftet auch nicht nach allgemeinen Grundsätzen. Der Kläger kann nicht verlangen, vom Beklagten so gestellt zu werden, als wäre er seit 1. Januar 2009 unwiderruflich von der Arbeitspflicht freigestellt worden. 27

I. Eine Haftung des Beklagten ergibt sich nicht aus § 61 InsO. Die Bestimmung ist in dem von ihr geregelten Teilbereich der (verschärften) Verwalterhaftung als speziellere Norm vorrangig vor § 60 InsO zu prüfen (vgl. etwa 28

*OLG Düsseldorf 27. Januar 2012 - I-22 U 49/11 - zu B I 1 der Gründe, ZIP 2012, 2115; Braun/Baumert InsO 5. Aufl. § 61 Rn. 2; Kexel in Graf-Schlicker InsO 3. Aufl. § 61 Rn. 1; FK-InsO/Jahntz 6. Aufl. § 61 Rn. 2).*

1. Nach § 61 Satz 1 InsO ist der Insolvenzverwalter einem Massegläubiger zum Schadensersatz verpflichtet, wenn eine Masseverbindlichkeit, die durch eine Rechtshandlung des Verwalters begründet worden ist, aus der Insolvenzmasse nicht voll erfüllt werden kann. § 61 Satz 2 InsO lässt den Verwalter jedoch nur dann haften, wenn er bei der Begründung der Verbindlichkeit erkennen konnte, dass die Masse voraussichtlich nicht zur Erfüllung ausreichen würde. 29

a) § 61 InsO regelt den Fall des erhöhten Risikos der Masseunzulänglichkeit. Der Eintritt der Masseunzulänglichkeit muss wahrscheinlicher sein als ihr Nichteintritt. Der verschärften persönlichen Haftung des Insolvenzverwalters liegt der Gedanke zugrunde, dass Dritte sonst nicht mehr bereit wären, Geschäftsbeziehungen mit dem Verwalter des insolventen Unternehmens aufzunehmen. Das erschwerte es, das Unternehmen im Insolvenzverfahren fortzuführen. Das Ausfallrisiko soll durch die persönliche Haftung des Verwalters gemindert werden. Der Verwalter soll persönlich dafür einstehen, dass Masseverbindlichkeiten, deren Entstehung er hätte vermeiden können, erfüllt werden (*vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 129 f. zu § 72 der Entwurfsfassung der InsO*). Die Interessen der Massegläubiger sind deshalb nur dann durch eine verschärfte persönliche Haftung gesichert, wenn der Verwalter - regelmäßig im Rahmen einer Betriebsfortführung - willentlich Masseverbindlichkeiten begründet, obwohl voraussehbar ist, dass sie bei Fälligkeit nicht erfüllt werden können (*vgl. BGH 21. Oktober 2010 - IX ZR 220/09 - Rn. 6, ZIP 2010, 2356; 2. Dezember 2004 - IX ZR 142/03 - zu II 1 der Gründe, BGHZ 161, 236*). 30

b) § 61 InsO regelt ausschließlich die Haftung des Insolvenzverwalters für die pflichtwidrige Begründung von Masseverbindlichkeiten. 31

aa) Aus der Vorschrift ist kein Anspruch auf Ersatz eines Schadens herzuleiten, der auf einem späteren Verhalten des Insolvenzverwalters beruht. Sie 32

legt keine insolvenzspezifischen Pflichten für die Zeit nach Begründung einer Verbindlichkeit fest (vgl. BAG 1. Juni 2006 - 6 AZR 59/06 - Rn. 16, AP InsO § 61 Nr. 2 = EzA InsO § 61 Nr. 2; BGH 6. Mai 2004 - IX ZR 48/03 - zu II 1 c der Gründe mwN, BGHZ 159, 104). Der Verwalter haftet nicht für die Nichterfüllung der ohne seine Beteiligung entstandenen Masseforderungen, der sog. oktroyierten Forderungen, weil er auf die Entstehung und Höhe dieser Verbindlichkeiten keinen Einfluss hat. Seine persönliche Haftung beschränkt sich nach § 61 Satz 1 InsO auf die Forderungen von Neumassegläubigern, die hinsichtlich dieser Forderungen erst durch seine Rechtshandlung zu Massegläubigern geworden sind (vgl. BAG 1. Juni 2006 - 6 AZR 59/06 - aaO).

bb) Als Rechtshandlungen, mit denen der Insolvenzverwalter willentlich Masseverbindlichkeiten begründet, kommen vor allem Vertragsschlüsse in Betracht. Der Begründung einer neuen Verbindlichkeit steht es gleich, wenn der Verwalter die Erfüllung beiderseits nicht vollständig erfüllter gegenseitiger Verträge wählt oder mögliche Kündigungen von Dauerschuldverhältnissen unterlässt (vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 129; BGH 10. Dezember 2009 - IX ZR 220/08 - Rn. 7, ZIP 2010, 242; 2. Dezember 2004 - IX ZR 142/03 - zu II 1 der Gründe, BGHZ 161, 236). Unterlässt der Verwalter eine rechtlich zulässige Kündigung, kommt eine Ersatzpflicht aber nur für Verbindlichkeiten in Betracht, die nach dem Zeitpunkt entstehen, zu dem der Vertrag bei einer frühestmöglichen Kündigungserklärung geendet hätte (vgl. BAG 31. März 2004 - 10 AZR 254/03 - zu B III 1 d der Gründe, ZInsO 2005, 50; BGH 9. Februar 2012 - IX ZR 75/11 - Rn. 33, BGHZ 192, 322, jeweils mwN). Bis zum Zeitpunkt der frühestmöglichen Beendigung kann der Verwalter die Leistung des Massegläubigers nicht verhindern, ohne selbst vertragsbrüchig zu werden. Deshalb kann es nicht haftungsauslösend sein, wenn der Insolvenzverwalter Masseverbindlichkeiten bis zum Zeitpunkt des frühestmöglichen Kündigungstermins bestehen lässt (vgl. Braun/Baumert InsO 5. Aufl. § 61 Rn. 4; FK-InsO/Jahntz 6. Aufl. § 61 Rn. 4).

33

2. Nach diesen Grundsätzen kommt eine Haftung des Beklagten wegen des dem Kläger in der Zeit vom 1. bis 27. Januar 2009 entgangenen Arbeitslosgelds schon deswegen nicht in Betracht, weil es sich bei den Vergütungs-

34

ansprüchen des Klägers im genannten Zeitraum um sog. aufgezwungene Verbindlichkeiten handelt, die nicht durch eine Rechtshandlung des Beklagten iSv. § 61 Satz 1 InsO begründet wurden.

- a) Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Schuldnerin mit Wirkung für die Masse ergab sich kraft Gesetzes aus § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO. Der Kläger erbrachte seine Arbeitsleistung zwar in der Zeit vom 5. bis 27. Januar 2009 zur Masse. § 615 Satz 1 BGB hätte seinen Vergütungsanspruch aus dem Arbeitsvertrag aber auch bei einer Freistellung aufrechterhalten (*vgl. nur BAG 15. September 2011 - 8 AZR 846/09 - Rn. 37, EzA BGB 2002 § 611 Krankenhausarzt Nr. 4*). Der Beklagte, der zum 1. Januar 2009 zum Insolvenzverwalter bestellt wurde, hatte keinen Einfluss darauf, dass diese Entgeltansprüche begründet wurden. Die nach § 622 Abs. 1 BGB mindestens einzuhaltende Kündigungsfrist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats erlaubte eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht vor dem 31. Januar 2009. Der maßgebliche Kündigungstermin bestimmt sich nach dem Zeitpunkt, zu dem eine Kündigung unter Beachtung gesetzlicher Verpflichtungen rechtlich zulässig ist (*vgl. BAG 31. März 2004 - 10 AZR 254/03 - zu B III 1 d bb der Gründe, ZInsO 2005, 50*). 35
- b) Entgegen der Auffassung des Klägers führt die unterlassene Freistellung von der Arbeitspflicht nicht zu einer Haftung des Insolvenzverwalters aus § 61 Satz 1 InsO, weil den Arbeitnehmern Arbeitslosengeld entgeht. 36
- aa) Allerdings endet im Fall einer unwiderruflichen Freistellung das Beschäftigungsverhältnis im leistungsrechtlichen Sinn. Folge ist, dass der Arbeitnehmer trotz fortbestehenden Arbeitsverhältnisses beschäftigungslos wird iSv. § 119 Abs. 1 Nr. 1 SGB III idF vom 23. Dezember 2003 (*jetzt: § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III*). Damit ist diese Voraussetzung für den Bezug von Arbeitslosengeld erfüllt (*vgl. noch zu § 101 Abs. 1 Satz 1 AFG BSG 24. Juli 1986 - 7 RAR 4/85 - BSGE 60, 168; zu § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III Brand/Brand SGB III 6. Aufl. § 138 Rn. 16; Gutzler in Mutschler/Schmidt-De Caluwe/Coseriu SGB III 5. Aufl. § 138 Rn. 27*). Bei einer Freistellungserklärung des Beklagten hätte sich der Kläger arbeitslos melden können und Arbeitslosengeld bezogen, wenn die 37

weiteren Voraussetzungen des § 118 Abs. 1 SGB III idF vom 23. Dezember 2003 erfüllt gewesen wären.

bb) Unabhängig von der Frage einer Verpflichtung des Insolvenzverwalters, einen Arbeitnehmer freizustellen, tritt die verschärfte persönliche Haftung des Insolvenzverwalters aus § 61 Satz 1 InsO aber nur ein, wenn Masseverbindlichkeiten willentlich begründet werden. § 61 InsO verpflichtet den Verwalter zu prüfen, ob er die von ihm eingegangenen Masseverbindlichkeiten erfüllen kann. Auf diese Weise soll sich das gegenüber den allgemeinen Gefahren eines Vertragsschlusses erhöhte Risiko des Vertragspartners verringern (vgl. BAG 6. Oktober 2011 - 6 AZR 172/10 - Rn. 22 mwN, EzA InsO § 61 Nr. 3). Entsprechend ist auch die Entlastungsmöglichkeit des Verwalters nach § 61 Satz 2 InsO ausgestaltet. § 61 InsO grenzt die Risikosphären von Geschäftspartner und Verwalter voneinander ab und beugt einer zu weitgehenden Verantwortung des Verwalters vor. § 61 InsO soll Schutzdefiziten begegnen, die sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Haftung des Konkursverwalters gegenüber Massegläubigern ergaben. Nach dieser Rechtsprechung war ein Gläubiger bei Abschluss eines Vertrags mit einem Konkursverwalter nicht besonders geschützt (vgl. BGH 6. Mai 2004 - IX ZR 48/03 - zu II 1 c der Gründe, BGHZ 159, 104 mit Bezug auf die Gesetzesbegründung in BT-Drucks. 12/2443 S. 129). Es widerspräche der haftungspräzisierenden Funktion von § 61 InsO, eine Haftung des Verwalters bei unterlassener Freistellung von Arbeitnehmern anzunehmen, bei der Masseverbindlichkeiten nicht pflichtwidrig begründet werden.

II. Der erhobene Schadensersatzanspruch lässt sich auch nicht auf § 60 Abs. 1 InsO stützen. 39

1. Nach § 60 Abs. 1 Satz 1 InsO ist der Insolvenzverwalter allen Beteiligten zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft die Pflichten verletzt, die ihm nach der Insolvenzordnung obliegen. Er hat für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters einzustehen (§ 60 Abs. 1 Satz 2 InsO). 40

- a) § 60 Abs. 1 InsO sanktioniert nur die Verletzung solcher Pflichten, die den Insolvenzverwalter in dieser Eigenschaft nach den Vorschriften der Insolvenzordnung treffen. Dadurch wird der Gefahr einer ausufernden Haftung des Insolvenzverwalters vorgebeugt (vgl. *BT-Drucks. 12/2443 S. 129 zu § 71 der Entwurfsfassung der InsO; BGH 2. Dezember 2004 - IX ZR 142/03 - zu II 2 der Gründe, BGHZ 161, 236*). Dazu gehören keine solchen Pflichten, die ihn wie jeden Vertreter fremder Interessen gegenüber Dritten treffen. Nicht insolvenzspezifisch sind außerdem im Allgemeinen Pflichten, die dem Insolvenzverwalter als Verhandlungs- und Vertragspartner des Dritten auferlegt sind. Sie können jedoch eine Haftung aus § 60 InsO begründen, wenn diesem Dritten gegenüber andere, insolvenzspezifische Pflichten bestehen, deren Erfüllung durch die Verletzung der anderen Pflichten gefährdet wird (vgl. *BGH 24. Januar 2008 - IX ZR 201/06 - Rn. 12, NJW 2008, 1442; 25. Januar 2007 - IX ZR 216/05 - Rn. 7 mwN, NJW 2007, 1596*). 41
- b) Nach allgemeinen Beweisregeln ist der Kläger im Rahmen von § 60 InsO darlegungs- und beweisbelastet für die rechtsbegründende Tatsache der Verletzung einer insolvenzspezifischen Pflicht (vgl. *BAG 6. Oktober 2011 - 6 AZR 172/10 - Rn. 33, EzA InsO § 61 Nr. 3*). Der beklagte Insolvenzverwalter hat die vom Kläger behaupteten Tatsachen substantiiert unter Darlegung der für das Gegenteil sprechenden Tatsachen und Umstände zu bestreiten, wenn der Kläger seiner primären Darlegungslast genügt hat und außerhalb des für den Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht (vgl. *BAG 6. Oktober 2011 - 6 AZR 172/10 - Rn. 35, aaO*). 42
2. Nach diesen Grundsätzen verletzte der Beklagte keine insolvenzspezifische Pflicht iSv. § 60 Abs. 1 Satz 1 InsO, indem er den Kläger nicht bereits vor dem 27. Januar 2009 von der Arbeitspflicht freistellte oder den Betrieb nicht früher stilllegte. Er handelte zudem nicht schuldhaft. 43
- a) Es besteht keine insolvenzspezifische Pflicht, Arbeitnehmer zu einem bestimmten Zeitpunkt freizustellen, um ihnen zu ermöglichen, die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosengeld zu erfüllen (vgl. *LAG Hamm 27. Mai 2009 - 2 Sa 331/09 - zu I 1 der Gründe, LAGE InsO § 60 Nr. 2; Uhlen-* 44

*bruck/Sinz 13. Aufl. § 60 InsO Rn. 28; für eine aus der Fürsorgepflicht abgeleitete Freistellungspflicht im masseunzulänglichen Insolvenzverfahren Lindemann ZInsO 2012, 1873, 1877 f.).*

aa) Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Freistellung von der Arbeitspflicht kann sich aus gesetzlichen oder tariflichen Regelungen oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen wie dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben. So hat der Dienstberechtigte dem Dienstverpflichteten nach der Kündigung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses auf dessen Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren, dh. ihn freizustellen (§ 629 BGB). Nach § 2 Abs. 2 Satz 1 SGB III idF vom 21. Dezember 2008 haben Arbeitgeber bei ihren Entscheidungen verantwortungsvoll deren Auswirkungen auf die Beschäftigung der Arbeitnehmer und von Arbeitslosen und damit die Inanspruchnahme von Leistungen der Arbeitsförderung einzubeziehen. Sie sollen Arbeitnehmer vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses frühzeitig über notwendige eigene Aktivitäten bei der Suche nach einer anderen Beschäftigung und die Verpflichtung zur Meldung nach § 38 Abs. 1 SGB III idF vom 21. Dezember 2008 bei der Agentur für Arbeit informieren, sie dazu freistellen und die Teilnahme an erforderlichen Qualifizierungsmaßnahmen ermöglichen (§ 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III idF vom 21. Dezember 2008). 45

bb) Der Senat kann offenlassen, ob § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III idF vom 21. Dezember 2008 eine gegenüber § 629 BGB verselbständigte Freistellungsverpflichtung enthält oder zu einer erweiternden Auslegung von § 629 BGB zwingt. Bei dieser Freistellungspflicht handelt es sich um keine spezifisch insolvenzrechtliche Pflicht, sondern um eine Verpflichtung, die jeden Arbeitgeber trifft. Aus diesem Grund kann auch dahinstehen, ob ein Freistellungsanspruch zur Wahrung der Vermögensinteressen des Arbeitnehmers - neben § 629 BGB oder § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III idF vom 21. Dezember 2008 - aus der allgemeinen Fürsorge- und Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) folgen kann. Auch einem solchen Anspruch fehlte der Insolvenzbezug. 46

- b) Auf sich beruhen kann ferner, ob sich eine insolvenzspezifische Pflicht des Insolvenzverwalters zur Freistellung von Arbeitnehmern aus seiner Verpflichtung ergibt, die Masse zu erhalten und optimal zu verwerten. Der Beklagte überschritt seinen Beurteilungsspielraum jedenfalls nicht. 47
- aa) Eine insolvenzspezifische Pflicht zur Freistellung von Arbeitnehmern kann allenfalls dann bestehen, wenn durch die Beschäftigung der Arbeitnehmer keinerlei Wertschöpfung zugunsten der Insolvenzmasse eintritt, die Beschäftigung aber zu einer erheblichen Minderung der Masse führt und eine künftige Wertschöpfung nicht zu erwarten ist (vgl. *Uhlenbruck/Sinz 13. Aufl. § 60 InsO Rn. 76*). Bis zum Ablauf der Kündigungsfristen sind die Arbeitsvergütungen ohnehin zu leisten. Die Belastung der Masse ist unvermeidlich. Die Masse wird durch die Beschäftigung der Arbeitnehmer deshalb nur dann pflichtwidrig verkürzt, wenn die Beschäftigung mit einem nicht zu rechtfertigenden Betriebsmittelverbrauch und erheblichen zusätzlichen Kosten verbunden ist. Bestehen Aussichten, künftig wieder wertschöpfend zu arbeiten, kann das eine zeitweilige Minderung der Masse rechtfertigen. Im Hinblick auf die Pflichten des Insolvenzverwalters, einerseits eine Verkürzung der Masse zu vermeiden und sie andererseits optimal zu verwerten, ist dem Verwalter im Interesse der Gläubigersamtheit ein Beurteilungsspielraum einzuräumen (vgl. *Uhlenbruck/Sinz aaO*). 48
- bb) Diesen Beurteilungsspielraum wahrte der Beklagte. 49
- (1) Der Kläger behauptet nicht, dass seine Beschäftigung oder die Beschäftigung der anderen Arbeitnehmer zu einer erheblichen Masseverkürzung führte. Er hat vielmehr erstinstanzlich vorgetragen, es seien lediglich Kleinstaufträge abgearbeitet worden. Im Berufungsrechtszug hat der Kläger vorgebracht, der Arbeitsprozess habe mindestens seit Oktober 2008 geruht. Er habe in der Zeit vom 1. bis 27. Januar 2009 fast nichts zu tun gehabt. Aus diesen Darlegungen ist nicht zu entnehmen, dass die Beschäftigung des Klägers und der übrigen Arbeitnehmer die Masse erheblich verkürzte. Soweit Kleinstaufträge abgearbeitet worden sein sollten, wäre es tatsächlich zu einer Wertschöpfung gekommen. War das nicht der Fall, wurde die Masse durch das ohnehin zu 50



zahlende Arbeitsentgelt belastet. Daraus allein kann sich eine Verpflichtung zur Freistellung von Arbeitnehmern durch den Insolvenzverwalter nicht ergeben.

(2) Das Landesarbeitsgericht hat abweichend vom schriftsätzlichen Vorbringen des Klägers, der Arbeitsprozess habe seit Oktober 2008 geruht, in seine Darstellung des Vortrags des Klägers aufgenommen, seit 5. Januar 2009 sei zudem eine Produktion lizenzpflichtiger Datenträger „auf Halde“ erfolgt; das habe der Schuldnerin wertvolle Rohstoffe entzogen. Die in den Tatbestand aufgenommene Darstellung geht zwar grundsätzlich den in Bezug genommenen Schriftsätzen vor (vgl. *BGH 21. Januar 2003 - XI ZR 125/02 - zu II 2 a der Gründe, NJW 2003, 1390*). Das Berufungsgericht hat aber zugleich festgestellt, dass sich die von ihm als lizenzpflichtig festgestellten Aufträge nicht realisieren ließen und es zur Produktion des Großauftrags des Unternehmens S L nicht kam. Außerdem ergäbe sich auch nach dem in den Tatbestand aufgenommenen Vortrag des Klägers nicht, dass überhaupt kein sinnvoller Wertschöpfungsprozess stattfand. Nach dem im Tatbestand wiedergegebenen schriftsätzlichen Vorbringen des Klägers wurden zumindest Kleinstaufträge abgearbeitet. Sie genügten nicht, um die mit der Fortführung des Betriebs anfallenden Kosten zu decken, waren jedoch zugunsten der Masse wertschöpfend. Ein Verzicht auf diese Wertschöpfung hätte die Pflicht des Beklagten zur optimalen Verwertung der Insolvenzmasse verletzt, zumal das Arbeitsentgelt der Arbeitnehmer für Januar 2009 jedenfalls zu zahlen war. Im Übrigen bemühte sich der Beklagte im Januar 2009 nach den bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts um weitere, von einer Lizenzerteilung unabhängige Aufträge. Der Auftrag von S L zur lizenzfreien Produktion von 600.000 CDs konnte nur deswegen nicht ausgeführt werden, weil das Entgelt hierfür der Masse im Januar 2009 nicht mehr zugeflossen wäre.

51

c) Den Beklagten traf auch nicht die Pflicht, das Unternehmen einzustellen und den Betrieb mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens zum 1. Januar 2009 stillzulegen.

52

aa) Im Insolvenzfall ist es die wichtigste Entscheidung, darüber zu befinden, ob das Unternehmen des Schuldners stillgelegt oder fortgeführt werden soll.

53

Darüber entscheidet die Gläubigerversammlung im Berichtstermin (§ 157 Satz 1 InsO). Der Berichtstermin darf nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 InsO nicht über drei Monate ab Verfahrenseröffnung hinaus anberaumt werden. Die Insolvenzordnung nimmt damit bis zu einem gewissen Grad einen ungedeckten Aufwand und eine endgültige Minderung der Masse in Kauf (vgl. *MünchKommInsO/Brandes 2. Aufl. §§ 60, 61 Rn. 24*). Der Insolvenzverwalter soll die Entscheidung, die die Gläubigerversammlung im Berichtstermin über den Fortgang des Insolvenzverfahrens trifft, nicht dadurch präjudizieren, dass er schon zuvor das Unternehmen stilllegt oder veräußert oder sonstiges Vermögen des Schuldners „versilbert“, das benötigt wird, um das Unternehmen fortzuführen (vgl. *BT-Drucks. 12/2443 S. 173 zu § 177 der Entwurfsfassung der InsO*). Die Insolvenzordnung begrenzt den Entscheidungsspielraum des Verwalters durch ein konkludentes Fortführungsgebot bis zum Berichtstermin.

(1) Nach § 158 Abs. 1 InsO hat der Insolvenzverwalter die Zustimmung des Gläubigerausschusses einzuholen, wenn er das Unternehmen des Schuldners vor dem Berichtstermin stilllegen oder veräußern will. Zudem gewährleistet § 158 Abs. 2 InsO den Schutz des Schuldners. Das Insolvenzgericht untersagt auf Antrag des Schuldners nach Anhörung des Verwalters die Stilllegung oder Veräußerung, wenn diese ohne eine erhebliche Verminderung der Insolvenzmasse bis zum Berichtstermin aufgeschoben werden kann.

54

(2) Besteht kein Gläubigerausschuss, entscheidet der Verwalter bis zum Berichtstermin über die Fortführung nach eigenem pflichtgemäßen Ermessen. Bei der Ausübung des Ermessens hat er von der gesetzlichen Wertung auszugehen, dass das Unternehmen grundsätzlich fortzuführen ist. Eine Stilllegung oder Veräußerung darf nur dann erfolgen, wenn es hierfür hinreichende Gründe gibt, die rechtlicher oder wirtschaftlicher Natur sein können (vgl. *zB Uhlenbruck/Uhlenbruck 13. Aufl. § 158 InsO Rn. 5*). Rechtliche Stilllegungsgründe sind etwa gegeben, wenn dem Verwalter aufgrund rechtlicher Vorschriften untersagt ist, das Schuldnerunternehmen fortzuführen (vgl. *Uhlenbruck/Uhlenbruck aaO Rn. 6*). Eine Stilllegung aus wirtschaftlichen Gründen ist nicht schon dann geboten, wenn das Unternehmen nicht kostendeckend arbeitet. Entschei-

55

dend ist vielmehr, ob Befriedigungschancen der Gläubiger durch die Unternehmensfortführung nicht unerheblich geschmälert werden. Die gesetzliche Wertung in § 158 Abs. 2 Satz 2 InsO („erhebliche Verminderung der Insolvenzmasse“) gilt auch für die Entscheidung des Insolvenzverwalters (vgl. Braun/Esser InsO 5. Aufl. § 158 Rn. 2). Maßgeblich sind dabei nicht die unabhängig von einer Betriebsfortführung ohnehin entstehenden Kosten, etwa die Vergütungen, die die Masse bis zum Ablauf der Kündigungsfristen nicht zusätzlich belasten (vgl. MünchKommInsO/Brandes 2. Aufl. §§ 60, 61 Rn. 23). Zu prüfen ist, ob durch eine weitere Verschiebung des Stilllegungszeitpunkts erhebliche Kosten zulasten der Masse anfallen und nicht mit einer Veräußerung des Schuldnerunternehmens zu rechnen ist (vgl. Uhlenbruck/Uhlenbruck aaO Rn. 7).

bb) Nach diesen Maßstäben hat der Kläger nicht schlüssig dargelegt, dass die Einstellung des Betriebs bereits zu einem Zeitpunkt vor dem 27. Januar 2009 geboten war, die Fortführung des Betriebs also den Beurteilungsspielraum des Beklagten überschritt. Der Beklagte legte den Betrieb am 27. Januar 2009 still und stellte alle Arbeitnehmer - mit Ausnahme derjenigen, die zu Abwicklungsarbeiten eingesetzt werden sollten - unwiderruflich von der Arbeitspflicht frei. Eine frühere Stilllegung war weder aus rechtlichen noch aus wirtschaftlichen Gründen geboten. 56

(1) Die Beschlüsse des Landgerichts Düsseldorf vom 11. September 2008 untersagten der Insolvenzschuldnerin zwar die Produktion und den Vertrieb von Datenträgern, zu deren Herstellung patentrechtlich geschützte Verfahren notwendig waren. Damit war es dem Beklagten als Rechtsnachfolger der Insolvenzschuldnerin aber nicht untersagt, ein Unternehmen zu führen, das CD- und DVD-Datenträger herstellte. Lizenzfrei zu produzierende Datenträger durften ohnehin hergestellt werden. 57

(2) Der Kläger hat auch nicht dargelegt, dass eine Betriebsfortführung im Zeitraum vom 1. bis 27. Januar 2009 die Insolvenzmasse erheblich verminderte. Das im Januar 2009 aufgrund des Fortbestands der Arbeitsverhältnisses zu zahlende Arbeitsentgelt ist dabei nicht zu berücksichtigen. Zu sonstigen Kosten der Betriebsfortführung hat der Kläger keinen nachvollziehbaren Sachvortrag 58

gehalten. Er behauptet auch nicht, dass die Aufrechterhaltung der Produktion bis 27. Januar 2009 gegenüber einer Stilllegung zum 1. Januar 2009 erhebliche Kosten verursachte. Hinzu kommt, dass eine zeitweilig unwirtschaftliche Betriebsfortführung durch die Aussicht der Veräußerung des Unternehmens an das spanische Unternehmen I gerechtfertigt gewesen wäre. Unstreitig und festgestellt fanden erste Gespräche über die Veräußerung der Betriebsmittel des CD- und DVD-Werks sowie die Übernahme der Arbeitnehmer der Schuldnerin im November 2008 statt. Am 9. Januar 2009 wurden Rechtsanwalt O und der Beklagte von den anwaltlichen Vertretern von I aufgefordert, die Gespräche über den Erwerb von Vermögensgegenständen und die Übernahme der Arbeitnehmer der Insolvenzschuldnerin zügig fortzusetzen. Mit E-Mail vom 19. Januar 2009 vereinbarten die Verhandlungspartner einen Verhandlungstermin für den 21. Januar 2009. Die Gespräche mit den Banken dauerten bis in den Februar 2009 an und scheiterten letztlich an deren Entscheidung. Danach bestand im Januar 2009 zunächst die begründete Aussicht, das Schuldnerunternehmen veräußern zu können.

- d)        Darüber hinaus handelte der Beklagte nicht schuldhaft. 59
- aa)       Der Insolvenzverwalter hat bei der Verletzung insolvenzspezifischer 60  
Pflichten Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 276 Abs. 1 Satz 1 BGB).  
Der Fahrlässigkeitsmaßstab ist jedoch nach § 60 Abs. 1 Satz 2 InsO eingeschränkt. Danach hat der Verwalter für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters einzustehen. Die Formulierung ist angelehnt an § 347 Abs. 1 HGB („Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns“), § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG und § 34 Abs. 1 Satz 1 GenG („Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“) sowie § 43 Abs. 1 GmbHG („Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“). Sie macht zugleich deutlich, dass die Sorgfaltsanforderungen des Handels- und Gesellschaftsrechts nicht unverändert auf den Insolvenzverwalter übertragen werden können (vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 129 zu § 71 der Entwurfsfassung der InsO). Jedenfalls sind die Besonderheiten zu beachten, die sich aus den Aufgaben des Insolvenzverwalters und aus den Umständen ergeben, unter denen er seine Tätigkeit aus-

übt, die sich in aller Regel als erheblich ungünstiger darstellen als bei einem wirtschaftlich gesunden Unternehmen (vgl. *BT-Drucks. 12/2443 aaO; Laws Die Haftung des Insolvenzverwalters nach der Insolvenzordnung S. 51 f.*). Deshalb ist der Fahrlässigkeitsvorwurf für jede Lage des Insolvenzverfahrens gesondert zu prüfen. Ein bestimmtes Fehlverhalten kann zu Beginn des Verfahrens schuldlos und später wegen der inzwischen möglichen Einarbeitung schuldhaft begangen werden (vgl. *zB MünchKommInsO/Brandes 2. Aufl. §§ 60, 61 Rn. 90*). Für die Verzögerung rechtlich gebotener Maßnahmen haftet der Verwalter nur dann, wenn die zur Einarbeitung, Gewinnung des Gesamtüberblicks, Ausschöpfung aller Erkenntnismittel und Gesamtabstimmung mit anderen Entscheidungen erforderliche Zeit deutlich überschritten ist (vgl. *Lohmann in HK-InsO 6. Aufl. § 60 Rn. 30*).

bb) Unter Berücksichtigung dessen hat der Kläger ein Verschulden des Beklagten bei der Entscheidung, den Geschäftsbetrieb zunächst fortzuführen und die Arbeitnehmer zu diesem Zweck einzusetzen, nicht dargelegt. 61

(1) Das Recht der Schuldnerin, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, ging erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens zum 1. Januar 2009 auf den Beklagten über (§ 80 Abs. 1 InsO). Zuvor war dem Beklagten als vorläufigem schwachen Insolvenzverwalter mit Beschluss vom 12. November 2008 allein die Pflicht auferlegt, das Vermögen der Schuldnerin zu sichern, zu prüfen und schriftlich darzulegen, ob Gründe für eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegeben waren und ob im Schuldnervermögen ausreichend freie Werte vorhanden waren, um die Kosten des Insolvenzverfahrens zu decken. 62

(2) Der Beklagte überschritt mit seiner Entscheidung, den Betrieb erst am 27. Januar 2009 einzustellen und die Arbeitnehmer ab diesem Zeitpunkt freizustellen, die ihm einzuräumende Zeitspanne zur Einarbeitung, Erkenntnisgewinnung und Gesamtabstimmung nicht. Die Masse war im Januar 2009 ohnehin mit den Entgeltansprüchen der Arbeitnehmer belastet. Seit November 2008 waren Übernahmegespräche mit I geführt worden. Auch nach dem Vortrag des Klägers waren zumindest Kleinstaufträge vorhanden. Noch im Januar war ein 63

Auftrag avisiert worden, der nur deswegen nicht ausgeführt werden konnte, weil der Massezufluss nicht mehr für Januar 2009 zu erwarten war. Erst mit der letzten E-Mail von Herrn Sk vom 22. Januar 2009 stand endgültig fest, dass die Bemühungen des Beklagten um die Vergabe einer Lizenz zur Herstellung von CDs und DVDs mit Videoinhalten gescheitert waren.

e) Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 60 Abs. 1 InsO, soweit er geltend macht, der Beklagte habe die Masseunzulänglichkeit nicht rechtzeitig angezeigt. Eine insolvenzspezifische Pflicht des Insolvenzverwalters, den Eintritt der Masseunzulänglichkeit im Interesse einzelner Gläubiger zu einem bestimmten Zeitpunkt, hier dem 1. Januar 2009, anzuzeigen, besteht nicht. Der Gesetzgeber hat dem Verwalter einen weiten Handlungsspielraum bei der Frage eingeräumt, wann er die Anzeige abgibt. Eine Pflicht, im Interesse der Gläubiger von Dauerschuldverhältnissen die Anzeige zu einem Zeitpunkt abzugeben, der ihnen eine nach § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO bevorrechtigte Masseforderung verschafft, besteht nicht. Sie wäre nicht damit zu vereinbaren, dass die Anzeige nicht zu begründen ist und durch das Insolvenzgericht nicht überprüft wird (*vgl. BGH 21. Oktober 2010 - IX ZR 220/09 - Rn. 7, 10, ZIP 2010, 2356*).

aa) Der Verwalter kann sich allerdings schadensersatzpflichtig machen, wenn er die Anzeige schuldhaft zu früh abgibt und dadurch Massegläubiger, die er aus der vorhandenen Masse noch vollständig hätte befriedigen müssen, in den Rang des § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO zurückgesetzt werden. Der Verwalter kann auch aus § 60 Abs. 1 InsO haften, wenn er trotz eingetretener Masseunzulänglichkeit einzelne Masseverbindlichkeiten befriedigt und andere - gleichermaßen fällige - Masseverbindlichkeiten unberücksichtigt lässt (*vgl. BGH 21. Oktober 2010 - IX ZR 220/09 - Rn. 12, ZIP 2010, 2356*). Für eine Haftung kommt es letztlich nur darauf an, dass der Verwalter bei den Zahlungen die Rangordnung des § 209 Abs. 1 InsO einhält (*vgl. Lohmann in HK-InsO 6. Aufl. § 60 Rn. 21*).

bb) Der Kläger hat keinen Verteilungsfehler, der die Haftung aus § 60 Abs. 1 InsO auslöste, geltend gemacht.

3. Der Kläger hat entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts zudem keinen Schaden dargelegt. 67
- a) Der Umfang des nach § 60 Abs. 1 InsO zu ersetzenden Schadens bestimmt sich nach §§ 249 ff. BGB. Der Insolvenzverwalter hat den Geschädigten so zu stellen, wie er ohne Pflichtverletzung stünde. Der Schadensersatzanspruch aus § 60 Abs. 1 InsO ist regelmäßig nur auf Ersatz des negativen Interesses gerichtet (*vgl. BAG 25. Juni 2009 - 6 AZR 210/08 - Rn. 27, AP InsO § 60 Nr. 3 = EzA InsO § 60 Nr. 2; BGH 25. Januar 2007 - IX ZR 216/05 - Rn. 14 mwN, NJW 2007, 1596*). 68
- b) Zwar ist davon auszugehen, dass sich der Kläger bei einer Einstellung des Unternehmens und einer Freistellung zum 1. Januar 2009 interessengerecht verhalten hätte, dh. sich am ersten Tag arbeitslos gemeldet und im Weg der sog. Gleichwohlgewährung Arbeitslosengeld bezogen hätte. Das Landesarbeitsgericht ist aber unzutreffend davon ausgegangen, dass die spätere Bewilligung des Arbeitslosengelds nicht zu berücksichtigen sei. 69
- aa) Ein Vermögensschaden ist gegeben, wenn der tatsächliche Wert des Vermögens des Geschädigten geringer ist als der Wert, den das Vermögen ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis hätte (*vgl. BAG 15. September 2011 - 8 AZR 846/09 - Rn. 47 mwN, EzA BGB 2002 § 611 Krankenhausarzt Nr. 4*). Der Schadensersatzanspruch erstreckt sich auf alle durch das schädigende Verhalten adäquat verursachten unmittelbaren und mittelbaren Vermögensnachteile, die bei wertender Betrachtung in den Schutzbereich der Vorschrift fallen (*vgl. Lohmann in HK-InsO 6. Aufl. § 60 Rn. 40*). 70
- bb) Danach ist ein Schaden des Klägers zu verneinen. 71
- (1) Hätte sich der Kläger zum 1. Januar 2009 arbeitslos gemeldet, wäre ihm ab diesem Zeitpunkt Arbeitslosengeld mit der für ihn maßgeblichen Dauer von 330 Kalendertagen bewilligt worden (§ 127 Abs. 2 SGB III *idF* vom 8. April 2008, *jetzt*: § 147 Abs. 2 SGB III). Infolge der Freistellung wurde dem Kläger erst seit 28. Januar 2009 Arbeitslosengeld mit einer Anspruchsdauer von 72

330 Kalendertagen bewilligt. Der tatsächliche Wert des Vermögens des Klägers war demnach nicht geringer, als er bei einer Freistellung bereits zum 1. Januar 2009 gewesen wäre (vgl. BAG 25. Juni 2009 - 6 AZR 210/08 - Rn. 29, AP InsO § 60 Nr. 3 = EzA InsO § 60 Nr. 2).

(2) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts dient das Arbeitslosengeld nicht dazu, einen aktuellen Bedarf im Bezugsmonat zu decken. Anders als die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II, die monatlich im Voraus erbracht werden sollen, ist das Arbeitslosengeld nach dem SGB III keine bedarfsabhängige Leistung, sondern eine Versicherungsleistung der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung mit Lohnersatzfunktion, die monatlich nachträglich ausgezahlt wird (§ 337 Abs. 2 SGB III idF vom 6. April 1998). Ein Schaden könnte allenfalls dann angenommen werden, wenn der Kläger nicht in der Lage gewesen wäre, die volle Versicherungsleistung durch den späteren Bezug auszuschöpfen oder er aufgrund der für Januar 2009 ausgebliebenen Leistung gezwungen gewesen wäre, für bestehende Verbindlichkeiten einen Kredit aufzunehmen. Dazu hat er keinen Vortrag gehalten. 73

III. Der Beklagte haftet auch nicht nach allgemeinen Regeln persönlich. 74

1. Der Insolvenzverwalter hat sämtliche einem Arbeitgeber obliegenden Pflichten zu erfüllen. Erfüllt er diese Verbindlichkeiten während seiner Amtstätigkeit schlecht, nicht rechtzeitig oder überhaupt nicht, sind die daraus folgenden Schadensersatzansprüche lediglich Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, für die nur die Masse haftet. Sind die Tatbestände der §§ 61 und 60 InsO nicht erfüllt, kommt eine persönliche Haftung des Verwalters nur in Ausnahmefällen in Betracht, etwa dann, wenn er eigene vertragliche Pflichten übernimmt oder in besonderem Maß persönliches Vertrauen in Anspruch nimmt (vgl. BAG 1. Juni 2006 - 6 AZR 59/06 - Rn. 24 mwN, AP InsO § 61 Nr. 2 = EzA InsO § 61 Nr. 2). 75

2. Der Beklagte gab als vorläufiger schwacher Insolvenzverwalter mit dem an die Arbeitnehmer der Schuldnerin gerichteten Schreiben vom 18. Dezember 76



2008 keine selbständige Garantieerklärung ab und begründete deshalb auch keine persönliche Einstandspflicht.

- a) Durch ein selbständiges Garantieverprechen verpflichtet sich der Garantieschuldner, für den Eintritt eines bestimmten Erfolgs einzustehen oder die Gefahr eines künftigen Schadens zu übernehmen. Er gewährleistet dem Gläubiger, auf jeden Fall die versprochene Leistung zu erhalten. Dabei haftet er auch für alle atypischen Zufälle. Der Garantieschuldner hat den Gläubiger so zu stellen, als wäre der garantierte Erfolg eingetreten oder der Schaden nicht entstanden. Er hat das Erfüllungsinteresse zu ersetzen (*vgl. BAG 25. Juni 2009 - 6 AZR 210/08 - Rn. 16 mwN, AP InsO § 60 Nr. 3 = EzA InsO § 60 Nr. 2; BGH 15. März 2006 - VIII ZR 120/04 - Rn. 20, NJW-RR 2006, 1185*). 77
- b) Nach diesen Maßstäben hat der Beklagte mit seinem Schreiben vom 18. Dezember 2008 keine selbständige Garantieerklärung abgegeben. 78
- aa) Der Senat kann die atypische Erklärung selbst nach § 133 BGB auslegen. Die Auslegungstatsachen sind festgestellt. Weiteres tatsächliches Vorbringen ist nicht zu erwarten (*vgl. BAG 13. Dezember 2006 - 10 AZR 787/05 - Rn. 18, AP ZPO § 278 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 779 Nr. 3*). 79
- bb) Das Schreiben des Beklagten vom 18. Dezember 2008 ist eine bloße Information über seine Planungen und die zu erwartenden Entwicklungen. Mit dem Schreiben sollten die Arbeitnehmer zugleich dazu motiviert werden, nach Insolvenzeröffnung weiterzuarbeiten. Das war für sie erkennbar. Mit Beschluss vom 12. November 2008 war der Beklagte zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt worden. Die Arbeitnehmer wussten mit Blick auf das für die Monate Oktober bis Dezember 2008 geleistete Insolvenzgeld um die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Schuldnerin. Bereits im September 2008 hatten die einstweiligen Verfügungen des Landgerichts Düsseldorf Produktion und Vertrieb von CDs und DVDs mit Videoinhalten unmöglich gemacht. Der Beklagte hat unwidersprochen vorgetragen, die Arbeitnehmer hätten gewusst, dass sich die Herstellung zunächst auf lizenzfreie Produkte habe beschränken müssen. Vor diesem Hintergrund war für die Arbeitnehmer ersichtlich, dass der Beklagte nur 80

über den Sachstand informieren und Einblick in seine Planungen geben wollte. Indem der Beklagte mitteilte, er gehe davon aus, die Gehälter für den Monat Januar 2009 zahlen zu können, stellte er lediglich eine Prognose, die auf seiner Produktions-, Liquiditäts- und Finanzplanung beruhte. Daraus konnten die Arbeitnehmer nicht entnehmen, der Beklagte wolle auch dann für die Januarvergütungen persönlich einstehen, wenn sich die Planungen tatsächlich nicht realisieren ließen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Beklagte die Arbeitnehmer im Dezember 2008 in seiner Funktion als vorläufiger Insolvenzverwalter informierte, also zu einem Zeitpunkt, als ihm nur Sicherungs- und Erhaltungsaufgaben übertragen waren. Die Arbeitnehmer konnten nicht davon ausgehen, der Beklagte wolle losgelöst von seiner Amtsstellung Haftungsrisiken für künftige Zeiträume übernehmen, in denen er möglicherweise keine Einflussmöglichkeiten mehr auf die Insolvenzmasse der Schuldnerin haben würde. Die Person des vorläufigen Insolvenzverwalters muss nicht zwingend mit der des späteren Insolvenzverwalters übereinstimmen.

3. Der Beklagte haftet ferner nicht aufgrund Verschuldens beim Vertragsschluss aus § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB. 81
- a) Eine solche sog. Sachwalterhaftung kommt regelmäßig nur dann in Betracht, wenn der Insolvenzverwalter in besonderem Maß Vertrauen für sich in Anspruch genommen und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsabschluss erheblich beeinflusst hat (*vgl. BAG 6. Oktober 2011 - 6 AZR 172/10 - Rn. 39 f., EzA InsO § 61 Nr. 3; 1. Juni 2006 - 6 AZR 59/06 - Rn. 24 mwN, AP InsO § 61 Nr. 2 = EzA InsO § 61 Nr. 2*). 82
- b) Zwischen dem Kläger und dem Beklagten fanden hier schon keine Vertragsverhandlungen statt. Zu einem Vertragsschluss, an den die Sachwalterhaftung anknüpft, kam es nicht. Der Beklagte nahm zudem kein besonderes Vertrauen in Anspruch. Er trat ausdrücklich als vorläufiger Insolvenzverwalter auf. In einem solchen Fall wird nicht mehr als das im Geschäftsverkehr übliche Vertrauen in Anspruch genommen. Das schließt eine Haftung aus § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB aus (*vgl. BAG 6. Oktober 2011 - 6 AZR 172/10 - Rn. 40, EzA InsO § 61 Nr. 3*). 83

4. Schließlich kommt auch kein deliktischer Schadensersatzanspruch wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung (§ 826 BGB) in Betracht. 84
- a) Nach § 826 BGB ist zum Schadensersatz verpflichtet, wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt. 85
- aa) Ein Verhalten ist sittenwidrig, wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. In diese rechtliche Beurteilung ist einzu- beziehen, ob es nach seinem aus Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entneh- menden Gesamtcharakter mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren ist. Ein Unterlassen verletzt die guten Sitten nur dann, wenn das geforderte Tun einem sittlichen Gebot entspricht. Hierfür reicht die Nichterfüllung einer allgemeinen Rechtspflicht, aber auch einer vertraglichen Pflicht nicht aus. Es müssen be- sondere Umstände hinzutreten, die das schädigende Verhalten wegen seines Zwecks oder wegen des angewandten Mittels oder mit Rücksicht auf die dabei gezeigte Gesinnung nach den Maßstäben der allgemeinen Geschäftsmoral und des als „anständig“ Geltenden verwerflich machen (*vgl. BGH 19. Oktober 2010 - VI ZR 124/09 - Rn. 12 mwN, ZIP 2010, 2458*). 86
- bb) Der Tatbestand des § 826 BGB setzt einen Schädigungsvorsatz vo- raus. Bedingter Vorsatz genügt. Mit ihm wird die Möglichkeit einer Schädigung erkannt und für den Fall ihres Eintritts billigend in Kauf genommen (*vgl. BAG 21. November 2006 - 9 AZR 206/06 - Rn. 25 mwN, AP ATG § 8a Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 823 Nr. 5*). Es reicht dagegen nicht aus, wenn die erheblichen Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen. In einer solchen Situation ist nur ein Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt (*vgl. BGH 20. Dezember 2011 - VI ZR 309/10 - Rn. 10 mwN, NJW-RR 2012, 404*). 87
- b) Der Kläger hat keinen Vortrag zu einem Verhalten des Beklagten gehalten, das den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB ausfüllte. Seine Freistellung ab 1. Januar 2009 war sittlich nicht geboten. Der Kläger behauptet auch nicht, der Beklagte habe schon zum 1. Januar 2009 88

erkannt und billigend in Kauf genommen, dass das Entgelt für Januar 2009 nicht werde geleistet werden können.

C. Der Kläger hat nach § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

89

Fischermeier

Gallner

Spelge

Uwe Zabel

Kammann