



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 125/17

Verkündet am:
12. März 2020
Kluckow
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

InsO § 60 Abs. 1 Satz 2; AktG § 93 Abs. 1 Satz 2

- a) Maßstab aller unternehmerischen Entscheidungen des Insolvenzverwalters im Rahmen einer Betriebsfortführung ist der Insolvenz-zweck der bestmöglichen gemeinschaftlichen Befriedigung der Insolvenzgläubiger sowie das von den Gläubigern gemeinschaftlich be-schlossene Verfahrensziel - Abwicklung des Unternehmens, Veräußerung oder Insolvenzplan - als Mittel der Zweckerreichung.
- b) Der dem Insolvenzverwalter bei unternehmerischen Entscheidungen zustehende Ermessensspielraum ist überschritten, wenn die Maß-nahme aus der Perspektive ex ante angesichts der mit ihr verbundenen Kosten, Aufwendungen und Risiken im Hinblick auf die Pflicht des Insolvenzverwalters, die Masse zu sichern und zu wahren, nicht mehr vertretbar ist.
- c) § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ist nicht entsprechend auf die Haftung des Insolvenzverwalters bei unternehmerischen Entscheidungen anzu-wenden.

InsO § 60 Abs. 1, § 160

Räumt das Gesetz der Gläubigerversammlung keine Entscheidungs- oder Zustimmungskompetenz ein, haben ihre Beschlüsse grundsätz-lich keine Auswirkungen darauf, ob der Insolvenzverwalter einen Masseschaden pflichtwidrig und schuldhaft herbeigeführt hat.

InsO § 60 Abs. 1, § 92 Satz 2

Bestellt das Insolvenzgericht einen Sonderinsolvenzverwalter, um gegen den Verwalter gerichtete Ansprüche auf Ersatz eines Schadens geltend zu machen, den die Insolvenzgläubiger gemeinschaftlich durch eine Verminderung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermö-gens erlitten haben, ist der Sonderinsolvenzverwalter befugt, den vollständigen Gesamtschaden geltend zu machen, auch soweit er bei Massegläubigern eingetreten ist.

InsO § 92 Satz 2, § 209

§ 92 Satz 2 InsO ist entsprechend auf die Ansprüche der Massegläubiger aus § 60 InsO anzuwenden, wenn der von ihnen gemeinschaftlich erlittene Schaden durch eine Schmälerung der Insolvenzmasse nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit eintritt.

ZPO § 415 Abs. 1, § 418 Abs. 1; InsO § 76 Abs. 1

Das Protokoll der Gläubigerversammlung hat im Schadensersatzprozess gegen den Insolvenzverwalter keine negative Beweiskraft dahin, dass nicht protokollierte Erklärungen nicht abgegeben wurden.

InsO § 76; ZPO § 160

Die gefassten Beschlüsse der Gläubigerversammlung sind zu protokollieren.

BGH, Urteil vom 12. März 2020 - IX ZR 125/17 - OLG Frankfurt am Main
LG Limburg a.d. Lahn

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. März 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Grupp, Dr. Schoppmeyer und Röhl

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin und des Beklagten - und unter Zurückweisung der weitergehenden Revision des Beklagten - wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 12. April 2017 im Kostenpunkt und dem Grunde nach hinsichtlich der Ansprüche im Zusammenhang mit den Zahlungen für Dienstleistungen von W. , der Vergütung der

A.

für die Durchführung von Coaching-Leistungen, der Provisionszahlung an die F. GmbH sowie der Erfüllung von Forderungen der Firma E.

GmbH & Co. KG aufgehoben. Weiter wird das vorbenannte Urteil der Höhe nach aufgehoben, soweit das Berufungsgericht den Beklagten zum Schadensersatz verurteilt und Ansprüche der Klägerin in Höhe von weiteren 707.017,14 € aberkannt hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache 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. Oktober 2003 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der T. GmbH & Co. KG (fortan: Schuldnerin). Er führte das Unternehmen der Schuldnerin bis zum 31. Dezember 2004 fort. Mit Beschluss vom 23. August 2007 bestellte das Insolvenzgericht die Klägerin zur Sonderinsolvenzverwalterin "zum Zweck der Prüfung und ggfs. Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen" gegen den Beklagten. Die Klägerin wirft dem Beklagten im Zusammenhang mit der Fortführung des Unternehmens der Schuldnerin mehrere Pflichtverletzungen vor.

- 2 Am 1. Oktober 2003 schloss der Beklagte mit der C. GmbH einen schriftlichen Beratervertrag über die Beratung durch W. , der bereits seit Februar 2003 als Berater der Schuldnerin tätig gewesen war. Die erste Gläubigerversammlung fand am 16. Januar 2004 statt. Sie beschloss, den Beklagten mit der vorläufigen Fortführung des Geschäfts der Schuldnerin zu beauftragen. Am 14. Juli 2004 fasste die Gläubigerversammlung den Beschluss, W. solle bis zum 31. Dezember 2004 mit einem Tageshonorar von 875 € verpflichtet werden. Für die von W. erbrachten Dienstleistungen zahlte der Beklagte aus der Masse an die C. GmbH, die N. und W. persönlich insgesamt 354.553,21 € netto.

- 3 Mit Vertrag vom 29. November 2004 veräußerte der Beklagte das vorhandene Vermögen der Schuldnerin, insbesondere Anlagevermögen, Vorräte, Rechte und nicht abgearbeitete Aufträge, sowie sämtliche Forderungen aus bis zum 31. Dezember 2004 nicht vollständig abgearbeiteten Aufträgen an die T. Ltd., H. (fortan: T.); Geschäftsführer der T. waren W. und

J. . J. T. , der Geschäftsführer der Schuldnerin, war an der T. beteiligt. Der vereinbarte Kaufpreis betrug 1.000.000 €. Mitte 2005 gab der Beklagte trotz einer offenen Restkaufpreisforderung gegen die T. in Höhe von 46.140,95 € gegenüber den Zollbehörden unter Eigentumsvorbehalt der Schuldnerin stehende Maschinen frei, welche nach China transportiert wurden.

4 In seinem Zwischenbericht zur weiteren Gläubigerversammlung am 7. Dezember 2004 bat der Beklagte, eine erfolgsorientierte Provisionszahlung an die F. GmbH (fortan: F. GmbH) für deren Bemühungen um die Unternehmensvermittlung zu genehmigen. Das Protokoll der Gläubigerversammlung verhält sich hierzu nicht. Mit Schreiben vom 5. Januar 2005 stellte die F. GmbH dem Beklagten ein Honorar für die Vermittlung des Unternehmenskaufvertrages in Höhe von 66.342,94 € netto in Rechnung, welches der Beklagte bezahlte.

5 Der Beklagte erbrachte weiterhin - soweit noch von Interesse - mit Mitteln der Masse folgende Zahlungen:

Vergütung der A. für die Durchführung von Coaching-Leistungen (netto)	47.550,00 €
Zahlung an die H. GmbH (fortan: H. GmbH) für erbrachte Buchhaltungsdienste (netto)	140.179,49 €
Ausgaben für Qualitätsmanagement-Maßnahmen (netto)	53.838,67 €
Provisionszahlungen an T. für Verbandsarbeit (netto)	74.027,72 €
Vergütung der U. GmbH (fortan: U. GmbH) für die Prüfung von Förderungsmöglichkeiten (netto)	3.519,83 €
Zahlung von Anwaltshonorar an Rechtsanwalt W. (netto)	3.400,00 €

Verauslagung von Tagungskosten (netto)	15.319,00 €
Erfüllung von Forderungen von E. und der K. GmbH & Co. KG (netto)	3.183,65 €

- 6 Die Klägerin macht geltend, die genannten Zahlungen sowie die Freigabe der Maschinen habe der Beklagte unter Verletzung seiner Insolvenzverwalterpflichten vorgenommen. Aufgrund dieser Pflichtverletzungen sei die Masse um 808.055,46 € verkürzt worden. Zusammen mit weiteren - in der Revisionsinstanz nicht mehr streitgegenständlichen - Pflichtverletzungen errechnet die Klägerin eine Masseverkürzung von insgesamt 1.176.199,72 €. Die Klägerin meint, dies habe zu einem Schaden in Höhe von 897.262,18 € geführt.
- 7 Auf Antrag der Klägerin hat das Amtsgericht am 6. Januar 2010 gegen den Beklagten einen Mahnbescheid "wegen Schadensersatz nach § 60 InsO" über eine Hauptforderung in Höhe von 923.609,46 € erlassen, gegen den der Beklagte Widerspruch erhoben hat. Mit ihrer Anspruchsbegründung hat die Klägerin die Hauptforderung auf 897.262,18 € reduziert.
- 8 Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels - das landgerichtliche Urteil abgeändert, den Beklagten zur Zahlung von 101.038,35 € nebst Zinsen verurteilt und die Klage - teilweise wegen fehlender Pflichtverletzungen, teilweise wegen eines fehlenden Schadens der Insolvenzgläubiger - im Übrigen abgewiesen. Nach Verkündung des Berufungsurteils hat der Beklagte Masseunzulänglichkeit angezeigt; das Insolvenzgericht hat diese Anzeige am 6. Dezember 2017 öffentlich bekannt gemacht.

- 9 Mit der vom Senat für Ansprüche im Zusammenhang mit der Vergütung von Coaching-Leistungen und der Zahlungen für Dienstleistungen von W. sowie der Höhe nach für die vom Berufungsgericht angenommenen Pflichtverletzungen zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin eine Verurteilung des Beklagten zur Zahlung weiterer 707.017,14 €. Der Beklagte erstrebt mit seiner vom Senat für Ansprüche im Zusammenhang mit der Provisionszahlung an die F. GmbH insgesamt und der Höhe nach insoweit zugelassenen Revision, als das Berufungsgericht zum Nachteil des Beklagten entschieden hat, eine vollständige Klageabweisung; mit seiner Anschlussrevision wendet sich der Beklagte auch gegen seine Haftung dem Grunde nach hinsichtlich der übrigen vom Berufungsgericht bejahten Pflichtverletzungen.

Entscheidungsgründe:

- 10 Die Revisionen der Klägerin und des Beklagten haben Erfolg. Die Anschlussrevision des Beklagten ist überwiegend unbegründet.

A.

- 11 Das Berufungsgericht hat, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

- 12 Die Provisionszahlung des Beklagten an die F. GmbH sei pflichtwidrig gewesen, weil diese keinen Provisionsanspruch gehabt habe. Der Beklagte

habe mit der F. GmbH eine unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch die Gläubigerversammlung stehende Provisionsvereinbarung geschlossen. Diese Genehmigung sei nicht erteilt worden. Der Beklagte habe die Beweiskraft des Protokolls der Gläubigerversammlung, die sich aus § 415 Abs. 1 ZPO ergebe, nicht zu entkräften vermocht.

13 Die Zahlungen an die Firma E. sowie die K. GmbH & Co. KG habe der Beklagte pflichtwidrig geleistet, weil es sich bei den zugrundeliegenden Forderungen um Insolvenzforderungen gehandelt habe. Der Schriftsatz des Beklagten, auf den er in der Berufungsbegründung verweise, enthalte keine Ausführungen zu Sonderrechten dieser Gläubiger.

14 Die Ausgaben für das Qualitätsmanagement seien in Höhe von 53.838,67 € nicht mehr vom Verfahrenszweck gedeckt gewesen. Die Zertifizierungsmaßnahmen seien angesichts der zuvor getroffenen Entscheidung für eine übertragende Sanierung von Anfang an nutzlos gewesen, weil die Zertifizierung rechtsträgergebunden sei. Die Behauptung des Beklagten, sie hätten gleichwohl eine bessere Veräußerung des Unternehmens ermöglicht, sei ohne Substanz geblieben. Mit seinem zweitinstanzlichen Vortrag zur Übertragbarkeit der Zertifikate für Managementsysteme sei der Beklagte gemäß § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen.

15 Die Zahlung an die U. GmbH für die Prüfung von Förderungsmöglichkeiten sei rechtsgrundlos und damit pflichtwidrig erfolgt, weil Vertragspartner und Schuldnerin des Vergütungsanspruchs die E. GmbH gewesen sei. Hinsichtlich der über die Grundvergütung hinausgehenden Zahlungen an T. in Höhe von 74.027,72 €, die das Landgericht als pflichtwidrig angesehen habe, greife der Beklagte das landgerichtliche Urteil nicht an. Die

Mandatierung von Rechtsanwalt W. zu einem Pauschalhonorar von 3.400 € sei nicht erforderlich gewesen, weil der Beklagte bereits seine Rechtsanwaltskanzlei mit der Durchsetzung von Ansprüchen gegen die Gesellschafter der Schuldnerin beauftragt gehabt habe.

- 16 Die Zahlungen des Beklagten an die H. GmbH seien in Höhe von 140.179,49 € pflichtwidrig gewesen, weil hiermit Kosten für "interne Buchhaltung" des Beklagten nach § 66 InsO aufgewandt worden seien. Es sei keine Abgrenzung danach möglich, ob die berechneten Tätigkeiten der Insolvenzbuchhaltung oder der Buchhaltung des fortgeführten Unternehmens zuzuordnen seien. Da dies gerade darauf beruhe, dass der Beklagte seine internen Rechnungslegungspflichten aus § 66 InsO verletzt habe, sei nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung die Pflichtverletzung als bewiesen anzusehen.
- 17 Der Entscheidung des Landgerichts, der Beklagte habe mit der Verauslagung von Aufwendungen für Hotels und Tagungen in Höhe von 15.319,09 € gegen das Sparsamkeitsgebot verstoßen, sei die Berufung nicht entgegengetreten. Die Freigabe der Maschinen aus dem Zoll zur Einfuhr nach China sei pflichtwidrig gewesen, weil der zu erwartende Veräußerungserlös die voraussichtlichen Kosten für die Rückführung der Maschinen überstiegen habe.
- 18 Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten wegen der Inanspruchnahme von Coaching-Leistungen bestehe hingegen nicht. Es handele sich um eine unternehmerische Entscheidung im Zusammenhang mit der Unternehmensfortführung, mit welcher der Beklagte sich im Rahmen des ihm gewährten Ermessensspielraums gehalten habe. Unrechtmäßig sei ein Handeln des Insolvenzverwalters, das zu einer Minderung der Masse führe und vom Insolvenzszweck nicht getragen sei, weil ex ante feststehe, dass es mit der

vornehmsten Aufgabe der Insolvenzordnung - der bestmöglichen gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger (vgl. § 1 Satz 1 InsO) - in keinem Zusammenhang stehe. Dabei sei zu berücksichtigen, dass dieser Zusammenhang auch darin bestehen könne, eine übertragende Sanierung als Mittel der Gläubigerbefriedigung durchzuführen. Insolvenzzweckwidrig seien indes Maßnahmen, die unter jedem denkbaren Gesichtspunkt die Masse schädigen, weil sie ihr offensichtlich von vornherein weder unmittelbar noch mittelbar einen Vorteil bei der Gläubigerbefriedigung zu verschaffen vermögen. Bei den im operativen Geschäft getroffenen Entscheidungen müsse die Frage der Rechtmäßigkeit vor dem Hintergrund der strategischen Entscheidung über die Art der Verfahrensabwicklung beantwortet werden.

19

Der Beklagte habe sich bereits mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens für eine übertragende Sanierung entschieden. Dies ergebe sich aus den Ergebnisprotollen zu Workshops, die der Beklagte im September, Oktober und Dezember 2003 mit W. und T. durchgeführt habe. Das Landgericht sei zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass der Inhalt der Protokolle dem tatsächlich in den Workshops Besprochenen entspreche. Unter dieser Voraussetzung sei seine Investition in die Coaching-Leistungen nicht pflichtwidrig gewesen. Das Coaching habe keineswegs dem Beklagten, W. oder T. persönlich, sondern der Schuldnerin und deren Mitarbeitern zugutekommen sollen. Angesichts der durch den Beklagten vorgetragenen Ausfallrate von 20 vom Hundert habe das Risiko bestanden, dass durch Abwanderung von qualifiziertem Personal oder durch unmotiviertes Personal die Unternehmensfortführung beeinträchtigt werden würde. Hier sei ein Gegensteuern des Beklagten angezeigt gewesen. Zudem hätten die getroffenen Maßnahmen die Aussicht verbessert, das Unternehmen zu Fortführungswerten zu veräußern und einen höheren

Kaufpreis zu erzielen. Ob sie tatsächlich zu einer Kaufpreiserhöhung geführt hätten, sei ohne Relevanz.

20 Ein Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten wegen der Zahlung von 354.553,21 € für die Dienstleistungen von W. bestehe ebenfalls nicht. Die Beauftragung des W. sei nicht pflichtwidrig, weil ihm keine Regelaufgaben zu Lasten der Masse übertragen worden seien. Dass die Beschäftigung nach dem Vortrag der Klägerin nur der übertragenden Sanierung auf einen anderen Rechtsträger gedient habe, mache sie nicht pflichtwidrig, denn auch die Planung der übertragenden Sanierung könne dem Insolvenzszweck der Befriedigung der Gläubiger gedient haben. Es treffe zudem nicht zu, dass W. seine Tätigkeit ausschließlich im Interesse des neuen Rechtsträgers entfaltet habe.

21 Der vom Beklagten durch die angenommenen Pflichtverletzungen verursachte Gesamtschaden errechne sich aus der vorhandenen Ist-Masse von Null und der ohne die Pflichtverletzungen des Beklagten anzunehmenden Soll-Insolvenzmasse. Der Beklagte habe die Masse durch pflichtwidrige Handlungen in Höhe von insgesamt 405.952,25 € gemindert, indem er pflichtwidrig 359.811,13 € ausgezahlt und 46.140,95 € nicht zur Masse gezogen habe. Hier von entfalle auf bevorrechtigte Gläubiger ein Betrag von 304.913,90 €. In dieser Höhe habe der Beklagte mehr ausgegeben als in der Masse vorhanden gewesen sei. Der Quotengesamtschaden, der durch die Klägerin geltend gemacht werden könne, sei daher mit 101.038,35 € zu beziffern.

B.

22 Dies hält den Angriffen der Revision der Klägerin nicht stand.

I.

23 Rechtsfehlerhaft verneint das Berufungsgericht eine Pflichtverletzung des Beklagten im Zusammenhang mit den Zahlungen für Dienstleistungen von W.

24 1. Nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Vortrag der Klägerin kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Zahlungen für die Dienstleistungen des W. pflichtwidrig waren und zu einem Schaden in Höhe von 354.553,21 € geführt haben. Das Berufungsgericht legt zu großzügige Maßstäbe an den Spielraum eines Insolvenzverwalters bei unternehmerischen Maßnahmen im Rahmen der Unternehmensfortführung an.

25 a) Die Haftung des Insolvenzverwalters bei unternehmerischen Entscheidungen richtet sich nach § 60 InsO. Gemäß § 60 Abs. 1 Satz 1 InsO haftet er, wenn er schuldhaft die Pflichten verletzt, die ihm nach diesem Gesetz obliegen. Dabei hat er nach § 60 Abs. 1 Satz 2 InsO für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters einzustehen.

26 aa) Dieses an die handels- und gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsanforderungen (§ 347 Abs. 1 HGB, § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG, § 34 Abs. 1 Satz 1 GenG, § 43 Abs. 1 GmbHG) angelehnte Leitbild hat den Besonderheiten des

Insolvenzverfahrens Rechnung zu tragen (BGH, Urteil vom 16. März 2017 - IX ZR 253/15, BGHZ 214, 220 Rn. 12 mwN). Maßstab aller unternehmerischen Entscheidungen des Insolvenzverwalters im Rahmen einer Betriebsfortführung ist der Insolvenzszweck der bestmöglichen gemeinschaftlichen Befriedigung der Insolvenzgläubiger sowie das von den Gläubigern gemeinschaftlich beschlossene Verfahrensziel - Abwicklung des Unternehmens, Veräußerung oder Insolvenzplan - als Mittel der Zweckerreichung (BGH, aaO mwN).

27 Hierzu hat der Insolvenzverwalter unternehmerische Entscheidungen im Rahmen einer Unternehmensfortführung daran auszurichten, ob die zu erwartenden mittelbaren oder unmittelbaren Vorteile für die Masse angesichts der mit der Maßnahme verbundenen Kosten, Aufwendungen, Chancen und Risiken aus der Sicht ex ante diese als eine für die Masse wirtschaftlich im Ergebnis sinnvolle Maßnahme erscheinen lassen. Maßgeblich ist, ob aus ex ante-Sicht die für die Unternehmensfortführung und für das von den Gläubigern beschlossene Verfahrensziel erreichbaren Vorteile der Masse die damit verbundenen Kosten zu rechtfertigen vermögen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2014 - IX ZR 162/13, WM 2014, 1434 Rn. 21 ff).

28 bb) Ob der Insolvenzverwalter durch eine Maßnahme im Rahmen einer auf eine übertragende Sanierung ausgerichteten Unternehmensfortführung seine insolvenzspezifischen Pflichten verletzt hat, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab (vgl. BGH, Urteil vom 16. März 2017 - IX ZR 253/15, BGHZ 214, 220 Rn. 14). Bei solchen unternehmerischen Entscheidungen kommt dem Insolvenzverwalter ein weiter, mit der Vielschichtigkeit des Verfahrens zunehmender Ermessensspielraum zu (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2014, aaO Rn. 20; vom 16. März 2017, aaO Rn. 15 mwN). Er ist überschritten, wenn die Maßnahme aus der Perspektive ex ante angesichts der mit ihr ver-

bundenen Kosten, Aufwendungen und Risiken im Hinblick auf die Pflicht des Insolvenzverwalters, die Masse zu sichern und zu wahren, nicht mehr vertretbar ist.

29 b) Die Business Judgement Rule und ihre gesetzliche Umsetzung in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG gelten nicht für den Sorgfaltsmaßstab, an dem unternehmerische Entscheidungen des Insolvenzverwalters zu messen sind.

30 aa) Nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG liegt keine Pflichtverletzung vor, wenn das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Ob ein entsprechender "Haftungsfreiraum" (vgl. BT-Drucks. 15/5092, S. 10) auch für Insolvenzverwalter gilt, die in der Insolvenz der Gesellschaft unternehmerische Entscheidungen treffen, ist umstritten. Ein Teil der Literatur lehnt dies ab (vgl. Jungmann, NZI 2009, 80; Lüke in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2018, § 60 Rn. 37b; MünchKomm-InsO/Schoppmeyer, 4. Aufl., § 60 Rn. 90a; Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 72). Ein anderer Teil befürwortet hingegen, bei der haftungsrechtlichen Beurteilung unternehmerischer Entscheidungen des Insolvenzverwalters § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG analog oder zumindest den in der Vorschrift zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken anzuwenden (vgl. Uhlenbruck in Festschrift Karsten Schmidt, 2009, S. 1603, 1613 ff; Schmidt, ZIP 2018, 853, 856; Berger/Frege/Nicht, NZI 2010, 321, 323 ff; Pape/Graeber/Spliedt, Handbuch Insolvenzverwalterhaftung, Teil 3 Rn. 483; HmbKomm-InsO/Weitzmann, 7. Aufl., § 60 Rn. 32 f; Nerlich/Römermann/Rein, InsO, 2017, § 60 Rn. 79; Baumert, DB 2017, 1704; Schmidt/Thole, InsO, 19.

Aufl., § 60 Rn. 14; Resch, Business Judgement Rule und Insolvenzverwalterhaftung, S. 197 ff).

- 31 Der Bundesgerichtshof hat hierzu noch keine Entscheidung getroffen. Das Urteil vom 16. März 2017 (IX ZR 253/15, BGHZ 214, 220) verhält sich hierzu nicht. Die Anwendung dieser Regel kam in dem entschiedenen Fall schon deshalb nicht in Betracht, weil der in Anspruch genommene Insolvenzverwalter ausschließlich zum eigenen Wohl gehandelt und aus diesem Grund der Masse ein vorteilhaftes Geschäft vorenthalten hatte (vgl. BGH, aaO Rn. 16).
- 32 bb) Die Business Judgement Rule findet auf unternehmerische Entscheidungen des Insolvenzverwalters weder im Wege einer Analogie zu § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG noch anderweitig Anwendung. Es fehlt an einer planwidrigen Regelungslücke. Die Haftungsmaßstäbe für den Insolvenzverwalter ergeben sich aus den Bestimmungen der Insolvenzordnung, die Besonderheiten bei unternehmerischen Entscheidungen des Insolvenzverwalters ausreichend Rechnung tragen.
- 33 (1) § 60 Abs. 1 Satz 2 InsO eröffnet einen ausreichenden Rahmen, um die nicht ausdrücklich geregelten Pflichten und die Sorgfaltsanforderungen eines Insolvenzverwalters bei unternehmerischen Entscheidungen sachgerecht zu bestimmen. Der Insolvenzverwalter hat hiernach immer für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters einzustehen. Die insolvenzspezifische Festlegung eines objektiven Mindestmaßstabs ermöglicht es, den besonderen Umständen, unter denen der Insolvenzverwalter ein Unternehmen in der Insolvenz des Unternehmensträgers fortzuführen hat, hinreichend Rechnung zu tragen (vgl. Lücke in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2018, § 60 Rn. 36 ff; aA

Berger/Frege/Nicht, NZI 2010, 321, 323). Hierzu gehört etwa, dem ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalter bei unternehmerischen Entscheidungen einen weiten, vom Insolvenzszweck geprägten Ermessensspielraum zuzugestehen (vgl. BGH, Urteil vom 16. März 2017 - IX ZR 253/15, BGHZ 214, 220 Rn. 15 mwN).

34 (2) Die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters als allgemeiner Maßstab für das Handeln des Insolvenzverwalters entspricht auch der Intention des Gesetzgebers. Dieser hat bewusst von einer unveränderten Übertragung der Sorgfaltsanforderungen des Handels- und Gesellschaftsrechts auf den Insolvenzverwalter abgesehen, sondern die Formulierung in § 60 Abs. 1 Satz 2 InsO nur an die entsprechenden Vorschriften (§ 347 Abs. 1 HGB, § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG, § 34 Abs. 1 Satz 1 GenG, § 43 Abs. 1 GmbHG) angelehnt. Damit hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass die Besonderheiten zu beachten sind, die sich aus den Aufgaben des Insolvenzverwalters und aus den Umständen ergeben, unter denen er seine Tätigkeit ausübt (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 129; BGH, Beschluss vom 15. Oktober 2015 - IX ZR 296/14, WM 2016, 225 Rn. 4).

35 § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG soll klarstellen, dass eine Erfolgshaftung der Organmitglieder gegenüber der Gesellschaft ausscheidet, dass also für Fehler im Rahmen des unternehmerischen Entscheidungsspielraums nicht gehaftet wird (vgl. BT-Drucks. 15/5092, S. 11). Um für einen Insolvenzverwalter sicherzustellen, dass eine Erfolgshaftung für unternehmerische Entscheidungen ausscheidet und ihm ein unternehmerischer Entscheidungsspielraum zusteht, bedarf es keiner Anwendung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG. Für den Insolvenzverwalter und dessen besondere Erschwernisse bei der Unternehmensfortführung wird diesem Ziel dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass dem ordentli-

chen und gewissenhaften Insolvenzverwalter als Vergleichsmaßstab für pflichtwidriges und schuldhaftes Handeln ein entsprechend weiterer Ermessensspielraum zugebilligt wird. Zugleich wird auf diese Weise sichergestellt, dass jede Unternehmensfortführung den Zielen des § 1 InsO dienen muss und keinen Selbstzweck hat (vgl. Lücke in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2019, § 60 Rn. 37b).

36 Bereits der aus § 60 Abs. 1 Satz 2 InsO abzuleitende Verhaltensmaßstab berücksichtigt die schwierige Situation, in der sich der Insolvenzverwalter bei der Unternehmensfortführung befindet (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2014 - IX ZR 162/13, WM 2014, 1434 Rn. 16). Für nur objektiv ex post festzustellende unternehmerische Fehlentscheidungen haftet der Insolvenzverwalter nicht (vgl. MünchKomm-InsO/Schoppmeyer, 4. Aufl., § 60 Rn. 90a). Zudem wird ihm neben einem weiten Ermessensspielraum in der Regel auch eine Einarbeitungszeit zuzubilligen sein, deren Dauer sich nach Art und Umfang des jeweiligen Insolvenzverfahrens richtet (vgl. BGH, aaO Rn. 17).

37 Eine Haftung des Insolvenzverwalters kommt bei unternehmerischen Entscheidungen vor allem dann in Betracht, wenn dieser trotz angemessener Informationsgrundlage Entscheidungen trifft, die den mit dem Insolvenzverfahren verfolgten Zielen zuwiderlaufen, ohne noch von seinem weiten Handlungsermessen gedeckt zu sein. Auch für den Insolvenzverwalter gilt, dass er seine Entscheidungen auf der Grundlage angemessener Informationen zu treffen hat. Dabei überschreitet der Insolvenzverwalter den Bereich des Handlungsermessens nicht erst, wenn er das mit der unternehmerischen Entscheidung verbundene Risiko in völlig unverantwortlicher Weise falsch beurteilt hat oder sein unternehmerisches Handeln schlechthin unvertretbar ist. Eine solche auch auf der Grundlage eines anderen Pflichtenmaßstabes nicht ohne Weiteres folgerichtige

Einengung der Haftung entspricht nicht der Interessenlage des Insolvenzverwalters und der Beteiligten des Insolvenzverfahrens.

38 Erst recht liegt eine pflichtwidrige Maßnahme nicht erst dann vor, wenn sie insolvenzzweckwidrig ist oder der Insolvenzverwalter grob fahrlässig handelt. Insolvenzzweckwidrig sind nur solche Handlungen, welche der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger klar und eindeutig zuwiderlaufen; sie verpflichten die Masse nicht (BGH, Urteil vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 360 f; vom 10. Januar 2013 - IX ZR 172/11, NZI 2013, 347 Rn. 8). Dies trifft indes nur dann zu, wenn der Widerspruch zum Insolvenzzweck unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten für jeden verständigen Beobachter ohne weiteres ersichtlich ist, wenn der Widerspruch zum Insolvenzzweck also evident war und sich dem Geschäftspartner aufgrund der Umstände des Einzelfalls ohne weiteres begründete Zweifel an der Vereinbarkeit der Handlung mit dem Zweck des Insolvenzverfahrens aufdrängen mussten, ihm somit der Sache nach zumindest grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 2018 - IX ZR 232/17, BGHZ 219, 98 Rn. 13 mwN). Eine Beschränkung der Haftung auf insolvenzzweckwidrige Handlungen knüpft die Haftung des Insolvenzverwalters bei unternehmerischen Entscheidungen an zu strenge Voraussetzungen.

39 Richtigerweise muss die zu treffende unternehmerische Entscheidung dem Wirtschaftlichkeitsgebot im Insolvenzverfahren (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2014 - IX ZR 162/13, WM 2014, 1434, Rn. 22, 28; vom 16. März 2017 - IX ZR 253/15, BGHZ 214, 220 Rn. 21 f) Rechnung tragen. Der hierzu bestehende Spielraum des Insolvenzverwalters bestimmt sich nicht nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG, sondern nach insolvenzrechtlichen Grundsätzen. Der Spielraum

zur Beurteilung der Risiken hängt davon ab, in welchem Stadium sich das Insolvenzverfahren befindet. Um eine Fortführung des Unternehmens nicht von vornherein unmöglich zu machen, steht dem Insolvenzverwalter zu Anfang ein erheblicher Spielraum für unternehmerische Entscheidungen zu. Nach Ablauf einer großzügig zu bemessenden Einarbeitungszeit ist der Insolvenzverwalter verpflichtet, den Verfahrenszweck des § 1 InsO in den Vordergrund zu rücken und verstärkt die Interessen der Insolvenzgläubiger an einer bestmöglichen gemeinschaftlichen Befriedigung zu berücksichtigen. Diesen steht gemäß §§ 157, 158 InsO die Entscheidung zu, ob ein Unternehmen stillgelegt oder fortgeführt werden soll (vgl. BGH, Urteil vom 16. März 2017 - IX ZR 253/15, BGHZ 214, 220 Rn. 13). Demgemäß handelt der Insolvenzverwalter bei unternehmerischen Entscheidungen nach Ablauf der Einarbeitungszeit pflichtwidrig, wenn die Maßnahme aus der Perspektive ex ante angesichts der mit ihr verbundenen Kosten, Aufwendungen und Risiken im Hinblick auf die Pflicht des Insolvenzverwalters, die Masse zu sichern und zu wahren, nicht mehr vertretbar ist.

40 (3) Die Situation des Insolvenzverwalters ist nicht derart derjenigen des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft angenähert, dass ihre Haftung für unternehmerische Entscheidungen die Erstreckung der Business Judgement Rule auf den Insolvenzverwalter erfordert.

41 Ein wesentlicher Unterschied in der Haftung für unternehmerische Entscheidungen folgt aus den Interessen der Beteiligten. Sowohl Insolvenzverwalter als auch Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft werden bei der Unternehmensführung zwar fremdnützig tätig (vgl. Uhlenbruck in Festschrift Karsten Schmidt, 2009, S. 1603, 1614 f; Berger/Frege, ZIP 2008, 204, 206). Zur Übertragung des hinter der Business Judgement Rule stehenden Rechtsgedankens

genügt diese Fremdnützigkeit jedoch nicht, weil der Insolvenzverwalter im Vergleich zu den Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft sowie den sonstigen Geschäftsleitern über eine besondere Handlungsmacht verfügt. Der Insolvenzverwalter wird bei der Ausübung seines privaten Amtes gegenüber einer Vielzahl von Rechtsträgern in verschiedenster Weise zur Erfüllung des Insolvenzwecks tätig. Der Insolvenzweck erlaubt es in der Regel nicht, dass die Betroffenen sich vor solchen Risiken durch rechtsgeschäftliche Gestaltung selbst schützen; er rechtfertigt es andererseits aber auch nicht, dass sie den Schaden tragen, den der Insolvenzverwalter durch die Außerachtlassung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters herbeiführt (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2018 - IX ZR 238/17, BGHZ 218, 290 Rn. 58 f).

42 Dies gilt insbesondere für das Verhältnis zwischen Insolvenzverwalter und Insolvenzgläubigern. Dabei ist unerheblich, ob Insolvenzgläubigern verallgemeinernd eine andere Risikopräferenz als Aktionären zu unterstellen ist (vgl. hierzu Jungmann, NZI 2009, 80, 81 f; Pape/Graeber/Spliedt, Handbuch der Insolvenzverwalterhaftung, Teil 3 Rn. 484 f; Resch, Business Judgement Rule und Insolvenzverwalterhaftung, S. 205 ff; Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, S. 44 ff). Auch beschränkt auf das Verhältnis zu den Insolvenzgläubigern ist die Geltung eines besonderen Haftungsfreiraums für Insolvenzverwalter nicht interessengerecht, weil es an alternativen Mechanismen fehlt, die in diesem Fall einen hinreichenden Schutz der Insolvenzgläubiger gewährleisten (vgl. Becker, aaO S. 47 ff). Insbesondere die Überwachung durch den Gläubigerausschuss (§ 69 InsO) und die Aufsicht durch das Insolvenzgericht (§ 58 InsO) sind hierzu nicht geeignet (vgl. BGH, aaO Rn. 55).

43 (4) Schließlich lässt sich eine Anwendung der Business Judgement Rule nicht mit der "Gefahr von Rückschaufehlern" begründen (aA Ber-

ger/Frege/Nicht, NZI 2010, 321, 323, 326). Ob der Insolvenzverwalter seine unternehmerische Entscheidung pflichtgemäß getroffen hat, ist stets aus dem Blickwinkel zum Zeitpunkt dieser Entscheidung zu beurteilen. Daraus folgt jedoch keine Rechtfertigung, an das pflichtgemäße Verhalten eines Insolvenzverwalters geringere Anforderungen zu stellen, zumal in anderen Rechtsbereichen eine Vielzahl von Entscheidungen einer Beurteilung aus ex ante-Sicht unterliegt (vgl. Becker, aaO S. 68 ff).

44 c) Das Berufungsgericht ist von einem unzutreffenden Maßstab ausgegangen, an dem die Beauftragung und Bezahlung der Beratungsdienstleistungen des W. zu messen sind.

45 aa) Beabsichtigt der Insolvenzverwalter - wie im Streitfall - eine übertragende Sanierung und führt er das Unternehmen nach einem entsprechenden Beschluss der Gläubigerversammlung mit dem Ziel der Unternehmensveräußerung fort, hat er daran seine unternehmerischen Entscheidungen auszurichten. Er ist berechtigt, frühzeitig vorbereitende Maßnahmen zu ergreifen, weil hiervon regelmäßig die Möglichkeit einer übertragenden Sanierung und der daraus für die Masse zu erzielende Verwertungserlös abhängen (vgl. Wellensiek, NZI 2002, 233, 235 ff; Jaeger/Eckardt, InsO, § 159 Rn. 74 ff; vgl. auch BGH, Beschluss vom 8. Juli 2004 - IX ZB 589/02, WM 2004, 1783, 1785). Dies gilt etwa für die Verbesserung betriebswirtschaftlicher Rahmenbedingungen und die Herstellung einer verkaufsfähigen Unternehmensstruktur (vgl. Wellensiek, aaO S. 236; MünchKomm-InsO/Ganter/Bruns, 4. Aufl., § 1 Rn. 94). Hierzu kann auch gehören, einen geeigneten Dienstleister mit der Unternehmensberatung und Begleitung des Veräußerungsprozesses zu beauftragen (vgl. Jaeger/Eckardt, aaO Rn. 75).

nen Tätigkeit des W. war der Beklagte zudem während des laufenden Insolvenzverfahrens verpflichtet zu prüfen, ob nach diesem Maßstab eine Beendigung der Tätigkeit des W. angezeigt gewesen wäre.

48 Überdies diene nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zumindest ein Teil der Dienstleistungen von W. dem neuen Rechtsträger. Dem steht der schriftliche Dienstvertrag mit der C. GmbH nicht entgegen, weil darin die Tätigkeit des W. nicht konkret geregelt wird. Es kommt in Betracht, dass der Beklagte mit Mitteln der Masse teilweise auch Dienstleistungen beauftragt oder jedenfalls vergütet hat, die für die Masse nicht von Nutzen waren. Gegebenenfalls wäre ein solcher Schaden zu schätzen. Ausreichende Feststellungen des Berufungsgerichts fehlen.

49 2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich in diesem Punkt auch nicht aus anderen Gründen als richtig.

50 a) Die Klägerin kann den Schadensersatzanspruch wegen der Beauftragung und Vergütung von Dienstleistungen des W. im Klagewege verfolgen. Anders als der Beklagte meint, schließt die Befugnis des Insolvenzgerichts, unter bestimmten Voraussetzungen die festzusetzende Vergütung des Verwalters bei einer kostenträchtigen Einschaltung Externer um den zu Unrecht aus der Masse entnommenen Betrag zu kürzen (vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2004 - IX ZB 48/04, ZIP 2005, 36, 37; vom 4. Dezember 2014 - IX ZB 60/13, ZIP 2015, 138 Rn. 18 mwN), einen Schadensersatzprozess nicht aus. Damit kann dahinstehen, ob die Voraussetzungen für eine Kürzung der Vergütung vorliegen.

- 51 b) Schadensersatzansprüche der Klägerin gegen den Beklagten aus § 60 InsO wegen Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Beauftragung und Bezahlung des W. sind - wie das Berufungsgericht für die Schadensersatzansprüche wegen der von ihm bejahten Pflichtverletzungen rechtsfehlerfrei angenommen hat - nicht verjährt.
- 52 aa) Die Verjährung dieser Ansprüche richtet sich gemäß Art. 229 § 12 Abs. 1 Nr. 4, § 6 Abs. 1 EGBGB in Verbindung mit § 62 Satz 1 InsO in der seit dem 15. Dezember 2004 geltenden Fassung nach den Regelungen über die regelmäßige Verjährung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Soweit aufgrund des Abschlusses des Dienstvertrags mit W. am 1. Oktober 2003 gemäß Art. 229 § 12, § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB für die Zeit vor dem 15. Dezember 2004 § 62 Satz 1 InsO aF einschlägig ist, hat dies im Streitfall keinen Einfluss auf den Lauf der Verjährung.
- 53 bb) Die danach geltende Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB) begann frühestens zum Schluss des Jahres 2007, weil die Klägerin erst mit Beschluss des Insolvenzgerichts vom 23. August 2007 zur Sonderinsolvenzverwalterin bestellt wurde.
- 54 (1) Eine durch ein pflichtwidriges Verhalten des Insolvenzverwalters hervorgerufene Schmälerung der Insolvenzmasse, welche die Gläubiger gemeinschaftlich trifft, bildet einen Gesamtschaden, der während der Dauer des Insolvenzverfahrens durch Zahlung an die Masse auszugleichen ist. Dieser Schaden ist der Gemeinschaft zugewiesen und unterliegt dem Verwaltungs- und Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters. Er kann daher nicht von einem einzelnen Masse- oder Insolvenzgläubiger, sondern nur durch einen Sonderverwalter oder neu bestellten Verwalter verfolgt werden (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 2004

Schaden und die Person des Ersatzpflichtigen im Klaren waren, aber keiner von ihnen eine Sonderinsolvenzverwaltung oder die Ablösung des schadensersatzpflichtigen und die Einsetzung eines neuen Verwalters beantragt hat (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 2004 - IX ZR 128/03, BGHZ 159, 25, 30; vom 16. Juli 2015 - IX ZR 127/14, WM 2015, 1644 Rn. 15). Entgegen der Auffassung des Beklagten bedarf diese Rechtsfrage auch im Streitfall keiner Entscheidung. Der Beklagte zeigt schon nicht auf, dass sich sämtliche Gläubiger über die geltend gemachten Schäden im Klaren waren. Die Würdigung des Berufungsgerichts, den Gläubigern sei kein treuwidriges Hinauszögern des Beginns der Verjährungsfrist vorzuwerfen, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

57 cc) Die Verjährung ist spätestens mit Einreichung der Anspruchsbegründung im Juli 2010 und damit vor Ablauf der Verjährungsfrist gehemmt worden (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, §§ 167, 697 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Entgegen der Auffassung des Beklagten scheitert die Hemmung nicht daran, dass die Klägerin in den Vorinstanzen nicht dargetan hat, wie sich der geltend gemachte Gesamtschaden auf die einzelnen Pflichtverletzungen aufteilt.

58 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hemmt bereits die Erhebung einer Teilklage, mit der mehrere Ansprüche geltend gemacht werden, deren Summe den geltend gemachten Teil übersteigt, die Verjährung aller Teilansprüche; die Bestimmung, bis zu welcher Höhe oder in welcher Reihenfolge die einzelnen Teilansprüche verfolgt werden, kann im Laufe des Rechtsstreits nachgeholt werden und wirkt auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung zurück (BGH, Urteil vom 6. Mai 2005 - II ZR 217/13, WM 2014, 1544 Rn. 16 mwN; vom 7. Mai 2015 - IX ZR 95/14, WM 2015, 1202 Rn. 28 f).

59

Diese Voraussetzung hat die Klägerin jedenfalls in der Zwischenzeit erfüllt, indem sie bestimmt hat, in welcher Reihenfolge sie die Klageforderung auf die von ihr geltend gemachten Pflichtverletzungen stützt. Ungeachtet dessen übersteigt die Summe der noch streitbefangenen Massekürzungen den von der Klägerin als Schadensersatz geforderten Betrag nicht mehr. Gegenstand des Revisionsverfahrens sind Massekürzungen, die sich auf die noch rechtshängige Hauptforderung in Höhe von 808.055,49 € summieren.

60 c) Einer Haftung des Beklagten aus § 60 InsO wegen der Beauftragung von Dienstleistungen des W. steht der Beschluss der Gläubigerversammlung vom 14. Juli 2004 über dessen Weiterbeschäftigung nicht entgegen.

61 aa) Zu den haftungsrechtlichen, von einer etwaigen Indizwirkung im Haftungsprozess (vgl. Uhlenbruck/Zipperer, InsO, 15. Aufl., § 160 Rn. 10 mwN) unabhängigen Auswirkungen von Beschlüssen der Gläubigerversammlung auf die persönliche Haftung des Insolvenzverwalters wegen eines Masseschadens werden in Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Ansätze verfolgt. Im Ergebnis liegen die verschiedenen Auffassungen allerdings nicht weit auseinander (vgl. Lücke in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2018, § 60 Rn. 43 ff mwN). Der Meinungsstreit kann dahinstehen, weil es im Streitfall an den Voraussetzungen fehlt, unter denen ein Beschluss der Gläubigerversammlung Einfluss auf die Haftung des Insolvenzverwalters haben könnte.

62 Soweit das Gesetz der Gläubigerversammlung keine Entscheidungs- oder Zustimmungskompetenz einräumt, berühren ihre Beschlüsse weder die Entscheidungsfreiheit noch die Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters. Sie haben deshalb grundsätzlich keine Auswirkungen darauf, ob der Insolvenzverwalter einen Masseschaden pflichtwidrig und schuldhaft herbeigeführt hat (vgl.

BGH, Urteil vom 22. Januar 1985 - VI ZR 131/83, ZIP 1985, 423, 425 f; HK-InsO/
Lohmann, 9. Aufl., § 60 Rn. 38).

63 Allerdings kann sich ein derartiger Beschluss nach den Grundsätzen des Mitverschuldens (§ 254 BGB) anspruchsmindernd auf Schadensersatzansprüche gegen den Insolvenzverwalter wegen einer pflichtwidrigen Masseverkürzung auswirken (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juni 2008 - IX ZB 220/07, WM 2008, 1414 Rn. 10; Uhlenbruck/Sinz, InsO, 15. Aufl., § 60 Rn. 103; Lücke in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2018, § 60 Rn. 42; MünchKomm-InsO/Schoppmeyer, 4. Aufl., § 60 Rn. 101, aA Nerlich/Römermann/Rein, InsO, 2017, § 60 Rn. 71). Dies kommt jedoch allenfalls in Betracht, wenn dem Beschluss der Gläubigerversammlung nach den Umständen und seinem Gewicht eine Bedeutung für das Handeln des Insolvenzverwalters beizumessen ist, die es rechtfertigt, dass die Gemeinschaft der Insolvenzgläubiger das damit verbundene Risiko ganz oder teilweise mitzutragen hat. Die einfache Zustimmung zu einer vom Insolvenzverwalter beabsichtigten Maßnahme, über welche dieser auch ohne Beteiligung der Gläubigerversammlung entscheiden kann, genügt hierfür nicht.

64 bb) Nach Maßgabe dieser Grundsätze wirkt sich der Beschluss der Gläubigerversammlung zur Weiterbeschäftigung des W. nicht auf die Haftung des Beklagten aus. Die Weiterbeschäftigung zu einem bestimmten Tagesatz bedurfte nicht der Zustimmung der Gläubigerversammlung, weil es sich um keine besonders bedeutsame Rechtshandlung im Sinne von § 160 InsO gehandelt hat. Ebensowenig kann der Beklagte hierauf einen Mitverschuldens einwand stützen, zumal der Beschluss sich nicht zu einer näher bestimmten Tätigkeit des W. verhält.

II.

65 Erfolg hat die Revision der Klägerin weiter hinsichtlich der Vergütung für die Durchführung von Coaching-Leistungen. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft eine Pflichtverletzung des Beklagten verneint.

66 Auch bei den vom Beklagten beauftragten und bezahlten Coaching-Leistungen handelt es sich um eine unternehmerische Maßnahme, die im Rahmen einer beabsichtigten übertragenden Sanierung pflichtgemäß sein kann. Der dem Insolvenzverwalter zustehende Spielraum ist überschritten, wenn die Coaching-Leistung aus der Perspektive ex ante angesichts der mit ihr verbundenen Kosten, Aufwendungen und Risiken im Hinblick auf die Pflicht des Insolvenzverwalters, die Masse zu sichern und zu wahren, nicht mehr vertretbar ist. Das Berufungsgericht hat lediglich darauf abgestellt, ob das Handeln des Beklagten zu einer Minderung der Masse geführt und vom Insolvenzszweck nicht getragen sei, weil ex ante feststehe, dass es mit der bestmöglichen gemeinschaftlichen Befriedigung der Insolvenzgläubiger in keinem Zusammenhang stehe. Dies ist zu eng. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht allerdings an, dass es nicht auf den ex post festzustellenden wirtschaftlichen Erfolg ankommt. Richtig ist weiter, dass sich die Pflichtwidrigkeit der Maßnahme nach der Art der Verfahrensabwicklung richtet. Zu prüfen wird das Berufungsgericht haben, wem die Coaching-Leistungen konkret zugutekommen sollten und ob dies aus der Perspektive ex ante entsprechend dem Wirtschaftlichkeitsgebot vertretbar war. Gegebenenfalls wäre auch hier ein Schaden zu schätzen.

III.

67 Schließlich ist die Schadensberechnung des Berufungsgerichts von Rechtsfehlern zum Nachteil der Klägerin beeinflusst.

68 1. Das Berufungsgericht trifft bereits keine hinreichenden Feststellungen, die eine Zuordnung des von ihm angenommenen Quotengesamtschadens von 101.038,35 € zu den von ihm bejahten neun Pflichtverletzungen ermöglichen. Nach seinen Feststellungen haben diese Pflichtverletzungen die Masse in der Summe um 405.952,25 € gemindert. Dies übersteigt die Höhe des zugesprochenen Schadensersatzes, ohne dass erkennbar wäre, auf welche Pflichtverletzung der ausgeteilte Schadensbetrag entfällt.

- 69 a) Art, Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs aus § 60 InsO richten sich nach §§ 249 ff BGB. Der Anspruch ist regelmäßig auf den Ersatz des negativen Interesses gerichtet. Der Geschädigte ist so zu stellen, wie wenn der Insolvenzverwalter die Pflichtverletzung nicht begangen hätte (BGH, Urteil vom 25. Januar 2007 - IX ZR 216/05, ZIP 2007, 539 Rn. 14 mwN). Ob und inwieweit ein zu ersetzender Schaden vorliegt, beurteilt sich daher nach einem Vergleich der infolge der haftungsbegründenden Pflichtverletzung eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jene Pflichtverletzung eingetreten wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Februar 2013 - IX ZR 75/12, ZInsO 2013, 671 Rn. 10). Unter den Voraussetzungen des § 287 Abs. 1 ZPO kann das Gericht dabei auch zu einer Schätzung greifen; bei besonderen Schwierigkeiten des Schadensnachweises ist ein Mindestschaden zu schätzen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2014 - I ZR 249/12, WM 2015, 978 Rn. 34). Sind dem Insolvenzverwalter mehrere selbständige Pflichtverletzungen vorzuwerfen, bedarf es entsprechender Feststellungen grundsätzlich für jede einzelne Pflichtverletzung.
- 70 b) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht nicht hinreichend beachtet. Es hat eine Gesamtbetrachtung vorgenommen, sämtliche Leistungen, die der Beklagte mit Mitteln der Masse erbracht hat, zur Berechnung einer "Soll-Masse" addiert und den Schaden aus einem Vergleich mit einer von ihm angenommenen "Ist-Masse" errechnet.
- 71 2. Darüber hinaus hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft angenommen, es sei lediglich der um die Masseverkürzung zum Nachteil der Massegläubiger bereinigte Schaden zu ersetzen. Richtigerweise erstreckt sich die Be-

fugnis des Insolvenzverwalters aus § 92 Satz 2 InsO auf den vollständigen Gesamtschaden aller Beteiligten.

72 a) Soweit gemäß § 92 Satz 2 InsO gegen den Verwalter gerichtete Ansprüche auf Ersatz eines Schadens, den die Insolvenzgläubiger gemeinschaftlich durch eine Verminderung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens erlitten haben, nur von einem neu bestellten Insolvenzverwalter geltend gemacht werden können, besteht ein Anspruch auf Ersatz des vollständigen Gesamtschadens an der Insolvenzmasse. Dies bedeutet, dass die Klägerin die Zahlung des vollen Betrages verlangen kann, um den der Beklagte die Masse pflichtwidrig verkürzt hat. Dieser ist insbesondere nicht um den Schaden zu kürzen, den Massegläubiger gemeinschaftlich durch die Verkürzung der Masse erlitten haben. Dies ergibt sich aus § 249 Satz 1 BGB. Danach hat der Schädiger den Zustand herzustellen, der ohne die schädigende Handlung bestehen würde. In diesem Fall befänden sich die ausgezahlten Beträge noch in der Insolvenzmasse (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 1989 - IX ZR 233/87, ZIP 1989, 1407, 1410). Sofern die Bestellung keine wirksame Beschränkung enthält, kann der Sonderinsolvenzverwalter stets zugleich Ersatz des bei den Massegläubigern eingetretenen Gesamtschadens verlangen (vgl. BGH, aaO Leitsatz 1).

73 aa) Der Gesamtschaden bezieht sich auf den Schaden, den der einzelne Insolvenzgläubiger ausschließlich aufgrund seiner Gläubigerstellung und damit als Teil der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger erlitten hat. Das schädigende Verhalten, aus dem der Schädiger in Anspruch genommen wird, muss die Insolvenzmasse verkürzt und damit zu einer geringeren Quote für die Gläubiger geführt haben (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2018 - IX ZR 66/18, ZIP 2019, 380 Rn. 11 mwN). Der Schaden besteht in der Differenz zwischen der für die Erreichung der ohne das schädigende Ereignis anzunehmenden (Soll-)Quote

erforderlichen (Soll-)Insolvenzmasse und der vorhandenen (Ist-)Masse (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 2014 - IX ZR 140/11, BGHZ 202, 324 Rn. 45; Schmidt/Schmidt, InsO, 19. Aufl., § 92 Rn. 6). Er entspricht der Summe der Quotenschäden der einzelnen Gläubiger (BGH, Urteil vom 25. September 2014 - IX ZR 156/12, WM 2014, 2175 Rn. 8).

74 bb) Die Befugnis des Sonderinsolvenzverwalters nach § 92 Satz 2 InsO erstreckt sich jedoch auch auf einen den Massegläubigern entstandenen Gesamtschaden. Mithin kommt es bei der Berechnung des Schadens nur darauf an, inwieweit die Pflichtverletzung des Insolvenzverwalters die Insolvenzmasse verkürzt und zu einem gemeinschaftlich erlittenen Schaden geführt hat.

75 (1) § 92 Satz 2 InsO betrifft den vom Insolvenzverwalter verursachten Gesamtschaden. Die Vorschrift soll die Fälle erfassen, in denen der Insolvenzverwalter durch eine schuldhafte Verletzung seiner Pflichten die Insolvenzmasse vermindert hat (vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 139 zu § 103 RegE-InsO). Sie regelt unmittelbar nur die Fälle, in denen der Gesamtschaden allein bei den Insolvenzgläubigern eintritt. Das bei einer Verminderung der Masse auftretende Konkurrenzproblem zwischen Massegläubigern und Insolvenzgläubigern behandelt die Norm nicht.

76 (2) § 92 Satz 2 InsO ist jedenfalls entsprechend auf die Ansprüche der Massegläubiger aus § 60 InsO anzuwenden, wenn der von ihnen gemeinschaftlich erlittene Schaden durch eine Schmälerung der Insolvenzmasse nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit eintritt (vgl. MünchKomm-InsO/Gehrlein, 4. Aufl., § 92 Rn. 8; Lüke in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2012, § 92 Rn. 51; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 15. Aufl., § 92 Rn. 22; Jaeger/Müller, InsO, § 92 Rn. 20; Schmidt/Schmidt, InsO, 19. Aufl., § 92 Rn. 20; HmbKomm-InsO/Pohlmann,

7. Aufl., § 92 Rn. 13; Dinstühler, ZIP 1998, 1697, 1706; in diese Richtung BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 - IX ZR 48/03, BGHZ 159, 104, 112; offen gelassen von BGH, Urteil vom 9. Oktober 2014 - IX ZR 140/11, BGHZ 202, 324 Rn. 44; HK-InsO/Schmidt, 9. Aufl., § 92 Rn. 26). Denn in diesem Fall haben die Massegläubiger nur einen Anspruch auf eine Quote (arg. § 209 Abs. 1 InsO) und werden durch eine Masseverkürzung in gleicher Weise geschädigt wie ein Insolvenzgläubiger. Die Zielsetzung des § 92 Satz 2 InsO, den Gesamtschadensersatz für Masseschmälerungen allen Gläubigern gleichmäßig zukommen zu lassen und einen Wettlauf der Gläubiger zu verhindern (vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 139; Schmidt/Schmidt, aaO Rn. 2; MünchKomm-InsO/Gehrlein, aaO Rn. 1), trifft nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit auch auf sie zu.

77

(3) Damit liegt in den Fällen, in denen eine oder mehrere Pflichtverletzungen des Insolvenzverwalters die Masse verkürzen, der hierdurch herbeigeführte Gesamtschaden darin, dass alle Gläubiger - unabhängig davon, ob ihr Anspruch als Insolvenzforderung oder Masseforderung einzuordnen ist - einen Schaden gemeinschaftlich allein dadurch erleiden, dass die zur Verfügung stehende Masse geringer geworden ist. Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind die Massegläubiger aus dem Vermögen des Schuldners zu befriedigen und besteht ein Verwertungsrecht für alle Insolvenzgläubiger, das allein durch den Insolvenzverwalter nach Maßgabe der Vorschriften der Insolvenzordnung ausgeübt wird. Durch eine schuldhaft pflichtwidrige Masseverkürzung werden diese Rechte beeinträchtigt; es entsteht ein Gesamtschaden (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 1989 - IX ZR 233/87, ZIP 1989, 1407, 1409 für das Konkursverfahren). Der daraus entspringende Schadensersatzanspruch ist darauf gerichtet, dass der Schädiger die Masseverkürzung durch eine entsprechende Zah-

lung an die Masse rückgängig macht (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 2004 - IX ZR 128/03, BGHZ 159, 25, 26).

- 78 Wird ein Sonderinsolvenzverwalter bestellt, um gemäß § 92 Satz 2 InsO einen Gesamtschaden geltend zu machen, ergreift vor diesem Hintergrund die mit § 92 Satz 2 InsO verbundene Ermächtigungswirkung (vgl. Schmidt/Schmidt, InsO, aaO Rn. 7, 11; MünchKomm-InsO/Gehrlein, aaO Rn. 15) auch die Ansprüche der Massegläubiger hinsichtlich eines bei ihnen eingetretenen Gesamtschadens. Entscheidend ist allein, dass das Insolvenzgericht einen Sonderinsolvenzverwalter bestellt, um einen Gesamtschaden gemäß § 92 Satz 2 InsO geltend zu machen. Daher ist es für die Bemessung des Gesamtschadens bei einem Anspruch aus § 60 InsO unerheblich, in welchem Umfang der Gesamtschaden bei Massegläubigern eingetreten ist oder ob Masseunzulänglichkeit vorliegt. Vielmehr ist Maßstab, inwieweit die pflichtwidrigen Handlungen des Insolvenzverwalters dazu geführt haben, die insgesamt zur Befriedigung der Massegläubiger und der Insolvenzgläubiger zur Verfügung stehende Masse zu verkürzen. Dies gilt auch dann, wenn der Insolvenzverwalter keine Masseunzulänglichkeit angezeigt hat oder - wie im Streitfall - die Masseverkürzung erfolgt ist, bevor der Insolvenzverwalter Masseunzulänglichkeit anzeigt.
- 79 (4) Die umfassende Anwendung des § 92 Satz 2 InsO auf Ansprüche aus § 60 InsO, die einen Gesamtschaden durch Verkürzung der Masse bewirkt haben, ist im Interesse eines wirksamen Schutzes der Masse und der Insolvenzgläubiger erforderlich. Die Ermittlung eines vorrangig auf die Massegläubiger entfallenden Gesamtschadens erschwert die Feststellung des Schadens erheblich, obwohl die Ersatzpflicht des Insolvenzverwalters insgesamt nicht in Frage steht.
- 80 Zwar kann der Anteil an der Masseverkürzung, der auf die Befriedigung von Ansprüchen der Massegläubiger entfiel, grundsätzlich als fiktiver Berech-

nungsposten bei der Ermittlung des Gesamtschadens berücksichtigt werden (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 2014 - IX ZR 140/11, BGHZ 202, 324 Rn. 44 f). Zudem kann bei laufendem Insolvenzverfahren der Gesamtschaden gemäß § 287 ZPO geschätzt werden (vgl. Schmidt/Schmidt, InsO, 19. Aufl., § 92 Rn. 6). Beides stößt auf Schwierigkeiten, wenn erhebliche ungeklärte Ansprüche bevorzogter Gläubiger im Raum stehen. Dies gilt erst Recht, wenn - wie im Streitfall - aufgrund einer Vielzahl von Pflichtverletzungen eine erhebliche Masseverkürzung und ein hoher Gesamtschaden geltend gemacht werden und der Insolvenzverwalter Masseunzulänglichkeit angezeigt hat. In solchen Fällen bliebe häufig nur eine Feststellungsklage, weil die endgültige Höhe des Gesamtschadens der Insolvenzgläubiger erst mit Beendigung des Insolvenzverfahrens feststünde. Dies ist weder prozessökonomisch noch im Sinne der geschädigten Insolvenzgläubiger.

81 Demgegenüber wirft die Befugnis des Sonderinsolvenzverwalters, im Fall des § 92 Satz 2 InsO auch den auf die Massegläubiger entfallenden Gesamtschaden geltend zu machen, für die weitere Verfahrensabwicklung keine besonderen Schwierigkeiten auf. Der Sonderinsolvenzverwalter hat vom Insolvenzverwalter persönlich geleisteten Schadensersatz als Bestandteil der einheitlichen Masse an den Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes abzuführen, sofern das Insolvenzgericht keine besonderen Anordnungen trifft (vgl. Graeber/Pape, ZIP 2007, 991, 997). Damit wird die Verkürzung der Masse rückgängig gemacht.

82 (5) Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Oktober 2014 (IX ZR 140/11, BGHZ 202, 324 Rn. 44 f) steht dem nicht entgegen. Die Entscheidung betraf die Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses nach § 71 InsO. Verletzen diese die ihnen nach dem Gesetz obliegenden Pflichten, sind sie nur

den absonderungsberechtigten Gläubigern und den Insolvenzgläubigern zum Schadensersatz verpflichtet. Anders liegt der Fall bei der Haftung des Insolvenzverwalters nach § 60 Abs. 1 InsO, die gegenüber allen Beteiligten besteht.

83 cc) Aus der Senatsentscheidung vom 6. Mai 2004 (IX ZR 48/03, BGHZ 159, 104) zur Geltendmachung eines Masseverkürzungsschadens durch einen Massegläubiger folgt nichts Anderes. Die Entscheidung betraf nur die Frage, ob ein Massegläubiger für einen Anspruch aus § 60 InsO prozessführungsbefugt ist, wenn er seinen Schaden aus einer Masseverkürzung vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit herleitet. Der Senat hat dies mit der Begründung bejaht, § 92 InsO erfasse einen solchen Fall weder unmittelbar noch entsprechend. Dies betrifft die Befugnis der Massegläubiger, den gerade ihnen infolge der Masseverkürzung entstandenen Ausfall (Einzelschaden) geltend zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 1989 - IX ZR 233/87, ZIP 1989, 1407, 1408). Dies steht der Geltendmachung des beschriebenen Gesamtschadens durch einen Sonderinsolvenzverwalter nicht entgegen.

84 Die Interessen des Insolvenzverwalters bleiben hinreichend gewahrt, wenn der Sonderinsolvenzverwalter ihn auf Ersatz des Gesamtschadens der Massegläubiger in Anspruch nehmen kann. Insbesondere ist der Insolvenzverwalter nicht schutzlos einer doppelten Inanspruchnahme ausgesetzt, weil er die von ihm zu verantwortende Masseverkürzung entweder dem geschädigten Massegläubiger oder dem Sonderinsolvenzverwalter gegenüber rückgängig machen kann. Soweit der Insolvenzverwalter die Masseverkürzung beseitigt, kann er dies dem anderen Anspruch - gegebenenfalls durch Vollstreckungsabwehrklage - entgegenhalten.

85 b) Nach Maßgabe dieser Grundsätze kann die Klägerin vom Beklagten den Ersatz des vollständigen Gesamtschadens verlangen, den dieser durch pflichtwidrige Masseverkürzungen herbeigeführt hat. Der Beschluss, mit dem sie zur Sonderinsolvenzverwalterin zum Zweck der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen bestellt worden ist, enthält keine inhaltliche Beschränkung.

86 Dies hat das Berufungsgericht nicht beachtet. Bei der Bestimmung der Anspruchshöhe hat es von der Summe der festgestellten Masseverkürzungen einen Betrag von 304.913,90 € abgezogen und dies damit begründet, dieser Betrag entfalle auf bevorrechtigte Gläubiger. Dies ist mit den dargelegten Grundsätzen nicht vereinbar. Entgegen der Revision des Beklagten ist nicht erforderlich, den konkreten Quotenschaden der einzelnen Insolvenzgläubiger zu bestimmen. Es genügt, wenn feststeht, in welchem Umfang die pflichtwidrigen Handlungen des Beklagten die Masse verkürzt und damit die nach § 60 Abs. 1 InsO zum Schadensersatz berechtigten Beteiligten geschädigt haben. Auf die weiteren von der Klägerin und dem Beklagten erhobenen Einwendungen gegen die vom Berufungsgericht vorgenommene Berechnung des Quotenschadens kommt es daher nicht an.

87 Unerheblich ist, dass die Klägerin für die Höhe des Schadensersatzanspruchs allein den nach ihren Berechnungen bei den Insolvenzgläubigern eingetretenen Gesamtschaden zugrunde gelegt hat. Der Anspruch auf Ersatz des Gesamtschadens durch eine Verkürzung der Insolvenzmasse bildet einen durch die Masseverkürzung und den die Pflichtverletzung bestimmenden Sachverhalt festgelegten, einheitlichen prozessualen Anspruch. Das Berufungsgericht hätte für die Berechnung der Höhe des Schadensersatzes daher von Amts wegen den durch die Verkürzung der Insolvenzmasse entstandenen Gesamt-

schaden prüfen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 2012 - IX ZR 207/11, WM 2012, 2242 Rn. 11 ff).

C.

88 Der rechtlichen Überprüfung auf die zugelassene Revision des Beklagten hält das Berufungsurteil ebenfalls nicht stand.

I.

89 Mit der Begründung des Berufungsgerichts kann die Haftung des Beklagten aus § 60 InsO im Zusammenhang mit den Provisionszahlungen an die F. GmbH nicht bejaht werden.

90 1. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass der Beklagte mit der F. GmbH eine unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch die Gläubigerversammlung stehende Provisionsvereinbarung geschlossen hat. Daran ist der Senat gemäß § 559 ZPO gebunden. Die gegen diese Würdigung erhobenen Verfahrensrügen des Beklagten greifen nicht durch; von einer weiteren Begründung wird gemäß § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.

91 2. Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, es fehle an einer solchen Genehmigung, weil der Beklagte beweisbelastet sei und den erforderlichen Beweis nicht geführt habe.

92 a) Im Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass eine wirksame Genehmigung durch die Gläubigerversammlung nicht voraussetzt, den entsprechenden Beschluss zu protokollieren. Vielmehr hat sich das Gericht mit den zulässigen Beweismitteln die Überzeugung zu verschaffen, dass die Gläubigerversammlung eine verbindliche Entscheidung über den Beschlussgegenstand getroffen hat. Die Protokollierung dient dem Nachweis, nicht der Wirksamkeit.

93 Zu den formalen Voraussetzungen eines wirksamen Beschlusses der Gläubigerversammlung gehört die Einberufung und Leitung der Gläubigerversammlung durch das Insolvenzgericht (§ 76 Abs. 1 InsO; vgl. BGH, Urteil vom 19. Juli 2007 - IX ZR 77/06, WM 2007, 1795 Rn. 10 f). Zudem muss das Insolvenzgericht zuvor eine Tagesordnung mit Ausführungen zum Beschlussgegenstand gemäß § 74 Abs. 2 Satz 1 InsO öffentlich bekannt gemacht haben (vgl. Beschluss vom 9. Juni 2016 - IX ZB 21/15, WM 2016, 1306 Rn. 11). Die Protokollierung des Beschlusses ist hingegen grundsätzlich keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Zwar hat das Insolvenzgericht gemäß § 4 InsO in Verbindung mit §§ 159 ff ZPO ein Protokoll über die Gläubigerversammlung zu führen, in das auch die gefassten Beschlüsse aufzunehmen sind (vgl. Uhlenbruck/Knof, InsO, 15. Aufl., § 76 Rn. 18). Dies dient jedoch nur der Dokumentation der Beschlussfassung (vgl. MünchKomm-InsO/Ehricke/Ahrens, 4. Aufl., § 76 Rn. 12). Eine konstitutive Wirkung hat die Protokollierung der Beschlüsse nicht (vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 2019 - IX ZR 47/18, WM 2019, 629 Rn. 12 f). Inwieweit bei einer Gläubigerversammlung, die im schriftlichen Verfahren durchgeführt wird, etwas Anderes gilt (vgl. Pape, ZInsO 2019, 1233, 1236 ff), bedarf hier keiner Entscheidung.

- 94 b) Die Überzeugung des Berufungsgerichts, die Gläubigerversammlung vom 7. Dezember 2004 habe die erforderliche Provisionsvereinbarung nicht genehmigt, beruht auf Rechtsfehlern. Das Berufungsgericht hat angenommen, Zweifel an der Genehmigung durch die Gläubigerversammlung gingen zu Lasten des Beklagten, weil die Klägerin sich auf die (negative) Beweiskraft des Protokolls der Gläubigerversammlung nach § 415 Abs. 1 ZPO berufen könne. Dies trifft nicht zu.
- 95 Die Klägerin, welche Schadensersatzansprüche aus einem pflichtwidrigen Verhalten des Insolvenzverwalters herleitet, hat die tatsächlichen Voraussetzungen für ein pflichtwidriges Verhalten zu beweisen. Enthält das Protokoll über die Gläubigerversammlung keine Angaben zu einem Beschluss der Gläubigerversammlung, ist dies im Schadensersatzprozess gegen den Insolvenzverwalter gemäß § 286 ZPO frei zu würdigen. Das Berufungsgericht verkennt bereits die Reichweite der Beweislastbestimmungen der § 415 Abs. 1, § 418 Abs. 1 ZPO. Aus diesen folgt grundsätzlich nur, dass der über die abgegebene Erklärung beurkundete Vorgang (§ 415 Abs. 1 ZPO) und die in der Urkunde bezeugten Tatsachen (§ 418 Abs. 1 ZPO) so wie beurkundet stattgefunden haben. Hingegen begründen diese Vorschriften - unbeschadet der hier nicht einschlägigen Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit einer Urkunde (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 5. Juli 2002 - V ZR 143/01, NJW 2002, 3164 f mwN) - keine negative Beweiskraft dahin, dass nicht protokollierte Erklärungen nicht abgegeben wurden (vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 1963 - III ZR 119/62, NJW 1963, 1060, 1062; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl., § 165 Rn. 12).
- 96 Auf § 165 ZPO kommt es schon deshalb nicht an, weil diese Vorschrift nur die für die Verhandlung, mithin die Gläubigerversammlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten betrifft. Auch wenn die gefassten Beschlüsse der Gläubi-

gerversammlung gemäß § 160 ZPO zu protokollieren sind (vgl. MünchKomm-InsO/

Ehricke/Ahrens, 4. Aufl., § 76 Rn. 12 mwN), gehört die Feststellung von Beschlüssen der Gläubigerversammlung nicht zu den Förmlichkeiten des Verfahrens (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juni 1999 - V ZR 40/98, BGHZ 142, 84, 89 zum gerichtlichen Vergleich). Unabhängig davon erstreckt sich die in § 165 ZPO zur besonderen Beweiskraft eines Protokolls getroffene Regelung, die gemäß § 4 InsO grundsätzlich auch für das Protokoll der Gläubigerversammlung gilt (vgl. MünchKomm-InsO/Ehricke/Ahrens, 4. Aufl., § 76 Rn. 12), ohnehin nur auf das Verfahren, in dem das Protokoll aufgenommen wurde (vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 1963 - III ZR 119/62, NJW 1963, 1060, 1062 mwN; Zöller/Schultzy, ZPO, 33. Aufl., § 165 Rn. 5; Musielak/Voit/Stadler, ZPO, 16. Aufl., § 165 Rn. 1). Außerhalb dieses Verfahrens gelten die allgemeinen Beweisregeln (vgl. Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl., § 165 Rn. 12). Dies gilt auch für den Schadensersatzprozess gegen den Insolvenzverwalter.

- 97 c) Im Hinblick auf die Pflichtverletzung des Beklagten ist die Klägerin beweibelastet; sie hat mithin zu beweisen, dass die Auszahlung an die F. GmbH erfolgte, ohne dass die Gläubigerversammlung den Vertrag genehmigt hätte. Es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht bei Beachtung dieser Grundsätze zu einem anderen Beweisergebnis gelangt wäre.

II.

- 98 Die Revision des Beklagten ist auch wegen der Höhe des der Klägerin zugesprochenen Schadensersatzes begründet.

99 1. Das Berufungsgericht hat den vom Beklagten zu ersetzenden Gesamtschaden ermittelt, ohne festzulegen, welche Pflichtverletzungen den von ihm ausgerichteten Schadensersatz tragen. Auf die Ausführungen zur Revision der Klägerin (unter B.III.1.) wird Bezug genommen. Dies benachteiligt auch den Beklagten.

100 2. Rechtsfehlerhaft sind zudem die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Umfang der eingetretenen Masseverkürzung. Hinsichtlich der Zahlungen an die H. GmbH für Buchhaltungsdienste fehlt es an einem Vermögensvergleich mit und ohne die pflichtwidrige Handlung. Nach den getroffenen Feststellungen steht nicht fest, dass die gesamten Zahlungen an die H. GmbH für die insolvenzrechtliche Rechnungslegung erfolgten. Gegebenenfalls wird das Berufungsgericht im Wege der Schätzung zu entscheiden haben, welcher Teilbetrag auf die zulässigerweise übertragene Unternehmensbuchhaltung entfiel und in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist.

D.

101 Die Anschlussrevision des Beklagten ist zulässig, jedoch überwiegend unbegründet.

I.

102 Aus dem Charakter der Anschlussrevision als unselbständiges Rechtsmittel folgt, dass mit der Anschlussrevision kein Streitstoff eingeführt werden

kann, der mit dem Gegenstand der Hauptrevision weder in einem rechtlichen noch in einem wirtschaftlichen Zusammenhang steht (BGH, Urteil vom 22. November 2007 - I ZR 74/05, BGHZ 174, 244 Rn. 40; vom 6. Dezember 2018 - VII ZR 71/15, VersR 2019, 492 Rn. 29 mwN; vom 10. Januar 2019 - III ZR 109/17, WM 2019, 304 Rn. 19). Ist die Revision nur der Höhe nach zugelassen, besteht grundsätzlich ein ausreichender Zusammenhang mit dem Gegenstand der Hauptrevision, wenn der Revisionsbeklagte Anschlussrevision hinsichtlich des Grundes für diejenigen Ansprüche einlegt, hinsichtlich derer die Revision der Höhe nach zugelassen worden ist. Dies gilt auch dann, wenn zwischen dem Grund der Ansprüche und der Höhe der Ansprüche keine in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht zusammenhängenden Fragen bestehen. Dass der Revisionskläger seinerseits bei einer auf die Höhe des Anspruchs beschränkten Zulassung der Revision in der Regel keine Möglichkeit hat, das Urteil im Revisionsverfahren auch hinsichtlich für ihn nachteiliger Entscheidungen über den Grund anzugreifen, steht dem nicht entgegen.

II.

- 103 Die Anschlussrevision des Beklagten, mit der er die vom Berufungsgericht dem Grunde nach bejahte Haftung angreift, ist nur in einem Punkt begründet.
- 104 1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht wegen der Beauftragung und Vergütung der H. GmbH einen Anspruch gegen den Beklagten aus § 60 InsO dem Grunde nach bejaht.

- 105 a) Die Klägerin kann diesen Schadensersatzanspruch im Klagewege verfolgen. Anders als der Beklagte meint, schließt die Befugnis des Insolvenzgerichts, unter bestimmten Voraussetzungen die festzusetzende Vergütung des Verwalters bei einer kostenträchtigen Einschaltung Externer um den zu Unrecht aus der Masse entnommenen Betrag zu kürzen (vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2004 - IX ZB 48/04, ZIP 2005, 36, 37; vom 4. Dezember 2014 - IX ZB 60/13, ZIP 2015, 138 Rn. 18 mwN), einen Schadensersatzprozess nicht aus. Damit kann dahinstehen, ob die Voraussetzungen für eine Kürzung der Vergütung vorliegen.
- 106 b) Dem Grunde nach liegen die Voraussetzungen für eine Haftung des Beklagten aus § 60 InsO vor.
- 107 aa) Der Insolvenzverwalter hat nach § 66 Abs. 1 InsO der Gläubigerversammlung Rechnung zu legen. Diese interne Rechnungslegung gehört zu den Regelaufgaben des Insolvenzverwalters (vgl. Uhlenbruck/Mock, InsO, 15. Aufl., § 66 Rn. 15 f; MünchKomm-InsO/Riedel, 4. Aufl., § 66 Rn. 13; Stoffler in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2016, § 4 InsVV Rn. 58; HK-InsO/Metoja, 9. Aufl., § 66 Rn. 86). Er ist grundsätzlich verpflichtet, die insolvenzrechtliche Rechnungslegung selbst vorzunehmen; er darf die anfallenden Kosten nicht aus der Masse bestreiten (vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2004, aaO S. 36 f; vom 4. Dezember 2014, aaO; Nerlich/Römermann/Weiß, InsO, 2019, § 66 Rn. 6). Dieses Verbot hat der Beklagte verletzt. Nach den von der Anschlussrevision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die H. GmbH auch die insolvenzrechtliche Rechnungslegung übernommen und ist hierfür aus der Masse bezahlt worden.

- 108 bb) Ob und unter welchen Voraussetzungen der Insolvenzverwalter im Einzelfall in besonders gelagerten Verfahren berechtigt ist, die insolvenzrechtliche Buchhaltung auf Dritte zu delegieren (vgl. Stoffler, aaO; HK-InsO/Metoja, aaO), kann offenbleiben. Es fehlt schon an einem besonders gelagerten Verfahren. Alleine der Umstand, dass der Beklagte - wie er behauptet - bei der Schuldnerin ein "chaotisches Buchhaltungssystem" und ein "vollkommen unbrauchbares Buchhaltungsprogramm" vorgefunden hat, begründet keine verfahrensuntypischen Anforderungen an die insolvenzrechtliche Buchhaltung. Dass nach den Feststellungen des Berufungsgerichts eine Abgrenzung der Insolvenz- und der Unternehmensbuchhaltung durch die H. GmbH nicht durchgeführt worden ist und dies zu Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Tätigkeit der H. GmbH führt, ist Folge der gleichzeitigen Beauftragung der H. GmbH mit der Insolvenz- und der Unternehmensbuchhaltung. Sie rechtfertigen es nicht, die Masse mit den Kosten der Insolvenzbuchhaltung zu belasten.
- 109 2. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht wegen der Freigabe der nach China transportierten Maschinen gegenüber den Zollbehörden einen Anspruch gegen den Beklagten aus § 60 InsO dem Grunde nach bejaht. Die tatrichterliche Würdigung, der Beklagte habe die Maschinen pflichtwidrig freigegeben, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die von der Anschlussrevision insoweit erhobene Verfahrensrüge hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet. Von einer näheren Begründung wird nach § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.
- 110 3. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht wegen der Beauftragung und Vergütung von Qualitätsmanagement-Maßnahmen einen Anspruch gegen den Beklagten aus § 60 InsO dem Grunde nach bejaht. Die tatrichterliche Wür-

digung, es habe sich um eine pflichtwidrige Beauftragung gehandelt, weil auch bei einer Betrachtung ex ante die Masse einseitig mit Kosten belastet werde, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte die Zertifizierungsmaßnahmen veranlasst, obwohl sie für die Masse angesichts der geplanten übertragenden Sanierung mangels Übertragbarkeit der Zertifizierung erkennbar nutzlos waren. Die gegen diese Feststellungen von der Anschlussrevision erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet. Von einer näheren Begründung wird nach § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.

111 4. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass wegen der über die vertraglich vereinbarte Grundvergütung für Verbandsarbeit hinaus an T. geleisteten Provisionszahlungen ein Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten aus § 60 InsO dem Grunde nach besteht. Die tatrichterliche Würdigung des Landgerichts, dass die Tätigkeit des T. keinen nicht schon mit der Grundvergütung abgegoltenen Mehrwert für die Masse geschaffen habe und die Bezahlung der Provisionsrechnungen pflichtwidrig sei, weil die Provisionsrechnungen nicht nachvollziehbar seien, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Diese hat sich das Berufungsgericht zu eigen gemacht; seine Würdigung, dass es insoweit an ausreichenden Berufungsangriffen fehle, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

112 5. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht wegen der Zahlung an die U. GmbH einen Anspruch gegen den Beklagten aus § 60 InsO bejaht. Die tatrichterliche Würdigung, eine entsprechende Zahlungspflicht habe nur für die E. GmbH bestanden, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die von der Anschlussrevision insoweit erhobene Verfahrensrüge hat der

Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet. Von einer näheren Begründung wird nach § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.

- 113 6. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht wegen der Beauftragung und Vergütung von Rechtsanwalt W. einen Anspruch gegen den Beklagten aus § 60 InsO dem Grunde nach bejaht. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts bestand wegen der in der gleichen Angelegenheit bereits erfolgten Beauftragung der Anwaltskanzlei des Beklagten kein Anlass, einen weiteren Rechtsanwalt zu mandatieren. Die tatrichterliche Würdigung, die Bezahlung von Rechtsanwalt W. habe daher Mehrkosten für die Masse verursacht, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.
- 114 7. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht einen Anspruch gegen den Beklagten aus § 60 InsO wegen der Verauslagung von Tagungskosten zugesprochen. Die tatrichterliche Würdigung, dass die Tagungen in den Räumen der Schuldnerin hätten stattfinden können und insbesondere Personen zugutegekommen seien, die keine Mitarbeiter der Schuldnerin gewesen seien, und der Beklagte deshalb angesichts der Umstände bei der Schuldnerin gegen das Sparsamkeitsgebot verstoßen habe, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die von der Anschlussrevision insoweit erhobene Verfahrensrüge hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet. Von einer näheren Begründung wird nach § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.
- 115 8. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht demgegenüber einen Anspruch gegen den Beklagten aus § 60 InsO wegen der Zahlung zur Erfüllung von Forderungen der Firma E. sowie der K. GmbH & Co. KG bejaht. Die bislang getroffenen Feststellungen tragen nicht die Annahme, dass der Beklagte die Zahlungen pflichtwidrig geleistet hat. Voraussetzung hierfür wäre,

dass es sich um Zahlungen auf ungesicherte Insolvenzforderungen gehandelt hat (vgl. BGH, Urteil vom 4. November 2004 - IX ZR 22/03, BGHZ 161, 49, 55). Dazu treffen weder das Berufungsgericht noch das Landgericht Feststellungen. Nach der Begründung des Landgerichts bleibt offen, ob die vom Beklagten behaupteten Sicherungsrechte zu Gunsten der beiden Gläubiger bestanden.

E.

116 Das angefochtene Urteil kann danach überwiegend keinen Bestand haben und ist gemäß § 562 Abs. 1 ZPO in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang aufzuheben. Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie gemäß § 563 Abs. 1 ZPO zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Kayser

Gehrlein

Grupp

Schoppmeyer

Röhl

Vorinstanzen:

LG Limburg a.d. Lahn, Entscheidung vom 24.07.2015 - 2 O 273/10 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 12.04.2017 - 19 U 165/15 -