BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 140/11

Verkündet am:
9. Oktober 2014
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

InsO §§ 69, 71, 92, 149; ZPO § 287

a) Im Hinblick auf die Prüfung von Geldverkehr und -bestand besteht die Pflicht der Mitglieder des Gläubigerausschusses darin, eine mit der Prüfung zu betrauende Person sorgfältig auszuwählen und zu überwachen.

b) In welchen zeitlichen Abständen der Gläubigerausschuss Geldverkehr und -bestand des Insolvenzverwalters prüfen muss, ist eine tatrichterlicher Würdigung unterliegende Frage der Umstände des jeweiligen Einzelfalls; erforderlich ist jedenfalls der unverzügliche Beginn der Prüfung nach Übernahme des Amts.

c) Geldverkehr und -bestand sind so zu prüfen, dass eine zuverlässige Beurteilung des Verwalterhandelns möglich ist.

d) Hat die Gläubigerversammlung die Hinterlegungs- und Betriebskonten bestimmt, die der Verwalter zu führen hat, darf dieser hiervon nicht abweichen; der Gläubigerausschuss darf eine Abweichung nicht dulden.

e) Grundsätzlich streitet ein Anscheinsbeweis dafür, dass es ein Insolvenzverwalter bei sorgfältiger Überwachung nicht wagt, sich durch strafbare Handlungen an den ihm anvertrauten Werten zu vergreifen (Festhaltung an BGH, Urteil vom 11. Dezember 1967 - VII ZR 139/65, BGHZ 49, 121, 123 f; vom 11. November 1993 - IX ZR 35/93, BGHZ 124, 86, 94, 98).

f) § 71 InsO schützt nur Insolvenzgläubiger und Absonderungsberechtigte, nicht dagegen Massegläubiger und Aussonderungsberechtigte; für Absonderungsberechtigte hat der Insolvenzverwalter nur insoweit eine Einziehungs- und Prozessführungsbefugnis, als es um in die Insolvenzmasse fallende Übererlöse und Kostenpauschalen geht.

g) Erwirkt der Insolvenzverwalter in Ausübung seiner Einziehungs- und Prozessführungsbefugnis aus § 92 InsO eine Schadensersatzleistung nach § 71 InsO, darf diese nur zur Befriedigung der anspruchsberechtigten absonderungsberechtigten Gläubiger und Insolvenzgläubiger verwandt werden. Die Kosten der Einziehung sind vor der Verteilung abzuziehen.

BGH, Urteil vom 9. Oktober 2014 - IX ZR 140/11 - OLG Celle
LG Hannover

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juni 2014 durch die Richter Vill, Prof. Dr. Gehrlein, die Richterin Lohmann, den Richter Dr. Pape und die Richterin Möhring

für Recht erkannt:

> Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 7. September 2011 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist.
>
> 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 Kläger ist Verwalter in dem auf Antrag vom 13. August 1999 noch am selben Tag eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der M. AG, in dem er mit Beschluss vom 30. Juni 2005 bestellt wurde. Zugleich entließ das Insolvenzgericht den bisherigen Verwalter (nachfolgend: untreuer Verwalter) aus dem Amt. Dieser hatte aus der Masse Gelder in Millionenhöhe veruntreut. Er wurde unter anderem wegen dieser Veruntreuungen rechtskräftig zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt. Der Kläger nimmt die Beklag-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

ten als Mitglieder des Gläubigerausschusses oder als deren Rechtsnachfolger auf Ersatz des durch die Veruntreuungen entstandenen Schadens in Anspruch, den er auf rund 6,7 Millionen Euro beziffert. Außerdem begehrt er die Feststellung ihrer Ersatzpflicht für weitere Schäden.

2 Zu Mitgliedern eines vom Insolvenzgericht vor der ersten Gläubigerversammlung bestellten Gläubigerausschusses ernannte das Gericht den Rechtsvorgänger der Beklagten zu 1 und die Beklagten zu 3 und 4. In der Sitzung dieses Ausschusses vom 23. August 1999 wurde der Beklagte zu 3 mit der Kassenprüfung betraut. Die erste Gläubigerversammlung vom 28. September 1999 wählte zusätzlich zu den bisherigen Mitgliedern den Beklagten zu 2 und die Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 5 in den Gläubigerausschuss. Ferner beschloss die Gläubigerversammlung, dass ein von dem untreuen Verwalter eingerichtetes Hinterlegungskonto sowie aus verfahrenstechnischen Gründen eröffnete Betriebskonten weitergeführt werden sollten. Der untreue Verwalter wurde ermächtigt, über das Hinterlegungskonto und die Betriebskonten allein zu verfügen. Eine erste Kassenprüfung nach § 69 InsO erfolgte am 1. November 2000. Beanstandungen ergaben sich keine. Unregelmäßigkeiten hatte es zu diesem Zeitpunkt noch nicht gegeben.

3 Gut zwei Wochen nach der ersten Kassenprüfung begann der untreue Verwalter Gelder von dem Hinterlegungskonto auf von ihm eingerichtete Konten bei anderen Banken zu verschieben, die (auch) nicht zu den Betriebskonten gehörten, deren Weiterführung die Gläubigerversammlung beschlossen hatte. Die erste Überweisung über 6 Millionen DM erfolgte am 16. November 2000. Weitere Abflüsse vom Hinterlegungskonto waren am 13. Dezember 2000 (5,5 Millionen DM), 16. März 2001 (1,1 Millionen DM), 20. April 2001 (1,1 Millionen DM), 29. August 2001 (1,6 Millionen DM), 23. November 2001 (220.000 DM)

und am 28. Oktober 2002 (100.000 €) zu verzeichnen. Ein Teil dieser Gelder in Höhe von 1.790.787,20 DM wurde dem Hinterlegungskonto später wieder zugeführt, der wesentliche Teil floss jedoch in eine von dem untreuen Verwalter zusammen mit Mitgliedern seiner Familie in den 1990er Jahren gegründete Beteiligungsgesellschaft und ging für die Masse verloren. Dies deckten die weiteren, von dem Beklagten zu 3 am 29. März 2001, 15. August 2002, 5. Juni 2003, 1. Juni 2004 und am 31. März 2005 durchgeführten Kassenprüfungen nicht auf; erst infolge einer Selbstanzeige des untreuen Verwalters bei der Staatsanwaltschaft im Juni 2005 wurden die Vorgänge offenbar. Infolge eines Vergleichs mit einer Bank erhielt der Kläger auf den Schaden 500.000 €. Noch vor der Bestellung des Klägers zum Insolvenzverwalter waren von einer anderen Bank insgesamt 1.383.000 € auf das Hinterlegungskonto geflossen.

4 Der Kläger wirft den Mitgliedern des Gläubigerausschusses vor, mit den Kassenprüfungen nicht rechtzeitig begonnen und diese sodann weder häufig noch sorgfältig genug durchgeführt zu haben. Er macht einen Schaden geltend, den er vornehmlich darauf stützt, ordnungsgemäß durchgeführte Prüfungen hätten den untreuen Verwalter von den Veruntreuungen abgehalten. Unter Anrechnung der vorgenannten Rück- und Zuflüsse verlangt er deshalb Ersatz aller der Masse entzogenen Gelder (= 5.236.635,04 €) nebst entgangenen, auf dem Hinterlegungskonto zu erwirtschaftenden Anlagezinsen, diese berechnet ab dem Zeitpunkt des jeweiligen Abflusses vom Hinterlegungskonto (= 1.437.993,82 € bis zum 17. Dezember 2008). Hilfsweise ist der Kläger der Auffassung, die Veruntreuungen hätten durch die vorzunehmenden Kassenprüfungen aufgedeckt und so der Schadenseintritt jedenfalls teilweise abgewendet werden müssen.

5 Das Landgericht hat der Klage teilweise in Höhe von rund 1,2 Millionen Euro stattgegeben. Die Berufungen des Klägers und der Beklagten sind ohne Erfolg geblieben. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein restliches Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist, und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Das Berufungsgericht meint, dem Kläger stehe ein Schadensersatzanspruch aus § 71 InsO zu. Hierzu hat es Folgendes ausgeführt:

8 Die Mitglieder des Gläubigerausschusses hätten sich eine beziehungsweise mehrere Pflichtverletzungen zuschulden kommen lassen. Die Pflichtwidrigkeiten des Beklagten zu 3 als gewähltem Kassenprüfer seien den übrigen Mitgliedern zuzurechnen. Die vom Beklagten zu 3 durchzuführenden Kassenprüfungen seien nicht in dem gebotenen Abstand von drei Monaten, sondern in zu großen Intervallen durchgeführt worden. Damit sei die erforderliche Dichte der Kassenprüfungen nicht gegeben.

9 Die Pflichtverletzungen seien allerdings nicht in vollem Umfang kausal für den eingetretenen Schaden geworden. Grundsätzlich sei nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass es ein Vermögensverwalter bei sorgfältiger Überwachung nicht wage, sich durch strafbare Handlungen an den ihm anvertrauten Werten zu vergreifen; dies stelle einen Anscheinsbeweis dar, den die Beklagten nicht erschüttert hätten. Der Anscheinsbeweis gelte indes nicht für solche Untreuehandlungen, die erstmals nach einer Kassenprüfung stattgefunden hätten, selbst wenn diese Prüfung bei ordnungsgemäßer Vorgehensweise viel früher hätte stattfinden müssen und zu diesem Zeitpunkt schon die fünfte Kassenprüfung geboten gewesen wäre.

10 Die Veruntreuungen hätten anlässlich der nächsten nach der Überweisung vom 20. April 2001 gebotenen Kassenprüfung aufgedeckt werden müssen. Es hätte auffallen müssen, dass diese Überweisung von 1,1 Millionen DM auf ein bis dahin unbekanntes Kontokorrentkonto erfolgt sei. Dies hätte für den Kassenprüfer Anlass geben müssen, nachzufassen. Dann wären bei der gebotenen Sorgfalt die unberechtigten Abflüsse von diesem Konto und die weiteren Verbindungen aufgefallen.

11 Ein Schaden sei nur in dem aus dem Tenor des landgerichtlichen Urteils ersichtlichen Umfang entstanden. Zutreffend sei das Landgericht davon ausgegangen, dass selbst bei Aufdeckung der Veruntreuungen im Sommer 2001 der bis dahin entstandene Schaden nicht hätte behoben werden können. Der untreue Verwalter sei nicht mehr in der Lage gewesen, die erfolgten Abhebungen vom Hinterlegungskonto aus eigenen Mitteln auszugleichen. Hinsichtlich der Überweisung vom 20. April 2001 in Höhe von 1,1 Millionen DM sei anzumerken, dass es insoweit eine Rückzahlung auf das Hinterlegungskonto in einer diesen

Betrag übersteigenden Höhe von 1,79 Millionen DM gegeben habe. Hier müsse eine Verrechnung erfolgen. Auch die Abflüsse vom Hinterlegungskonto vom 23. November 2001 (220.000 DM) und vom 28. Oktober 2002 (100.000 €) seien mit Rückflüssen zu verrechnen. Es verbleibe ein Schaden in dem vom Landgericht festgestellten Umfang von 1.165.548,38 €.

II.

12 Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung hätte der vom Kläger geltend gemachte weitergehende Schadensersatzanspruch aus § 71 InsO nicht verneint werden dürfen.

13 1. Mit Recht hat das Berufungsgericht allerdings alle Beklagten für die richtigen Klagegegner gehalten. Entgegen der Ansicht des Prozessbevollmächtigten (auch) der Revisionsbeklagten zu 5 kommt es nicht darauf an, ob deren Rechtsvorgängerin als Mitglied des Gläubigerausschusses in Ausübung eines ihr anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt hat. Eine befreiende Haftungsübernahme durch den Staat beziehungsweise die entsprechende Anstellungskörperschaft gemäß Art. 34 Satz 1 GG würde sich allenfalls auf einen Anspruch aus § 839 Abs. 1 BGB und die von diesem verdrängten deliktischen Haftungstatbestände beziehen. Eine Haftung, die nicht durch § 839 BGB verdrängt wird, besteht fort (vgl. Staudinger/Wöstmann, BGB, 2012, § 839 Rn. 34 ff; Palandt/Sprau, BGB, 73. Aufl., § 839 Rn. 16).

14 Hier geht es um den Anspruch aus § 71 InsO und damit um eine Haftung aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis (vgl. BGH, Urteil vom 11. November

1993 - IX ZR 35/93, BGHZ 124, 86, 96), die gegebenenfalls neben die deliktische Haftung tritt (vgl. Kübler in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 71 Rn. 21; MünchKomm-InsO/Schmid-Burgk, 3. Aufl., § 71 Rn. 21; Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 71 Rn. 21; Pape in Pape/Uhländer, InsO, § 71 Rn. 2). Maßgeblich für die Haftung aus § 71 InsO ist, wer Mitglied des Gläubigerausschusses geworden ist. Dies war nach den von den Beklagten schon in der Berufungsinstanz nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts die Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 5 persönlich.

15 2. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben mehrfach, auf unterschiedliche Art und Weise und schuldhaft gegen die in § 69 InsO geregelten Überwachungspflichten verstoßen. Dies hat das Berufungsgericht nur teilweise erkannt.

16 a) Der Gläubigerausschuss ist ein selbständiges gesetzliches Organ im Insolvenzverfahren. Durch ihn sollen der ständige Einfluss der beteiligten Gläubiger auf den Ablauf des Insolvenzverfahrens sichergestellt und so deren Interessen zur Geltung gebracht werden (BGH, Beschluss vom 1. März 2007 - IX ZB 47/06, ZInsO 2007, 444 Rn. 15). Hierzu erlegt § 69 Satz 1 InsO den Mitgliedern des Gläubigerausschusses die Pflicht auf, den Insolvenzverwalter bei seiner Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen. Einzelne Pflichten regelt § 69 Satz 2 InsO. Danach haben sich die Ausschussmitglieder über den Gang der Geschäfte zu unterrichten sowie die Bücher und Geschäftspapiere einsehen und den Geldverkehr und -bestand prüfen zu lassen. Ein Verstoß gegen diese Pflichten kann einen Schadensersatzanspruch aus § 71 InsO begründen.

17 Die § 69 InsO zu entnehmenden Pflichten treffen nicht den Gläubigerausschuss als solchen, sondern die einzelnen Ausschussmitglieder (BGH, Beschluss vom 1. März 2007, aaO Rn. 11; vom 29. November 2007 - IX ZB 231/06, ZInsO 2008, 105 Rn. 6). Bei der Haftung aus § 71 InsO handelt es sich um eine individuelle Haftung, die deshalb regelmäßig eine eigene Pflichtverletzung des jeweiligen Ausschussmitglieds voraussetzt.

18 b) Besondere Bedeutung für die Überwachung der Geschäftsführung des Insolvenzverwalters kommt der Prüfung von Geldverkehr und -bestand gemäß § 69 Satz 2 InsO zu. Was die Mitglieder des Gläubigerausschusses insoweit zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Pflichten unternehmen müssen, ist höchstrichterlich bislang ungeklärt. Es gelten die nachfolgenden Grundsätze:

19 aa) Dem Wortlaut der Vorschrift ("prüfen zu lassen") ist eindeutig zu entnehmen, dass die Mitglieder des Gläubigerausschusses die Prüfung von Geldverkehr und -bestand nicht selbst vornehmen müssen. Nicht derart eindeutig ergibt sich aus dem Wortlaut, welche Pflichten die Ausschussmitglieder insoweit treffen. Denkbar ist zum einen, dass sie selbst zur Prüfung von Geldverkehr und -bestand verpflichtet und lediglich berechtigt sind, mit der Erfüllung dieser Pflicht einen Dritten zu betrauen (so wohl MünchKomm-InsO/Schmid-Burgk, 3. Aufl., § 69 Rn. 18; Schmidt/Jungmann, InsO, 18. Aufl., § 69 Rn. 21 ff; wohl auch Ganter in Festschrift Fischer, 2008, S. 121, 133). Die Pflicht der Ausschussmitglieder kann sich aber auch darauf beschränken, eine mit der Prüfung zu betrauende Person sorgfältig auszuwählen und diese zu überwachen (vgl. Pape in Pape/Uhländer, InsO, § 69 Rn. 10).

20 Richtig ist Letzteres. Es besteht keine originäre Pflicht der Ausschussmitglieder, die Prüfung von Geldverkehr und -bestand selbst vorzunehmen.

Dies steht ihnen frei. Verpflichtet sind sie hierzu nicht. Die mit der Prüfung betraute Person wird daher nicht in Erfüllung einer Pflicht der (übrigen) Mitglieder des Gläubigerausschusses tätig; eine Zurechnung fremden Verschuldens nach § 278 BGB kommt nicht in Betracht (HmbKomm-InsO/Frind, 4. Aufl., § 71 Rn. 4; FK-InsO/Schmitt, 7. Aufl., § 71 Rn. 6; aA MünchKomm-InsO/Schmid-Burgk, aaO § 71 Rn. 16; Schmidt/Jungmann, InsO, aaO § 71 Rn. 15 f; Kübler in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 71 Rn. 15 f; Ganter in Festschrift Fischer, aaO S. 132 ff). Allerdings müssen sich die Mitglieder des Gläubigerausschusses um die Durchführung der Prüfungen sowie um deren Ergebnis kümmern (RGZ 150, 286, 287; zu § 88 Abs. 2 KO). Daher obliegt es ihnen zunächst, unverzüglich und sorgfältig die Person auszuwählen, welche die Prüfungen vornehmen soll. Sodann haben die Ausschussmitglieder sicherzustellen, dass die Person die Prüfungen in zeitlicher Hinsicht ordnungsgemäß durchführt (vgl. Pape in Pape/Uhländer, aaO). Über die Ergebnisse der Prüfungen haben sie sich unterrichten zu lassen und sich zu vergewissern, dass die Prüfungen den an derartige Kontrollen zu stellenden Anforderungen entsprechen (BGH, Urteil vom 27. April 1978 - VII ZR 31/76, BGHZ 71, 253, 256 f; zu § 88 KO). Dies folgt aus der Gesetzgebungsgeschichte und dem in den Gesetzesbegründungen zutage getretenen Willen des Gesetzgebers. Der eingeschränkte Pflichtenkreis der Mitglieder des Gläubigerausschusses führt zudem zu einer sachgerechten Begrenzung ihres Haftungsrisikos.

21 (1) Vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung verpflichtete § 88 Abs. 2 Satz 2 KO den Gläubigerausschuss dazu, "die Untersuchung der Kasse des Verwalters wenigstens einmal in jedem Monat durch ein Mitglied vornehmen zu lassen". Das Mitglied war entsprechend zu beauftragen und der Hinterlegungsstelle namhaft zu machen (Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. Aufl., § 88 Rn. 2 a). Die übrigen Mitglieder des Gläubigerausschusses waren lediglich verpflichtet, sich

um die Vornahme der Prüfung und deren Ergebnis zu kümmern (Kilger/ Schmidt, KO, 17. Aufl., § 88 unter Ziff. 2; Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl., § 88 Rn. 4; Kuhn/Uhlenbruck, aaO). Über dieses hatten sich die Ausschussmitglieder zu unterrichten. Ferner hatten sie sich zu vergewissern, dass die erfolgte Prüfung den an eine derartige Prüfung zu stellenden Anforderungen entsprach (BGH, Urteil vom 27. April 1978, aaO; Kilger/Schmidt, aaO, § 89 unter Ziff. 1; Jaeger/Weber, aaO § 88 Rn. 4; Kuhn/Uhlenbruck, aaO). Anknüpfungspunkt für eine Haftung der übrigen, nicht mit der Kassenprüfung betrauten Mitglieder des Gläubigerausschusses war demnach stets die Verletzung eigener Pflichten (RGZ 150, aaO; BGH, Urteil vom 27. April 1978, aaO). Wird aber das mit der Kassenprüfung befasste Ausschussmitglied nicht (auch) in Erfüllung einer den übrigen Mitgliedern obliegenden Pflicht tätig, scheidet eine Zurechnung seines Verschuldens gemäß § 278 BGB von vornherein aus.

22 Die Vorschrift des § 88 Abs. 2 Satz 2 KO und die zu ihr ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung standen zum Ende ihrer Anwendungszeit in der Kritik. Angesichts der Entwicklung des modernen Rechnungswesens wurde bezweifelt, ob die bisherigen Grundsätze noch uneingeschränkt Geltung beanspruchen könnten. Vor allem im Konkurs von Großunternehmen sei eine ordnungsgemäße Überwachung im hergebrachten Sinne nicht mehr möglich, wenn nicht ein oder mehrere Mitglieder des Gläubigerausschusses dauernd abgestellt werden sollten, um Kontrollen durchzuführen. Im Einzelfall könne es sogar gerechtfertigt sein, auf Kosten der Masse einen Wirtschaftsprüfer oder ein Wirtschaftsprüferunternehmen mit einzelnen Prüfungstätigkeiten zu beauftragen (Kuhn/Uhlenbruck, aaO Rn. 2 b mwN).

23 (2) Mit § 69 Satz 2 InsO hat der Gesetzgeber sowohl an die Vorschrift des § 88 Abs. 2 Satz 2 KO als auch an die insoweit geäußerte Kritik ange-

knüpft. Nach § 80 Abs. 3 des Regierungsentwurfs sollte der Gläubigerausschuss verpflichtet sein, wenigstens einmal in jedem Vierteljahr die Kasse des Verwalters prüfen zu lassen (BT-Drucks. 12/2443 S. 21). Die Pflicht zur Kassenprüfung sollte damit flexibler gestaltet werden: Die Prüfung brauche nicht mehr einmal in jedem Monat, sondern nur einmal in jedem Vierteljahr vorgenommen zu werden, und sie brauche nicht durch ein Mitglied des Gläubigerausschusses persönlich zu erfolgen, sondern könne einem sachverständigen Dritten übertragen werden. Praktische Schwierigkeiten, die bei der Handhabung der konkursrechtlichen Bestimmung aufgetreten seien, sollten damit für die Zukunft vermieden werden (BT-Drucks. 12/2443 S. 132). Eine Erweiterung der Pflichten der Mitglieder des Gläubigerausschusses sollte damit nicht verbunden sein; vielmehr sollten die Ausschussmitglieder bei der Erfüllung ihrer in enger Anlehnung an die Vorgängervorschrift des § 88 KO geregelten Pflichten (vgl. BT-Drucks. 12/2442, aaO) sogar freier gestellt werden. Nach wie vor haben also die Mitglieder des Gläubigerausschusses die Kasse des Insolvenzverwalters nicht selbst zu prüfen, sondern lediglich prüfen zu lassen. Der Gesetzgeber hat erkannt, dass die Entwicklung hin zu einem modernen Rechnungswesen das unter der Geltung der Konkursordnung mit der Kassenprüfung zu betrauende Ausschussmitglied insbesondere in der Insolvenz größerer Unternehmen überfordern kann. Er hat deshalb vorgesehen, dass auch ein sachverständiger Dritter eingeschaltet werden kann. Mit diesem Regelungsziel stünde es in Widerspruch anzunehmen, der Gesetzgeber habe nunmehr alle Mitglieder des Gläubigerausschusses originär selbst zur Vornahme der Kassenprüfung verpflichten wollen.

24 Die im Regierungsentwurf vorgesehene Regelung findet sich im Wesentlichen in § 69 Satz 2 InsO. Im weiteren Gesetzgebungsverfahren ist nur noch die Frist von einem Vierteljahr gestrichen worden, um eine dem Einzelfall ange-

passte Handhabung zu ermöglichen (BT-Drucks. 12/7302 S. 163). Die Anknüpfung an Geldverkehr und -bestand statt an die Kasse des Verwalters berücksichtigt - ohne Einfluss auf die Pflichten der Ausschussmitglieder - den modernen Zahlungsverkehr. Es ist daher an die zu § 88 Abs. 2 Satz 2 KO ergangene Rechtsprechung anzuknüpfen, welche stets auf eine eigene Pflichtverletzung der übrigen Mitglieder des Gläubigerausschusses abgestellt und nicht etwa die Pflichtverletzung des mit der Kassenprüfung betrauten Ausschussmitglieds zugerechnet hat (RGZ 150, aaO; BGH, Urteil vom 27. April 1978, aaO). Etwas anderes kann auch dann nicht gelten, wenn von der nach § 69 Satz 2 InsO bestehenden Möglichkeit, einen Dritten zu beauftragen, Gebrauch gemacht wird. Mit Blick auf die Pflichten der Ausschussmitglieder kann es keinen Unterschied bedeuten, ob diese ein Mitglied oder einen externen Dritten mit der Prüfung beauftragen. Wird ein Mitglied betraut, so haftet dieses für Fehler bei der Kassenprüfung ebenso nach § 71 InsO, wie die übrigen Mitglieder für ein etwaiges Auswahl- und Überwachungsverschulden.

25 (3) Die Beschränkung der Pflichten der nicht mit der Prüfung von Geldverkehr und -bestand betrauten Mitglieder des Gläubigerausschusses ist sachgerecht. Eine effektive Kontrolle des Insolvenzverwalters liegt im Interesse der Gläubiger. Die Aufsichtspflicht des Insolvenzgerichts vermag diesem Interesse nicht vollständig gerecht zu werden; sie ist keine permanente oder vorbeugende Pflicht, und oft wird das Insolvenzgericht praktisch nicht mehr leisten können, als die Rechtmäßigkeit des Verfahrens zu überwachen (Ganter in Festschrift Fischer, 2008, S. 121; vgl. auch Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 58 Rn. 5; Hmb-Komm-InsO/Frind, 4. Aufl., § 71 Rn. 2). Vor diesem Hintergrund ist eine weitergehende Kontrolle des Verwalterhandelns durch den Gläubigerausschuss geboten. Die Mitgliedschaft im Ausschuss darf allerdings nicht mit übermäßigen Risiken behaftet sein, um die Bereitschaft zur Übernahme eines solchen Amtes

nicht zu beeinträchtigen. Ein übermäßiges Haftungsrisiko wäre die Zurechnung des Verschuldens des mit der Kassenprüfung betrauten Ausschussmitgliedes oder Dritten. Die Haftung gemäß § 71 InsO soll die Ausschussmitglieder zur sorgfältigen Pflichterfüllung anhalten, nicht aber zum "Ausfallbürgen" für ungetreue Insolvenzverwalter machen (Ganter in Festschrift Fischer, aaO S. 122).

26 bb) In welchen zeitlichen Abständen Geldverkehr und -bestand durch die damit betraute Person zu prüfen sind, ist eine Frage der Umstände des jeweiligen Einzelfalls (vgl. MünchKomm-InsO/Schmid-Burgk, 3. Aufl., § 69 Rn. 18; Pape in Pape/Uhländer, InsO, § 69 Rn. 15; Kübler in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2012, § 69 Rn. 26; Graf-Schlicker/Pöhlmann/Kubusch, 4. Aufl., § 69 Rn. 16; Schmidt/Jungmann, InsO, 18. Aufl., § 69 Rn. 23; Ganter in Festschrift Fischer, aaO S. 125; Gundlach/Frenzel/Jahn, ZInsO 2009, 1095, 1098), deren Würdigung dem Tatrichter obliegt. Grundsätzlich muss die Überwachung des Insolvenzverwalters während der gesamten Dauer des Insolvenzverfahrens gewährleistet sein. In jedem Verfahren ist deshalb mit der Prüfung unverzüglich zu beginnen (vgl. Kübler in Kübler/Prütting/Bork, aaO § 69 Rn. 28; Pape/Uhländer, aaO § 69 Rn. 14; Schmidt/Jungmann, aaO § 69 Rn. 23; Lind in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 2. Aufl., § 69 Rn. 6). Im weiteren Verlauf des Verfahrens können etwa dessen Stand, die Anzahl der Kontobewegungen oder der Umstand einer Betriebsfortführung von Einfluss auf die Länge der Prüfungsintervalle sein (vgl. Ganter in Festschrift Fischer, aaO; Gundlach/Frenzel/Jahn, ZInsO 2009, 902, 905). Treten Ungereimtheiten auf, sind die Prüfungsabstände zu verkürzen (Pape in Pape/Uhländer, InsO, § 69 Rn. 16). Stets ist im Blick zu behalten, dass die Prüfung von Geldverkehr und -bestand auch die Veruntreuung von Massegeldern verhindern soll und eine solche unabhängig von den genannten Umständen jederzeit verübt werden kann (Gundlach/Frenzel/Jahn, ZInsO 2009, 1095, 1098).

27 cc) Am Zweck der Prüfungspflicht hat sich auch die Prüfungsintensität zu orientieren. Die von § 69 InsO geforderte Überwachung des Insolvenzverwalters ist grundsätzlich nur dann gewährleistet, wenn Geldverkehr und -bestand so geprüft werden, dass eine zuverlässige Beurteilung des Verwalterhandelns möglich ist. Dies kann es erforderlich machen, alle Kontenbewegungen mit den dahinter stehenden Geschäftsvorfällen durch Einsicht in die entsprechenden Belege nachzuvollziehen (MünchKomm-InsO/Schmid/Burgk, aaO § 69 Rn. 18; Pape in Pape/Uhländer, aaO § 69 Rn. 14 ff; Ganter in Festschrift Fischer, aaO S. 124 ff). Insbesondere dann, wenn es sich bei den Belegen um Eigenbelege des Verwalters handelt, gebietet es die Überwachungspflicht, sich durch geeignete Maßnahmen von der inhaltlichen Richtigkeit der Belege zu überzeugen (HmbKomm-InsO/Frind, 4. Aufl., § 69 Rn. 4). Die mit der Kassenprüfung betraute Person darf sich nicht allein auf die Angaben des Verwalters verlassen (BGH, Urteil vom 27. April 1978 - VII ZR 31/76, BGHZ 71, 253, 256; Graf-Schlicker/Pöhlmann/Kubusch, aaO § 69 Rn. 12; Kübler in Kübler/Prütting/Bork, aaO § 69 Rn. 18). Begegnet die Belegführung Zweifeln - etwa weil der Verwalter nur Eigenbelege vorlegt oder die angelegten Gelder aufgrund unklarer Bezeichnungen des Kontos nicht eindeutig dem jeweiligen Insolvenzverfahren zuzuordnen sind - oder hat der Verwalter Gelder auf Konten transferiert, die nicht als Hinterlegungsstelle bestimmt sind, haben die Ausschussmitglieder sofortige Nachforschungen anzustellen und eine vollständige Überprüfung des Geldverkehrs vorzunehmen oder vornehmen zu lassen (vgl. OLG Celle, ZInsO 2010, 1233, 1237; Kübler in Kübler/Prütting/Bork, aaO § 69 Rn. 28). Hierzu werden in Zweifelsfällen auch die Konten einzusehen und bei dem Geldinstitut nach dem Vorhandensein der dort angeblich angelegten Gelder zu forschen sein. Verschiebt der Verwalter Beträge auf Poolkonten, auf denen eine Zuordnung zum einzelnen Verfahren und eine gesonderte Kontenführung für jedes Verfahren nicht

mehr gewährleistet ist, müssen die Ausschussmitglieder unverzüglich einschreiten (vgl. BGH, Beschluss vom 21. März 2013 - IX ZR 109/10, ZInsO 2013, 986 Rn. 3).

28 Einschränkungen der grundsätzlich geschuldeten Prüfungsintensität können sich aus den Umständen des Einzelfalls ergeben. Eine lückenlose Überwachung muss zumutbar sein, was - wenn keine besonderen Verdachtsmomente eingreifen - bei einem außergewöhnlich hohen Belegaufkommen zweifelhaft erscheinen kann. Wegen der Möglichkeit, mit der Prüfung von Geldverkehr und -bestand einen sachverständigen Dritten zu betrauen, muss hier jedoch ein strenger Maßstab angelegt werden (vgl. Pape in Pape/Uhländer, aaO § 69 Rn. 15; Ganter in Festschrift Fischer, aaO S. 126).

29 dd) Auf einen festgestellten Verstoß haben alle Mitglieder des Gläubigerausschusses unverzüglich und angemessen zu reagieren, nicht etwa nur der mit der Kassenprüfung betraute Dritte. Dessen Aufgabe ist es, den Ausschussmitgliedern das erforderliche Wissen zu vermitteln. Handelt es sich um einen geringfügigen Verstoß, der das Vertrauen in den Verwalter unzweifelhaft nicht insgesamt in Frage stellt, reicht es aus, den Verstoß zu rügen und (erforderlichenfalls) Abhilfe zu fordern. An das Insolvenzgericht muss ein solcher Verstoß nur berichtet werden, wenn die Abhilfe nicht kurzfristig erfolgt (vgl. BGH, Beschluss vom 21. März 2013, aaO). Nicht nur geringfügige Verstöße sind regelmäßig sogleich dem Insolvenzgericht zu melden.

30 c) Den vorstehenden Anforderungen genügte die von dem Beklagten zu 3 als gewähltem Kassenprüfer entfaltete Prüfungstätigkeit nicht. Auch die übrigen Mitglieder des Gläubigerausschusses haben ihre Pflichten verletzt.

31 aa) Die zeitliche Ausgestaltung der durch den Beklagten zu 3 vorgenommenen Kassenprüfungen war pflichtwidrig. Dies hat das Berufungsgericht mit Recht erkannt. Die erste Prüfung erfolgte ohne ersichtlichen Grund erst über ein Jahr nach der Wahl zum Kassenprüfer und damit nicht unverzüglich. Trotz des späten Zeitpunkts der ersten Prüfung erfasste diese nicht einmal den gesamten zurückliegenden Zeitraum. Geldverkehr und -bestand während der letzten vier Monate vor der Prüfung blieben weiterhin unbeachtet. Die weiteren Prüfungen fanden in Abständen zwischen knapp fünf und gut 16 Monaten statt. Dies entsprach nicht dem vom Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise als notwendig festgestellten Prüfungsintervall von drei Monaten. Darin liegt zugleich eine Pflichtverletzung der übrigen Mitglieder des Gläubigerausschusses. Sie hätten sich versichern müssen, dass der Beklagte zu 3 die Kassenprüfungen in zeitlicher Hinsicht ordnungsgemäß durchführte. Nötigenfalls hätten sie den Beklagten zu 3 von seiner Aufgabe entbinden und eine andere Person mit der Prüfung betrauen müssen.

32 bb) Anlässlich der zweiten Kassenprüfung vom 29. März 2001 stellte der Beklagte zu 3 fest, dass sich 11,5 Millionen DM auf einem Konto befanden, bei dem es sich weder um das Hinterlegungskonto noch um eines der Betriebskonten handelte, deren Weiterführung die erste Gläubigerversammlung beschlossen hatte. Diesem Verstoß gegen § 149 Abs. 1 Satz 1 InsO hätten der Beklagte zu 3 und die übrigen Mitglieder des Gläubigerausschusses unverzüglich und angemessen begegnen müssen (vgl. BGH, Beschluss vom 21. März 2013, aaO). Dass sie dies unterlassen haben, stellt einen weiteren Pflichtverstoß dar und kann nicht etwa als schlüssige Bestimmung eines anderen Hinterlegungskontos gebilligt werden. Hierzu waren die Mitglieder des Gläubigerausschusses nicht berechtigt, nachdem die Gläubigerversammlung von ihrem aus § 149 Abs. 3 InsO aF (= § 149 Abs. 2 InsO) folgenden originären Bestimmungsrecht

Gebrauch gemacht hatte (vgl. MünchKomm-InsO/Füchsl/Weishäupl/Jaffé, 3. Aufl., § 149 Rn. 10; Lind in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 2. Aufl., § 149 Rn. 11 f).

33 cc) Die dritte Kassenprüfung vom 15. August 2002 erfolgte offenkundig nicht mit der gebotenen Sorgfalt. Das entsprechende Protokoll weist ein Festgeldguthaben in Höhe von über 6,5 Millionen Euro bei der Bank aus, obwohl das Guthaben nicht mehr bestand. Bereits im Juni 2001 war mit dem Festgeldguthaben ein zu verfahrensfremden Zwecken aufgenommener Kontokorrentkredit in Höhe knapp 10 Millionen DM getilgt worden. Von dem Restguthaben in Höhe von 1,79 Millionen DM hatte der untreue Verwalter im August 2001 1,6 Millionen DM über ein Schweizer Bankkonto "auf die Seite gebracht". Dies hätte dem Beklagten zu 3 bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften, mit der Prüfung von Geldverkehr und -bestand betrauten Gläubigerausschussmitglieds (vgl. Pape in Pape/Uhländer, InsO, § 71 Rn. 11; Schmidt/Jungmann, InsO, 18. Aufl., § 71 Rn. 12; Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 71 Rn. 8) auffallen müssen.

34 Auch im Blick auf diese Kassenprüfung mussten sich die übrigen Mitglieder des Gläubigerausschusses vergewissern, ob sie den an eine solche Prüfung zu stellenden Anforderungen entsprach. Hierfür konnte es keineswegs genügen, das insoweit gefertigte Protokoll einzusehen. Hinreichende Schlüsse ließen sich aus diesem nicht ziehen. Es spricht einiges dafür, dass die übrigen Ausschussmitglieder den Sorgfaltsverstoß des Beklagten zu 3 hätten erkennen müssen, wenn sie sich ausreichend vergewissert hätten. Ihre Haftung folgt jedenfalls schon aus den übrigen Pflichtverletzungen, für die auch die beklagten Rechtsnachfolger einzustehen haben.

35 3. Mit dem Hauptvorbringen des Klägers ist davon auszugehen, dass ordnungsgemäß durchgeführte Prüfungen den untreuen Verwalter von den Veruntreuungen abgehalten hätten.

36 a) Mit Recht hat das Berufungsgericht erkannt, dass eine Beweiserleichterung für den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden in Form eines Anscheinsbeweises bestehen kann. Nach der Lebenserfahrung ist davon auszugehen, dass ein Vermögensverwalter es bei sorgfältiger Überwachung nicht wagt, sich durch strafbare Handlungen an den ihm anvertrauten Werten zu vergreifen (BGH, Urteil vom 11. Dezember 1967 - VII ZR 139/65, BGHZ 49, 121, 123 f mwN; vom 11. November 1993 - IX ZR 35/93, BGHZ 124, 86, 94, 98; Beschluss vom 21. März 2013 - IX ZR 109/10, ZInsO 2013, 986 Rn. 2 f; Pape in Pape/Uhländer, InsO, § 71 Rn. 13; Ganter in Festschrift Fischer, 2008, S. 121, 130 f; aA wohl Uhlenbruck InsO, aaO § 71 Rn. 14, 16). Eingreifen kann der Anscheinsbeweis demnach dann, wenn den Mitgliedern des Gläubigerausschusses vorgeworfen wird, durch eine mangelhafte Überwachung des Verwalters Veruntreuungen nicht verhindert zu haben. Davon zu unterscheiden ist der Vorwurf, Veruntreuungen von Massegegenständen seien nicht (rechtzeitig) aufgedeckt worden.

37 b) Der Anscheinsbeweis gilt aber nicht uneingeschränkt. Insbesondere vermag nicht jede Verletzung der in § 69 InsO geregelten Überwachungspflichten den Anscheinsbeweis zu begründen. Erforderlich ist vielmehr ein solcher Verstoß, der aus der Sicht des Verwalters die Erwartung gerechtfertigt erscheinen lässt, eine Veruntreuung würde nicht alsbald aufgedeckt. Es reicht aus, dass durch den Verstoß zum Ausdruck gebracht wird, die Mitglieder des Gläubigerausschusses nähmen es mit der Überwachung im Allgemeinen nicht so genau.

38 Der Anscheinsbeweis versagt, wenn der Verwalter in der Erwartung handelt, die Veruntreuung würde auch durch eine den Anforderungen des § 69 InsO genügende Überwachung nicht entdeckt werden können. In diesem Fall hätte es auf die Veruntreuung durch den Verwalter keinen Einfluss, ob die Gläubigerausschussmitglieder ihrer Pflicht zur ordnungsgemäßen Überwachung nachkommen. Der Verwalter ließe sich auch bei Einhaltung der angemessenen Prüfungsintervalle und -intensität nicht von der Veruntreuung der Masse abhalten. Weiterhin kann der Anscheinsbeweis nicht eingreifen, wenn der Verwalter zwar zeitweise nicht ordnungsgemäß überwacht wurde, die Veruntreuung jedoch erst zu einem Zeitpunkt begangen wird, in dem die Überwachung wieder den Anforderungen entsprach (vgl. Ganter in Festschrift Fischer, aaO) und dies auch für die Zukunft zu erwarten war.

39 c) Nach diesen Grundsätzen spricht im Streitfall der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass der untreue Verwalter die Gelder auf dem Hinterlegungskonto unangetastet gelassen hätte, wenn er ordnungsgemäß überwacht worden wäre.

40 Die oben unter 1. c) aa) und bb) aufgeführten Pflichtverstöße rechtfertigten aus der Sicht des untreuen Verwalters die Erwartung, Veruntreuungen würde nicht alsbald aufgedeckt. Dadurch, dass mit der Prüfung von Geldverkehr und -bestand weder unverzüglich begonnen noch die erforderlichen Prüfungsintervalle eingehalten wurden, brachten der Beklagte zu 3 und die übrigen Mitglieder des Gläubigerausschusses zum Ausdruck, dass man es mit der Überwachung des untreuen Verwalters nicht so genau nehme. Zudem bestand die Aussicht, dass die jeweils nächste Prüfung auch nicht rechtzeitig und sorgfältig erfolgen würde und (auch) deshalb Handlungsspielraum für Veruntreuungen

bestehe. Die Erwartung war bereits im Zeitpunkt der ersten Überweisungen vom Hinterlegungskonto über 6 Millionen DM am 16. November 2000, über 5,5 Millionen DM am 13. Dezember 2000 und über 1,1 Millionen DM am 16. März 2001 begründet. Ohne schuldhaftes Zögern hätte mit der Prüfung von Geldverkehr und -bestand spätestens zwei Wochen nach der ersten Gläubigerversammlung vom 28. September 1999, in der die Mitglieder des Gläubigerausschusses in ihrem Amt bestätigt und die weiteren Mitglieder gewählt worden waren, begonnen werden müssen. Zu den vorgenannten Zeitpunkten hätten demnach bei ordnungsgemäßer Überwachung fünf Prüfungen stattgefunden haben müssen. Tatsächlich war nur die Kassenprüfung vom 1. November 2000 erfolgt, die noch nicht einmal die gesamte bis dahin vergangene Zeit erfasste. Schon deshalb kann nicht angenommen werden, dass die Überwachung des untreuen Verwalters nach dem 1. November 2000 (zunächst) den Anforderungen entsprochen habe.

41 Durch die weitere Kassenprüfung vom 29. März 2001 wurde die Erwartung, Veruntreuungen würden nicht alsbald aufgedeckt, noch verstärkt, weil der festgestellte Verstoß gegen § 149 Abs. 1 Satz 1 InsO unbeanstandet blieb. Dem ersten Anschein nach wären deshalb auch die nach diesen unzulänglichen Prüfungen erfolgten Überweisungen vom 20. April 2001 (1,1 Millionen DM), 29. August 2001 (1,6 Millionen DM), 23. November 2001 (220.000 DM) und 28. Oktober 2002 (100.000 €) verhindert worden. Da sämtliche veruntreuten Gelder von dem den Mitgliedern des Gläubigerausschusses bekannten Hinterlegungskonto abgeflossen sind, wären die Vorgänge bei ordnungsgemäßer Überwachung auch erkennbar gewesen. Es kann schließlich auch keine Rede davon sein, dass der untreue Verwalter zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen der Kassenprüfung vom 29. März 2001 und der letzten Überweisung vom 28. Oktober 2002 ordnungsgemäß überwacht worden wäre. Erfolgt war in diesem Zeit-

raum lediglich die sorgfaltswidrige Kassenprüfung vom 15. August 2002, die ein tatsächlich nicht mehr vorhandenes Guthaben in Höhe von über 6,5 Millionen Euro auf einem tatsächlich nicht mehr existenten Konto bescheinigte.

42 d) Der Anscheinsbeweis kann entkräftet werden durch die Darlegung und erforderlichenfalls den Nachweis von Tatsachen, die für ein atypisches Verhalten des untreuen Verwalters im Falle seiner ordnungsgemäßen Überwachung durch die Mitglieder des Gläubigerausschusses sprechen (vgl. BGH, Urteil vom 5. Februar 1987 - I ZR 210/84, BGHZ 100, 31, 34 f; vom 13. März 2008 - IX ZR 136/07, WM 2008, 1560 Rn. 19; vom 10. Mai 2012 - IX ZR 125/10, BGHZ 193, 193 Rn. 36). Dies ist den Beklagten nicht gelungen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts findet ihre Behauptung, der untreue Verwalter sei ohnehin zur Veruntreuung erheblicher Finanzmittel bereit gewesen, im Sachverhalt keine Stütze. Diese tatrichterliche Würdigung ist aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Es ist daher davon auszugehen, dass eine ordnungsgemäße Überwachung des untreuen Verwalters durch die Mitglieder des Gläubigerausschusses alle streitbefangenen Veruntreuungen verhindert hätte.

43 4. Ob auch die übrigen Voraussetzungen des mit dem Hauptvorbringen des Klägers geltend gemachten Schadensersatzanspruchs aus § 71 InsO vorliegen, kann anhand der bisher durch das Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht beurteilt werden.

44 Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 71 InsO sind die Mitglieder des Gläubigerausschusses nur den absonderungsberechtigten Gläubigern und den Insolvenzgläubigern zum Schadensersatz verpflichtet. Die Interessen der übrigen Beteiligten - namentlich des Schuldners und der Massegläubiger - sollen nach dem Willen des Gesetzgebers durch den Pflichtenkreis des Insolvenzver-

walters und die Aufsicht durch das Insolvenzgericht geschützt werden (BT-Drucks. 12/2443 S. 132). Massegläubiger können ihre Ansprüche nicht auf § 71 InsO stützen. Es kann daher offenbleiben, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der (neu bestellte) Insolvenzverwalter nach § 92 InsO auch zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Massegläubiger berechtigt ist (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 - IX ZR 48/03, BGHZ 159, 104, 111 f; Beschluss vom 9. August 2006 - IX ZB 200/05, ZInsO 2006, 936 Rn. 7 f). Soweit Absonderungsrechte beeinträchtigt worden sein sollten und es nicht um in die Insolvenzmasse fallende Übererlöse oder verloren gegangene Kostenpauschalen (§§ 170, 171 InsO) ginge, fehlte dem Kläger im Übrigen die Einziehungs- und Prozessführungsbefugnis (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Juli 2011 - IX ZR 210/10, ZInsO 2011, 1453 Rn. 9 mwN).

45 Über die bereits rechtskräftig zuerkannten Ansprüche hinaus kann die Klage deshalb nur insoweit Erfolg haben, als durch die Veruntreuungen die zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger zur Verfügung stehende Masse vermindert worden ist. Der Schaden besteht in der Differenz zwischen der ohne die Veruntreuungen anzunehmenden (Soll-)Quote und der aufgrund der noch vorhandenen Masse zu erwartenden (Ist-)Quote. Beträge, die auf vorrangig zu befriedigende Gläubiger entfielen, stellen bei der Schadensberechnung nur einen fiktiven Berechnungsposten dar. Entgegen der Ansicht des Klägers werden mithin Massegläubiger nicht reflexartig unter den Schutz des § 71 InsO gestellt. Ersatzfähig nach § 71 InsO ist vielmehr nur die Masseminderung, die sich in einer verminderten Befriedigung der nach § 71 InsO (nur) Anspruchsberechtigten tatsächlich niedergeschlagen hat. Freilich darf die so berechnete Schadensersatzleistung als Sondermasse auch nur zur Befriedigung dieser Anspruchsberechtigten verwendet werden (vgl. HK-InsO/Kayser, 7. Aufl., § 92 Rn. 27; Piekenbrock in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 2. Aufl., § 92 Rn. 21; Schmidt,

aaO Rn. 14; Jaeger/Müller, InsO, § 92 Rn. 5; Bork in Kölner Schrift zur InsO, 3. Aufl., S. 1027; Brinkmann, Die Bedeutung der §§ 92, 93 InsO für den Umfang der Insolvenz- und Sanierungsmasse, 2001, S. 62 f). Die aufgrund der Bildung und Verteilung der Sondermasse verursachten Kosten einschließlich der Kosten der Einziehung der zu verteilenden Beträge sind vorab der Sondermasse zu entnehmen (Bork, aaO S. 1025; Oepen, Massefremde Masse, 1999, Rn. 187; Engels in Pape/Uhländer, InsO, § 92 Rn. 16; Lüke in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2012, § 92 Rn. 24 mwN). Eine Schadensberechnung im vorstehenden Sinne hat das Berufungsgericht nicht vorgenommen. Es fehlt auch an den hierfür erforderlichen Feststellungen.

III.

46 Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

47 1. Unter Berücksichtigung der Ausführungen oben unter II. wird die Frage, ob den Insolvenzgläubigern ein (weitergehender) Schaden entstanden ist, nach dem Hauptvorbringen des Klägers und dem insoweit geltend gemachten Kausalverlauf zu beurteilen sein. Durch sämtliche Abflüsse vom Hinterlegungskonto können die Insolvenzgläubiger daher geschädigt worden sein, ebenso durch der Masse entgangene Anlagezinsen (§ 252 BGB). Verzugszinsen gemäß § 288 Abs. 1 BGB auf die im Klageantrag ausgerechneten Anlagezinsen kann der Kläger allerdings nicht verlangen (§ 289 Satz 1 BGB). Mit Blick auf die Hauptforderung wird zu beachten sein, dass der Kläger für den Zeitraum vom 1. März 2007 bis zum 17. Dezember 2008 sowohl entgangene und im Klagean-

trag ausgerechnete Anlagezinsen geltend macht als auch Verzugszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz. Dieses Verlangen ist offenkundig unbegründet. Der Kläger kann nicht entgangene Anlagezinsen und den gesetzlichen Zinssatz gemäß § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB für ein und denselben Zeitraum verlangen.

48 2. Ein Zurückbehaltungsrecht nach § 255 BGB (analog) steht den Beklagten nicht zu. Nach den Feststellungen des Landgerichts, auf die das Berufungsgericht Bezug genommen hat, machen die Beklagten ein solches mit Blick auf Ansprüche gegen die V. und die C. geltend.

49 a) Keiner Prüfung bedarf allerdings, ob und welche Ansprüche der Geschädigte konkret gegen einen Dritten hat. Es genügt, dass Ansprüche möglicherweise bestehen und ausreichend bestimmt bezeichnet werden (BGH, Urteil vom 30. April 1952 - II ZR 143/51, BGHZ 6, 55, 61; vom 25. Januar 1990 - IX ZR 65/89, NJW-RR 1990, 407, 408). Unabhängig davon, ob die Beklagten die Ansprüche ausreichend bestimmt bezeichnet haben, vermögen diese eine Zug-um-Zug-Verurteilung nicht zu begründen. Es fehlt an der für eine Zurückhaltung erforderlichen Gegenseitigkeit (vgl. BGH, Urteil vom 24. Oktober 1962 - V ZR 1/61, BGHZ 38, 122, 125; vom 6. Oktober 2004 - XII ZR 323/01, NJW-RR 2005, 375, 377). Anspruchsberechtigt nach § 71 InsO sind die absonderungsberechtigten Gläubiger und die Insolvenzgläubiger. Diese sind nicht Inhaber möglicher Forderungen gegen die vorerwähnten Banken; diese Forderungen gehören zur Insolvenzmasse. Sie dienen daher zur Befriedigung aller Gläubiger und damit auch zur Befriedigung der von § 71 InsO nicht geschützten Massegläubiger.

50 b) Im Gegenseitigkeitsverhältnis zu dem Schadensersatzanspruch nach § 71 InsO stehen die Absonderungsrechte und Insolvenzforderungen der anspruchsberechtigten Gläubiger. Insoweit fehlt es indes an dem erforderlichen spezifischen Zusammenhang mit der schädigenden Handlung. Es handelt sich nicht um konkurrierende Ansprüche auf Schadloshaltung, die eine entsprechende Anwendung von § 255 BGB rechtfertigen könnten (vgl. BGH, Urteil vom 15. April 2010 - IX ZR 223/07, NJW 2010, 1961 Rn. 30 mwN). Absonderungsrecht und Insolvenzforderung begründen vielmehr die Anspruchsberechtigung aus § 71 InsO. Durch die Verwirklichung des Absonderungsrechts und die Erfüllung der Insolvenzforderung wird dem jeweiligen Gläubiger nur das zugewandt, was er im Verhältnis zur Masse beanspruchen kann. Ein Verstoß gegen das schadensrechtliche Bereicherungsverbot kann damit nicht verbunden sein.

51 c) Vorliegend könnten allerdings die Insolvenzgläubiger eine ungerechtfertigte Quotenerhöhung erlangen, wenn im Zuge des Insolvenzverfahrens nicht nur die streitgegenständlichen Schadensersatzansprüche realisiert würden, sondern auch (weitere, vom Kläger nicht ohnehin schon angerechnete) Ansprüche gegen die beteiligten Banken, die der Masse aufgrund oder trotz der von dem untreuen Verwalter begangenen Veruntreuungen zustehen. Einen übertragbaren Vermögenswert würde diese Quotenerhöhung nicht darstellen. Sie wäre Teil des untrennbar mit der jeweiligen Insolvenzforderung verbundenen Nebenrechts auf anteilige Befriedigung aus der Insolvenzmasse (§ 399 Fall 1 iVm § 401 Abs. 1 BGB analog).

52 Der Ausgleich einer möglichen ungerechtfertigten Quotenerhöhung ist dadurch sicherzustellen, dass den Beklagten im Urteil vorbehalten wird, ihre Rechte gegen den Insolvenzverwalter nach Erfüllung der Schadensersatzansprüche zu verfolgen. Es besteht eine dem Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG

vergleichbare Interessenlage (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 8. Januar 2001 - II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, 278 f; vom 26. März 2007 - II ZR 310/05, WM 2007, 973 Rn. 14; zu § 64 Abs. 2 GmbHG aF und § 130a Abs. 2 HGB aF). Im Falle verbotswidriger Zahlungen gemäß § 64 Satz 1 GmbHG folgt die mögliche ungerechtfertigte Bereicherung daraus, dass die Masse die vor Verfahrenseröffnung an den Gesellschaftsgläubiger geleistete Zahlung in voller Höhe zurückerhält, der Gläubiger jedoch nicht als Insolvenzgläubiger bei der Verteilung der Masse zu berücksichtigen ist. In Höhe dessen fiktiver Quote können die Insolvenzgläubiger deshalb eine ungerechtfertigte Quotenerhöhung erlangen. Dieses Ergebnis wird dadurch vermieden, dass der zum Ersatz der verbotswidrigen Zahlung verpflichtete Geschäftsführer von dem Insolvenzverwalter die fiktive Quote zurückfordern kann. Dementsprechend wäre der den Beklagten vorliegend gegen den Kläger zustehende Anspruch die Summe etwaig eintretender Quotenerhöhungen. Die den Beklagten haftende Masse speist sich

dabei aus dem, was der Kläger in Verfolgung der fraglichen Ansprüche gegen die beteiligten Banken erzielt, abzüglich der auf vorrangig zu befriedigende Gläubiger entfallenden Beträge.

Vill Gehrlein Lohmann

Pape Möhring

Vorinstanzen:
LG Hannover, Entscheidung vom 16.08.2010 - 20 O 329/08 -
OLG Celle, Entscheidung vom 07.09.2011 - 4 U 152/10 -