

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

KO § 88

Die Kassenprüfungspflicht des Gläubigerausschusses
gem. § 88 Abs. 2 S. 2 KO beschränkt sich nicht auf
die Barbestände, sondern erstreckt sich auch auf
die Konten.

BGH, Urt. v. 11. Dezember 1967 - VII ZR 139/65 - OLG Stuttgart
IG Stuttgart

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 139/65

URTEIL

Verkündet am

11. Dezember 1967
H o r n ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Fritz H [REDACTED] , S [REDACTED]-B [REDACTED] ,
W [REDACTED] Straße 184,
2. des Architekten Rudolf S [REDACTED] , K [REDACTED] , C [REDACTED]
[REDACTED]straße 45,

Beklagten, Berufungskläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Kurt G [REDACTED] , S [REDACTED] , O [REDACTED]-
straße 53, als Konkursverwalter im Konkursverfahren über das
Vermögen

1. der Firma Otto K [REDACTED] OHG, Dachpappenfabrik, M [REDACTED]
Krs. L [REDACTED] , D [REDACTED]straße 12,
2. der Firma R [REDACTED]-Vertriebsgesellschaft Gebr. K [REDACTED] , S [REDACTED]
[REDACTED],
3. des Kaufmanns Otto K [REDACTED] , S [REDACTED]-B [REDACTED] , D [REDACTED]-
[REDACTED]straße 11,
4. des Rudolf K [REDACTED] , S [REDACTED]-B [REDACTED] , L [REDACTED] 48,

zu 3 und 4: persönlich haftende Gesellschafter der Firmen zu
1 und 2,

Kläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 1967 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann sowie der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

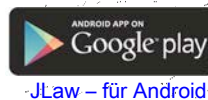
Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom 23. Juli 1965 wird zurückgewiesen, soweit nicht - in Höhe von 15.168,16 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 24. Januar 1963 und von 252,82 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 2. März 1963 - die Hauptsache erledigt ist.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 13./22. November 1956 wurde über das Vermögen der Firmen Otto K. OHG, M. und R.-Vertriebsgesellschaft Gebr. K., S., sowie der persönlich haftenden Gesellschafter Otto und Rudolf K. das Konkursverfahren eröffnet. Zum Konkursverwalter wurde der damalige Rechtsanwalt Ki. bestellt. Die Gläubigerversammlung befreite ihn von der Beschränkung des § 137 KO (Gegenzeichnung des Gläubigerausschusses bei Quittungen über den Eingang von Geldern usw.). Gleichzeitig wählte sie die Beklagten, sowie den in der Revisionsinstanz nicht mehr beteiligten bisherigen Mit-



beklagten Rechtsanwalt Dr. P. [REDACTED] zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses.

Ki. [REDACTED] veruntreute in den Jahren 1959 bis 1962 zur Konkursmasse gehörende Gelder. Nach den Feststellungen des gegen ihn ergangenen Strafurteils handelte es sich um folgende Abhebungen von Konten der Konkursmasse: Am 11. und 29. August 1959 16.000 DM und 15.400 DM von dem Konto [REDACTED] bei der Volksbank F. [REDACTED], am 6. Februar 1961 500 DM von dem Konto [REDACTED] bei der Kreissparkasse K. [REDACTED] und am 27. Juni 1962 3.815,45 DM von dem Postscheckkonto S. [REDACTED]. Ferner verwendete er in der Zeit von August 1959 bis Sommer 1962 14.492,42 DM, die er in bar zur Konkursmasse erhalten hatte, für sich, ohne sie zu verbuchen.

Am 13. Dezember 1962 wurde Ki. [REDACTED] als Konkursverwalter entlassen und am 19. Dezember 1962 der Kläger als neuer Konkursverwalter eingesetzt.

Durch Versäumnisurteil des Landgerichts Stuttgart vom 14. Februar 1963 wurde Ki. [REDACTED] zur Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von 45.604,47 DM an den Kläger verurteilt. Die Klagesumme beruhte auf einer Buchprüfung, die unter Berücksichtigung einer Rückzahlung von 8.200 DM einen Fehlbestand in dieser Höhe ergab. Die Zwangsvollstreckung gegen Ki. [REDACTED] blieb erfolglos.

Der Kläger nimmt die Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch, weil sie es entgegen ihrer Pflicht schuldhaft unterlassen hätten, Ki. [REDACTED] regelmäßig zu kontrollieren (§§ 88, 89 KO). Sie hätten bis 1962 überhaupt keine Kontrollen vorgenommen. Mit der Klage hat er beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von

45.504,47 DM und 758,47 DM (Kosten des Prozesses gegen Ki[REDACTED]) nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagten bestreiten eine schuldhaftige Verletzung ihrer Überwachungspflichten. Jedenfalls wäre, so tragen sie vor, eine solche nicht ursächlich für den entstandenen Schaden gewesen, da auch bei einer früheren Aufdeckung der Veruntreuungen Ki[REDACTED]s bei diesem nichts mehr zu holen gewesen wäre.

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt. In der Berufungsinanz hat der Beklagte Dr. P[REDACTED] hilfsweise beantragt, ihn nur Zug um Zug gegen Abtretung aller Schadensersatzansprüche gegen Ki[REDACTED] nebst Sicherheiten zu verurteilen. Die beiden anderen Beklagten (Revisionskläger) haben durch einen in der letzten mündlichen Verhandlung gestellten Antrag ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Anspruchs auf Auskunft über die der Masse von Ki[REDACTED] abgetretenen Ansprüche geltend gemacht.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Gegen das Urteil haben die Beklagten H[REDACTED] und S[REDACTED] Revision eingelegt mit dem Antrag, die Klage abzuweisen. Der Beklagte Dr. P[REDACTED] hat kein Rechtsmittel eingelegt, vielmehr inzwischen 15.420,98 DM nebst Zinsen (1/3 der Klagesumme) bezahlt. Der Kläger hat den Rechtsstreit insoweit für erledigt erklärt und beantragt, im übrigen die Revisionen zurückzuweisen. Die Beklagten sind der Erledigungserklärung beigetreten.

Entscheidungsgründe:

1. a) Die Beklagten haben unstreitig seit ihrer Ernennung zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses im Jahre 1956 bis zum Jahre 1962 keinerlei Kassenprüfungen oder sonstigen Kontrollmaßnahmen vorgenommen. Das Berufungsgericht sieht darin einen Verstoß gegen ihre Pflichten gem. § 88 KO.

b) Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

In § 88 Abs. 2 Satz 2 KO ist vorgesehen, daß die Mitglieder des Gläubigerausschusses oder ein von ihnen beauftragtes Mitglied bei dem Konkursverwalter monatlich wenigstens eine "Kassenprüfung" vorzunehmen haben. Entgegen der mit der Revision vertretenen Auffassung hat sich diese Prüfung nicht nur auf die Barbestände zu beschränken, sondern muß sich auch auf die Konten und Belege erstrecken. Nur diese erweiterte Auslegung des § 88 Abs. 2 Satz 2 KO ist zeitgerecht. In den 90 Jahren seit Inkrafttreten der Konkursordnung ist man im Wirtschaftsverkehr mehr und mehr vom Barverkehr zum bargeldlosen Giroverkehr übergegangen. Der Barverkehr spielt nur noch eine untergeordnete Rolle. Unter diesen Umständen würde jetzt eine Beschränkung der Kontrollpflicht auf eine Untersuchung der Barbestände es dem Gläubigerausschuß unmöglich machen, seiner allgemeinen Aufsichtspflicht nach § 88 Abs. 1 KO und der darauf beruhenden besonderen Kontrollpflicht nach § 88 Abs. 2 Satz 2 KO zu genügen. Die Prüfung der Kassenbelege und das Zählen des Bargelds würden für sich allein nur einen höchst unvollständigen Einblick in die geschäftliche Tätigkeit des Konkursverwalters geben. Mit dem Sinn und Zweck der in § 88 KO vorgesehenen Überwachung des Konkursverwalters

wäre das nicht zu vereinbaren (so auch Jaeger KO, 8. Aufl., Anm. 2 zu § 88; Mentzel/Kuhn KO, 7. Aufl., Anm. 2 zu § 88 KO; OLG Hamm in BB 1955, 296 und OLG Königsberg in HRR 1934, 1713).

Die Beklagten können sich nicht darauf berufen, daß sie die Prüfung dem früheren Mitbeklagten Dr. P. hätten überlassen dürfen. Ganz abgesehen davon, daß sie selbst das nicht getan, sondern sich überhaupt um nichts gekümmert haben, könnten sie sich nicht unbe-
sehen auf diesen verlassen. Die Pflichten der Mitglieder des Gläubigerausschusses sind an deren Person geknüpft und können nicht auf andere übertragen werden (RGZ 152, 125, 128).

Die Beklagten waren auch nicht, wie sie meinen, von ihrer Prüfungspflicht dadurch entbunden, daß sie angesichts der umfangreichen Geschäftsvorfälle und Belege überfordert worden und die Kosten eines hierfür notwendigen Buchprüfers zu teuer geworden wären. Es kann dahingestellt bleiben, wie weit sich in solchen Fällen die Prüfungspflicht erstreckt; keinesfalls durften sie völlig untätig bleiben; eine Prüfung der Kasse und Konten und auch eine mindestens stichprobenweise Prüfung der Belege wäre ihnen, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei feststellt, zumutbar gewesen.

Ihre Prüfungspflicht entfiel schließlich auch nicht dadurch, daß die Gläubigerversammlung den Konkursverwalter von der Beschränkung des § 137 KO befreit hatte. Sie konnte damit die Mitglieder des Gläubigerausschusses nicht von ihrer Kontrollpflicht entbinden (RGZ 150, 287). Im übrigen wären die Beklagten dadurch, daß der Konkursverwalter freier gestellt wurde, umsomehr

gehalten gewesen, die ihnen nach § 88 KO obliegende Prüfungspflicht sorgfältig auszuüben.

2. a) Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Nichtüberwachung des Konkursverwalters Ki[REDACTED] auch ursächlich für den entstandenen Schaden gewesen ist. Es geht von dem Grundsatz aus, daß eine Verletzung der Aufsichtspflicht im Zweifel ursächlich ist für den Schaden, den ein Vermögensverwalter durch strafbare Handlungen herbeigeführt hat, da dieser bei strenger Bewachung es kaum wagen werde, sich an den anvertrauten Werten zu vergreifen. Den Nachweis des Gegenteils, daß sich Ki[REDACTED] auch bei ordnungsgemäßer Überwachung an den Massegeldern vergreifen hätte, sieht das Berufungsgericht als nicht erbracht an.

b) Diese Feststellung des Berufungsgerichts läßt im Ergebnis keinen Rechtsfehler erkennen. Sie widerspricht nicht der Lebenserfahrung und findet auch in der Rechtsprechung ihre Stütze (RGZ 154, 291, 297; Jäger aaO. Anm. 2 zu § 89 KO).

Daß das Berufungsgericht für seine Feststellung irrtümlicherweise den § 287 statt des § 286 ZPO herangezogen hat, ist unschädlich. Seine Ausführungen genügen auch den Anforderungen des § 286 ZPO.

Die Auffassung des Reichsgerichts (aaO.), der sich ersichtlich das Berufungsgericht angeschlossen hat, daß in solchen Fällen eine Umkehr der Beweislast eintritt, erscheint allerdings nicht ganz unbedenklich. Doch kann das dahingestellt bleiben, da die Entscheidung des Berufungsgerichts auch dann aufrecht zu erhalten ist, wenn, was näher liegt, wie in dem Urteil des Landgerichts auf

den Beweis des ersten Anscheins abgestellt wird. Die Beklagten haben nichts dafür vorgetragen, daß der frühere Konkursverwalter Ki[REDACTED] auch dann, wenn er von Anfang an regelmäßig kontrolliert worden wäre, es gewagt hätte, sich an dem Konkursvermögen zu vergreifen. Die Tatsache, daß er erst drei Jahre nach Übernahme der Konkursverwaltung mit seinen Veruntreuungen begonnen hat, spricht sogar dagegen. Hierauf hat das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen. Das gilt auch für die Unterschlagungen der Bareingänge. Mag hier auch eine Verschleierung der Veruntreuungen leichter möglich gewesen sein, so hätte bei einer regelmäßigen Kontrolle dennoch stets das Risiko einer Entdeckung bestanden. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß Ki[REDACTED] bei regelmäßiger Kontrolle auch insoweit die Veruntreuungen nicht begangen hätte, kann daher nicht als rechtsfehlerhaft angesehen werden.

Unter diesen Umständen liegt der Vortrag der Beklagten neben der Sache, daß von Ki[REDACTED] auch bei einer früheren Entdeckung seiner Verfehlungen nichts zu holen gewesen wäre und daß er bei einer ordnungsgemäßen Kontrolle seine Veruntreuungen möglicherweise hätte verschleiern können. Auf die in diesem Zusammenhang erhobenen Revisionsrügen kommt es infolgedessen nicht an.

3. Das Berufungsgericht hat auch rechtsfehlerfrei ein Verschulden der Beklagten bejaht. Sie können sich nicht darauf berufen, daß sie über ihre Pflichten nicht belehrt worden seien. Wer ein derartiges Amt annimmt, muß sich von sich aus über seinen Pflichtenkreis vergewissern (OLG Hamm aaO.).

Sie durften sich auch nicht auf den rechtskundigen Mitbeklagten Dr. P[REDACTED] verlassen. Sie hätten sich dann

mindestens davon überzeugen müssen, daß dieser die erforderlichen Prüfungen vornahm. Daß sie das getan haben, haben sie nicht behauptet.

4. Die Beklagten rügen, daß das Berufungsgericht sie auch zum Ersatz der im Vorprozeß gegen Ki [REDACTED] entstandenen Kosten verurteilt hat.

Diese Rüge ist nicht begründet. Es kann dahingestellt bleiben, ob zwischen den Beklagten und Ki [REDACTED] ein echtes Gesamtschuldverhältnis besteht (so Jäger aaO. Anm. 3 zu § 89 KO und Böhle-Stammschräder KO, u. Aufl., Anm. 2 zu § 89 KO; a.A. OLG Koblenz in KTS 1956, 159, 160). Entscheidend ist, daß die in dem Rechtsstreit gegen Ki [REDACTED] erwachsenen Kosten zu dessen Veruntreuungen und diese zu dem schuldhaften passiven Verhalten der Beklagten in ursächlichem Zusammenhang stehen.

Die Beklagten werfen dem Kläger allerdings vor, daß er die Klage gegen Ki [REDACTED] nicht mit der gegenwärtigen Klage verbunden hat, wodurch die Kosten des Vorprozesses erspart worden wären. Dieser Einwand wäre aber nur dann beachtlich, wenn der Kläger insoweit völlig unzweckmäßig gehandelt hätte; in diesem Falle hätte er allerdings gegen seine Pflicht, den Schaden möglichst gering zu halten, verstoßen (§ 254 Abs. 2 BGB). Für eine solche Annahme gibt aber der festgestellte Tatbestand keinen Anlaß. Der Kläger konnte es ohne Verschulden durchaus für zweckmäßig und auch im Interesse der Beklagten liegend halten, zuerst gegen Ki [REDACTED] einen Titel zu erlangen und aus diesem Titel die Zwangsvollstreckung zu versuchen, bevor er die Beklagten mit einer Klage überzog.

5. Fehl geht auch die mit der Revision vertretene Auffassung, der Kläger müsse sich die ersparten Kosten für eine Überprüfung des Konkursverwalters durch einen Buchprüfer als Vorteilsausgleich anrechnen lassen. Die Beklagten haben nichts dafür vorgetragen, daß bei einer von Anfang an regelmäßig durchgeführten Prüfung die Zuziehung eines Buchprüfers erforderlich gewesen wäre. Es fehlt auch an jedem substantiierten Vortrag über den Umfang der die Konkursmassen betreffenden Geschäftsvorgänge.

6. Das Berufungsgericht hat schließlich auch im Ergebnis ohne Rechtsfehler eine Zug-um-Zug-Verurteilung der Beklagten abgelehnt. Diese hatten - anders als der Mitbeklagte Dr. P. [REDACTED] - nur Auskunft über die dem Kläger von Ki. [REDACTED] abgetretenen Ansprüche begehrt und deshalb ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Diesem Antrag ist schon dadurch der Boden entzogen, daß der Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts (BU S. 16) den Beklagten diese Auskunft bereits erteilt hat.

Auf die weitere Begründung des Berufungsgerichts und die in diesem Zusammenhang erhobenen Revisionsrügen der Beklagten kommt es deshalb nicht mehr an.

7. Da das angefochtene Urteil auch sonst keine die Beklagten beschwerenden Rechtsfehler erkennen läßt, ist ihre Revision als unbegründet zurückzuweisen. Soweit der Mitbeklagte Dr. P. [REDACTED] inzwischen ein Drittel der Klagesumme bezahlt hat, ist der Rechtsstreit auf Grund der übereinstimmenden Erklärungen der Parteien erledigt.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91 a, 97 ZPO. Auch soweit die Hauptsache erledigt ist, sind die Kosten der Revision den Beklagten aufzuerlegen, da ihre Revision auch ohne Erledigung insoweit ebenfalls hätte zurückgewiesen werden müssen (§ 91 a ZPO).

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke