

Mirko Benz*

Die Haftung der kontoführenden Bank in der Insolvenz

Abstract

Zur erfolgreichen Durchführung des Insolvenzverfahrens ist der Insolvenzverwalter darauf angewiesen, Konten zur Verwaltung der Gelder einzurichten. Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, inwieweit die Bank aufgrund eines Fehlverhaltens des Verwalters haftet: Gelten hier gegenüber den im allgemeinen Zahlungsverkehr anerkannten Grundsätzen abweichende Regeln? Dabei werden verschiedene Aspekte zu unterscheiden sein: Können die Gläubiger der Bank durch Beschluss besondere insolvenzspezifische Prüfungs- und Überwachungspflichten auferlegen? Und wie sind die Pflichten der Bank im vertraglichen und deliktsrechtlichen Bereich ausgestaltet? Um diese Fragen klären zu können, wird auch die Pflichtgemäßheit der Kontenführung durch den Verwalter einer genaueren Analyse unterzogen.

* Der Verfasser studiert im siebten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der vorliegende Beitrag beruht auf einer Studienarbeit im Schwerpunktbereich Zivilverfahrensrecht, die im Sommersemester 2019 von Herrn Prof. Dr. *Andreas Piekenbrock* gestellt wurde. Ihm gilt Dank für seine hilfreichen Anmerkungen. Der Beitrag ist zugleich Besprechung von *BGH*, Urt. v. 7.2.2019 – IX ZR 47/18, *NJW* 2019, 1442.

Inhaltsübersicht

A. Einführung.....	351
B. Haftung als Hinterlegungsstelle, § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. § 149 Abs. 1 InsO	353
I. Anwendungsbereich des § 149 InsO.....	354
II. Hinterlegungsstelle als Beteiligte des Insolvenzverfahrens i. S. d. §§ 60, 71 InsO	356
III. Insolvenzspezifische Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle ..	357
IV. Ergebnis.....	368
C. Haftung wegen Nebenpflichtverletzung, §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	369
I. Vertragsverhältnis.....	370
II. Pflichten der Bank	384
D. Deliktsrechtliche Haftung	386
I. Ander- und offene Vollrechtstreuhandkonten	386
II. Insolvenzsonderkonten.....	390
E. Haftung nach §§ 675u, 675j Abs. 1, 675f Abs. 2 BGB.....	390
F. Schlussbemerkungen.....	390

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg –Wissenschaft Online

Jahrgang 2019
Heft 2

eISSN:
2629-7132

Website:
WissOn.studzr.de

Zitervorschlag: *Benz*, StudZR-WissOn 2019, S. 349-392

DOI: 10.11588/srzwo.2019.2.69284

A. Einführung

Der *BGH* hat im Urteil vom 7.2.2019¹ Gelegenheit gehabt, zu diversen, bisher im Schrifttum und in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ungeklärten Fragen hinsichtlich der Haftung der kontoführenden Bank bei Untreue des Insolvenzverwalters Stellung zu nehmen. In dem zugrunde liegenden Fall war ein Rechtsanwalt zum Insolvenzverwalter über das Vermögen einer KG bestellt worden. Dieser eröffnete ein Rechtsanwalts-Anderkonto bei einer Bank², welches auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1.5.2007³ zur Sammlung von Massezuflüssen diente. Im Berichts- und Prüfungstermin am 9.7.2007 hieß es im Abschnitt Beschlussfassungen: „Feststellung der Hinterlegungsstelle. Es wurde festgestellt, dass die Hinterlegungsstelle eingerichtet wurde.“ Die zur Hinterlegungsstelle bestimmte Bank erfuhr davon nichts. Am 15.1.2014 und am 20.8.2014 veranlasste der Verwalter Zahlungen von dem Anderkonto auf sein Kanzleikonto i. H. v. insgesamt 590.000 € unter dem Betreff „Neuanlage“ und „Übertrag Neuanlage“, wobei er am 17.3.2014 2.000 € auf das Anderkonto zurücküberwies. Er veruntreute die 588.000 € und wurde aus dem Amt als Insolvenzverwalter entlassen. Der neue Verwalter nahm die zur Hinterlegungsstelle bestimmte Bank auf Zahlung von 588.000 € in Anspruch.

Der *BGH* untersuchte drei mögliche Anspruchsgrundlagen gegen die Bank: Hinsichtlich einer Haftung als Hinterlegungsstelle judizierte der *BGH*, dass in diesem Fall keine hinreichende Bestimmung zur Hinterlegungsstelle mangels

¹ *BGH*, NJW 2019, 1442 ff.

² Der Begriff „Bank“ bezeichnet hier und im Folgenden alle Kreditinstitute i. S. v. § 1 KWG.

³ Es sei darauf hingewiesen, dass in *BGH*, BeckRS 2019, 4498 (Rn. 1); BB 2019, 1483 (Rn. 1); NJW 2019, 1442 (Rn. 1); NZI 2019, 414 (Rn. 1); NZG 2019, 750 (Rn. 1); WM 2019, 629 (Rn. 1); WuB 2019, 263 (Rn. 1); ZIP 2019, 718 (Rn. 1) und auf der Website des *BGH* (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=IX%20ZR%2047/18&nr=94053>, zuletzt abgerufen am 21.12.19) der 1.5.2007 als Tag der Eröffnung des Verfahrens angegeben wird. In *BGH*, BKR 2019, 457 (Rn. 1) wird hingegen der 1.9.2007 genannt. Dies erscheint irritierend, da jeweils der 9.7.2007 als Berichts- und Prüfungstermin angegeben ist, der jedoch nach der Eröffnung des Verfahrens stattfindet (§§ 29, 156 ff., 176 ff. InsO). Aus den Urteilen der Vorinstanzen (*OLG Stuttgart*, BeckRS 2018, 40766 und *LG Stuttgart*, BeckRS 2017, 155814) ist der Eröffnungstag nicht ersichtlich. Der 1.5.2007 erscheint als Tag der Eröffnung fragwürdig, da nach Art. 103c Abs. 1 S. 1 EGInsO auf Verfahren, die vor dem 1.7.2007 eröffnet wurden, das bis dahin geltende Recht (also auch § 149 Abs. 2 InsO i. d. F. des Gesetzes vom 5.10.1994, BGBl. I 1994, S. 2886) Anwendung findet. Der *BGH* (und auch das *LG* und das *OLG*) wenden allerdings § 149 InsO in seiner aktuellen Fassung an (vgl. nur *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 12)). Trotzdem muss von der Richtigkeit der Darstellungen ausgegangen werden, sodass hier der 1.5.2007 als Tag der Eröffnung des Verfahrens angenommen wird.

förmlichen Beschlusses vorliege.⁴ Überdies resultiere aus der Eigenschaft als Hinterlegungsstelle keine besondere Pflichtenstellung der Bank, deren Verletzung eine Haftung begründen kann.⁵ Dies begründet der *BGH* primär damit, dass keine zu §§ 60, 61, 71 InsO vergleichbare Norm existiere, die eine Haftung der Bank konstituieren kann.⁶

Für die Haftung wegen Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht (§§ 280 Abs. 1 S. 1, 241 Abs. 2 BGB) mangle es an der erforderlichen vertraglichen Beziehung zur Insolvenzmasse, da im Falle eines Anderkontos allein der Treuhänder (hier der Verwalter) berechtigt und verpflichtet werden solle und damit Kontoinhaber sei.⁷ Eine Warnpflicht bestehe nur im Falle eines besonderen Ermächtigungstreuhandkontos (Sonderkonto).⁸ Im Rahmen dieser vertraglichen Beziehung könne sich eine Warnpflicht ergeben, wenn der Zahlungsauftrag des Verwalters objektiv evident insolvenzzweckwidrig ist und sich der Bank im Einzelfall Zweifel an der Zweckkonformität aufdrängen mussten.⁹ Im Anschluss daran stellte der *BGH* fest, dass die Einrichtung von Anderkonten durch den Insolvenzverwalter pflichtwidrig und unzulässig sei.¹⁰ Hieraus resultierten allerdings keine allgemeinen Pflichten der Bank.¹¹

Abschließend stellt der *BGH* die Möglichkeit einer Haftung nach § 826 BGB in den Raum; eine solche sei bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen gegeben, wenn die Bank sich einer objektiv evident insolvenzzweckwidrigen Schädigung leichtfertig verschlossen hat.¹² Mangels entsprechender Feststellungen des Berufungsgerichts führte die Revision zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache.

Das Urteil des *BGH* wurde im Schrifttum gemischt aufgenommen.¹³ Dies überrascht nicht, da das *Gericht* mit der Haftung der Hinterlegungsstelle und der

⁴ *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 12).

⁵ *Ebd.*, Rn. 14 ff.

⁶ *Ebd.*, Rn. 17 ff.

⁷ *Ebd.*, Rn. 22 ff., insbesondere Rn. 29.

⁸ *Ebd.*, Rn. 27.

⁹ *Ebd.*, Rn. 25.

¹⁰ *Ebd.*, Rn. 31 f.

¹¹ *Ebd.*, Rn. 33.

¹² *Ebd.*, Rn. 36.

¹³ Zustimmung *Cranshaw*, Anderkonto, Insolvenz-Sonderkonto und Zahlungsdienstleister, NZI 2019, 609 ff.; *Fubst*, Keine Haftung der Hinterlegungsstelle im Insolvenzverfahren, jurisPR-InsR 8/2019, Anm. 1; *Lojowsky*, Anmerkung zu BGH: Unzulässigkeit eines einfachen Anderkontos als Massekonto und Haftung der Bank für insolvenzzweckwidrige Verfügungen des Insolvenzverwalters vom Massekonto, FD-InsR 2019, 416926; *Vortmann*, Zur Frage bestehender Haftungsrisiken von Banken aufgrund Untreuehandlungen des Insolvenzverwalters bei der Führung von

Zulässigkeit von Anderkonten zwei Themengebiete behandelt hat, hinsichtlich derer im Schrifttum erhebliche Uneinigkeit besteht. Der *BGH* überträgt hier letztlich die im allgemeinen Bankverkehr entwickelten Regeln¹⁴ und vermeidet so eine weitergehende Haftung der kontoführenden Bank in der Insolvenz. Die Frage, ob dieser Lösung zuzustimmen ist, bildet den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Dabei wird zunächst die Haftung der Bank als Hinterlegungsstelle einer genaueren Analyse unterzogen (**B.**). Daran anknüpfend wird dann zur Haftung der Bank wegen vertraglicher Nebenpflichtverletzung Stellung genommen (**C.**); vor diesem Hintergrund wird zu begutachten sein, ob die Struktur des Kontos entsprechende Pflichten ausschließen kann. Darauf aufbauend wird auf die Problematik der Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des Zahlungsdiensterahmenvertrags eingegangen. Dabei wird aufgezeigt, inwieweit sich Drittschutz aus einer etwaigen Pflichtwidrigkeit der Kontoeröffnung ableiten lässt. Im Anschluss an diese Überlegungen wird die genaue Ausgestaltung der Pflichten der Bank untersucht. Ferner wird die Konkurrenz zur Haftung der Bank nach §§ 675u, 675j Abs. 1, 675f Abs. 2 BGB behandelt (**D.**). Schließlich wird zu der Frage einer deliktsrechtlichen Haftung der Bank unter Differenzierung zwischen Insolvenzsonderkonten und offenen Vollrechtstreuhandkonten Stellung genommen (**E.**). Nach Klärung dieser Fragen werden aus der hier entwickelten Systematik Schlussfolgerungen für das Urteil des *BGH* gezogen (**F.**)

B. Haftung als Hinterlegungsstelle, § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. § 149 Abs. 1 InsO

In Betracht kommt zunächst eine Haftung auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung. Voraussetzung hierfür ist nach § 280 Abs. 1 BGB ein Schuldverhältnis, aus dem entsprechende Pflichten resultieren können. Folglich ist zunächst zu untersuchen, ob sich aus der Einordnung der Bank als Hinterlegungsstelle i. S. v. § 149 InsO entsprechende Pflichten ergeben können.

Insolvenzkonten, WuB 2019, 265 (266); kritisch *Kamm*, Zur Kontoführung durch den (vorläufigen) Insolvenzverwalter – Zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. 7.2.2019 - IX ZR 47/18, ZInsO 2019, 1085 (1089 ff.); *Podewils*, Keine Haftung der Bank für ungetreue Insolvenzverwalter bei Führung eines Rechtsanwalts-Anderkontos, jurisPR-BKR 8/2019, Anm. 2; *Reck*, Sonderkonten und Warnhinweise als Mittel gegen Untreue durch Insolvenzverwalter?, ZVI 2019, 210 ff.; *Undritz*, Nach dem Urteil des BGH (7.2.2019 – IX ZR 47/18): Die Insolvenzpraxis auf der Suche nach BGH-konformen Verfahrenskonten, BB 2019, 1487 (1488); *Zuleger*, Rückzahlung von Überweisungsbeträgen bei Veruntreuung des Insolvenzverwalters – Feststellung einer Hinterlegungsstelle, NZI 2019, 417 (418 f.).

¹⁴ BGHZ 176, 281 (Rn. 14 ff.); 186, 58 (Rn. 14 ff.).

I. Anwendungsbereich des § 149 InsO

Der Begriff der Hinterlegung i. S. d. § 149 InsO bedeutet die Begründung eines Verwahrungsverhältnisses zur Sicherung, die zugleich nutzbringend sein kann.¹⁵ Nach überwiegender Auffassung erfasst § 149 InsO dabei auch den Umgang des Insolvenzverwalters mit der Insolvenzmasse¹⁶ zugehörigem Buchgeld.¹⁷ Dem tritt *Kießling* mit der Argumentation entgegen, dass § 149 InsO ausschließlich die Verwaltung massezugehörigen Bargelds regelt.¹⁸ *E contrario* liege der Umgang des Verwalters mit Konten des Schuldners nicht im Anwendungsbereich des § 149 InsO.¹⁹ *Kießling* begründet diese Auffassung vor allem mit dem Zweck, den der Gesetzgeber mit der Regelung des § 137 KO verfolgt habe; aus den Motiven lasse sich ableiten, dass die Regelung nicht die Masse gegen den Verwalter schützen,²⁰ sondern eine teilweise Selbstverwaltung durch die Gläubiger ermöglicht werden solle.²¹ Nur hierdurch lasse sich die Einschränkung der Rechte des Verwalters erklären, sodass § 149 InsO restriktiv auszulegen sei.²²

Allerdings muss dem eine Analyse der historischen Wurzeln des § 149 InsO entgegengehalten werden: Bereits in den Partikularrechtsordnungen des deutschen Raumes zeigte sich ein homogenes Bild: Nach dem Konkursrecht der Reichsstadt Augsburg oblag die Verwahrung des Schuldnervermögens dem Stadtvogt und auch die Versteigerung erfolgte durch einen hierfür zuständigen

¹⁵ *Jaffé*, in: MüKo-InsO II, 4. Aufl. 2019, § 149 Rn. 4.

¹⁶ Hier und im Folgenden unter Hinweis auf die Rechtsträgerschaft des Schuldners.

¹⁷ *Depré*, in: Kayser/Thole, Insolvenzordnung, 9. Aufl. 2018, § 149 Rn. 2; *Hintzen/Förster*, Die Pfändung in Massekonten, RPfleger 2001, 399 (399); *Jaffé*, in: MüKo-InsO II (Fn. 15), § 149 Rn. 5; *Jarchow*, in: Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung, 7. Aufl. 2019, § 149 Rn. 5; *Lind*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2017, § 149 Rn. 2; *Sinz*, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung I, 15. Aufl. 2019, § 149 Rn. 8.

¹⁸ *Kießling*, in: Berliner Kommentar zur Insolvenzordnung, 69. EL 2019, § 149 Rn. 5 ff.; *ders.*, Die Kontenführung im Insolvenzverfahren, vor allem durch Rechtsanwälte, NZI 2006, 440 (446).

¹⁹ *Kießling*, Die Kontenführung im Insolvenzverfahren, vor allem durch Rechtsanwälte, NZI 2006, 440 (446).

²⁰ So allerdings die wohl überwiegende Auffassung: *Andres*, in: Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung, 39. EL 2019, § 149 Rn. 2; *Depré*, in: Kayser/Thole, Insolvenzordnung (Fn. 17), § 149 Rn. 1; *Jarchow*, in: Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 17), § 149 Rn. 1; *Kalkmann*, in: Graf-Schlicker, Insolvenzordnung, 4. Aufl. 2014, § 149 Rn. 1; *Kuder*, Kontoführung im Insolvenzverfahren, ZInsO 2009, 584 (589).

²¹ *Kießling* (Fn. 19), S. 446. Teilweise wird der Zweck ebenfalls in der Ermöglichung einer partiellen Selbstverwaltung gesehen (allerdings nicht mit derselben Schlussfolgerung wie *Kießling*): *Jaffé*, in: MüKo-InsO II (Fn. 15), § 149 Rn. 1; *Jungmann*, in: K. Schmidt, Insolvenzordnung, 19. Aufl. 2016, § 149 Rn. 1. *Eckardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung V/1, 2016, § 149 Rn. 2, sieht eine Kombination der Ermöglichung der partiellen Selbstverwaltung und dem Schutz vor dem Verwalter als Zweck an.

²² *Kießling* (Fn. 19), S. 446.

Beamten.²³ Auch das Nürnberger Stadtrecht von 1564 sah vor, dass die in der Kanzlei des Bürgermeisters abgelieferten Vermögenswerte des Schuldners nach ihrer Inventarisierung unter Kontrolle des Stadtrichters verwaltet werden sollten; allerdings war eine Verwaltung des Vermögens durch die Gläubiger gegen Hinterlegung einer entsprechenden Sicherheit beim Stadtrichter möglich.²⁴ Im württembergischen Raum sollte – anknüpfend an das Landrecht von 1567, wonach die Hoheit über das Vermögen dem Gericht zustand²⁵ – eine Handlung des Güterpflegers mit Wirkung für das Schuldnervermögen ausschließlich auf richterliche Weisung erfolgen.²⁶ Auch die preußische Konkursordnung vom 8.5.1855²⁷ sah in §§ 161, 221 PreußKO vor, dass der Konkursverwalter die Bestände an Geldern wöchentlich zum gerichtlichen Depositorium bringen musste und nur einen angemessenen Betrag zur Bestreitung der Auslagen und Kosten der Masse behalten durfte (§ 161 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 PreußKO).²⁸ Dabei war sogar eine weniger restriktive Regelung erfolgt als im Entwurf von 1854 vorgesehen: Die Zahlung *ad depositarium* war hier als Regelfall angesehen worden, der Verwalter sollte nur die absolut notwendigen Gelder erhalten. Von diesem Entwurf war man aber abgekommen, da die praktische Umsetzung zweifelhaft erschien.²⁹

Diese Regelung war bei der Schaffung einer Konkursordnung für das Deutsche Reich³⁰ nicht mehr mit den Belangen des wirtschaftlichen Verkehrs vereinbar; in

²³ *Hellmann*, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 1907, S. 58 ff.; dieser Grundsatz fand sich schon im Gerichtsbuch von 1480, vgl. *Hellmann*, Konkursrecht der Reichsstadt Augsburg, 1905, S. 40 Fn. 2.

²⁴ *Hellmann*, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 1907, S. 62 f.

²⁵ Württembergisches Landrecht 1567, abgedruckt in: *Riecke/ Kappler*, Sammlung der württembergischen Gerichts-Gesetze. Enthaltend die erste Reihe der Gerichts-Gesetze vom Jahre 1298 bis zum Jahre 1608, 1831, S. 176 (286 f.): „So dann das alles beschehen soll er [der Gemeinschuldner, Anm. des Verfassers] all solcher sein Haab vn Gueter sampt deren Beschreibung den Gleubigern abtretten vnnd das Gericht die in verwarung nemen.“

²⁶ *Fecht*, Concurs-Verfahren Württemberg, 1860, S. 64: Der Güterpfleger solle insbesondere „wegen Verwendung der eingehenden Gelder von dem Gantgericht Weisung einholen“ und „ohne Weisung des Gantgerichts keine Zahlung [...] leisten“, Klammerzusatz durch den Verfasser.

²⁷ Konkurs-Ordnung vom 8.5.1855, Gesetzessammlung für die Königlich-Preußischen Staaten, S. 329; im Folgenden als „PreußKO“ bezeichnet.

²⁸ *Goldammer*, Kommentar zur Konkursordnung 1855, 2. Aufl. 1858, S. 335 ff.; *Simon*, Preußisches Concurs-Rechte, 1856, S. 64.

²⁹ Vgl. dazu *Goldammer* (Fn. 28), S. 336 f.

³⁰ Konkursordnung v. 10.2.1877, RGBl. S. 351 ff.

Abgrenzung zur preußischen Konkursordnung³¹ sollte eine Hinterlegung bei einer anderen Stelle ermöglicht werden; dabei sollte die Kontrolle der Gläubiger über den Verwalter durch die gesetzlich angeordnete Mitzeichnungspflicht gewahrt bleiben³². Der Entwurf einer Insolvenzordnung sah in § 169 RegEInsO gegenüber § 137 KO inhaltlich keine Änderungen vor.³³ Diese Fassung wurde dann als § 149 InsO Gesetz.³⁴ Die historische Betrachtung zeigt also, dass die Regelung des § 149 InsO in dem Gedanken wurzelt, die Masse vor zweckwidrigem oder missbräuchlichem Verhalten des Insolvenzverwalters zu schützen;³⁵ dabei erfolgte eine schrittweise Lockerung der Sicherheitsstandards, die den geänderten Anforderungen des wirtschaftlichen Verkehrs geschuldet war. Die Ermöglichung einer partiellen Selbstverwaltung ist also bloßer Reflex der Etablierung masseschützender Kompetenzen der Gläubiger. Vor diesem Hintergrund erscheint es überzeugender, auch die Verwaltung von Buchgeld dem Anwendungsbereich des § 149 InsO zu unterstellen.

II. Hinterlegungsstelle als Beteiligte des Insolvenzverfahrens i. S. d. §§ 60, 71 InsO

Wegener verweist darauf, dass die Hinterlegungsstelle Beteiligte des Insolvenzverfahrens sei und dass hieraus eine besondere Pflichtenstellung resultiere.³⁶ Grundlage des Beteiligtenbegriffs im Insolvenzverfahren bildet die Zuordnung insolvenzspezifischer Rechte und Pflichten (materiell-rechtlicher Beteiligtenbegriff).³⁷ Schon aus diesem Grund erscheint es zweifelhaft, aus einer Beteiligtenstellung Pflichten ableiten zu wollen; die Beteiligtenstellung ist Folge und nicht Grundlage einer insolvenzspezifischen Pflichtenlage (*circulus vitiosus*).

³¹ Motive zur Konkursordnung, S. 352 = *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band IV: Materialien zur Konkursordnung, Neudruck 1983, S. 317 f.

³² Motive zur Konkursordnung, S. 353 = *Hahn/Mugdan* (Fn. 31), S. 318 f.: „Sich der Befolgung der Beschlüsse [hinsichtlich der Hinterlegung, Anm. durch den Verfasser] durch den Verwalter zu vergewissern, gehört zur Kontrolle desselben. Die Handhaben, welche der Entwurf gewährt, sind dafür ausreichend.“; verzichteten die Gläubiger auf die Bestellung eines Gläubigerausschusses und damit auf die Mitzeichnungspflicht, „so verzichteten sie zugleich auf diese Garantie“.

³³ BT-Drucks. 12/2443, S. 171.

³⁴ Mit Inkrafttreten des Gesetzes vom 5.10.1994, BGBl. I 1994, S. 2886, am 1.1.1999.

³⁵ Dies bestätigt sich auch mit Blick auf BR-Drucks. 549/06, S. 38: „Im Übrigen dürfte die Haftung des Insolvenzverwalters ausreichend sein, ihn zu einem ordnungsgemäßen Vorgehen bei hinterlegten Wertsachen anzuhalten“; dies legt nahe, dass auch hier die Regelung des § 149 InsO als Schutz der Masse vor Handlungen des Insolvenzverwalters angesehen wurde; ausdrücklich auch RGZ 80, 37 (38).

³⁶ *Wegener*, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 9. Aufl. 2018, § 149 Rn. 8; wohl auch *Andres*, in: Andres/Leithaus, Insolvenzordnung, 4. Aufl. 2018, § 149 Rn. 4.

³⁷ *Kießling*, in: Berliner Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 18), § 149 Rn. 21.

Zudem muss berücksichtigt werden, dass die Auffassung, die die Hinterlegungsstelle als Verfahrensbeteiligte qualifizierte, dieser eigentlich zunächst zu einem Schadensersatzanspruch auf Grundlage des § 82 KO gegen den Insolvenzverwalter bzw. nach § 89 KO gegen die Mitglieder des Gläubigerausschusses verhelfen sollte, sofern eine Auszahlung der Hinterlegungsstelle an den Verwalter keine befreiende Wirkung hatte (§ 137 KO) und die sonstigen Voraussetzungen erfüllt waren.³⁸ Unabhängig davon, ob eine solche Einordnung zulässig ist, ist es nicht überzeugend, aus dieser – ursprünglich der Hinterlegungsstelle zu einem Vorteil verhelfenden – Konstruktion nun unmittelbar zu deren Lasten eine insolvenzspezifische Pflichtenstellung ableiten zu wollen.³⁹ Deshalb ist der Verweis auf eine Beteiligtenstellung der Hinterlegungsstelle keine valide Grundlage für die Begründung insolvenzspezifischer Pflichten derselben.

III. Insolvenzspezifische Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle

Demzufolge stellt sich die Frage, ob eine insolvenzspezifische Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle anderweitig hergeleitet werden kann. Diesbezüglich bietet es sich an, zwischen der Anordnung einer Mitzeichnungspflicht und dem Fehlen einer solchen zu differenzieren.

1. Mitzeichnungspflicht

Ursprünglich stellte die Mitzeichnungspflicht des Gläubigerausschusses den gesetzlichen Regelfall dar (§ 149 Abs. 2 InsO a. F.⁴⁰). Nach § 149 Abs. 2 S. 1 InsO a. F. war die Empfangszuständigkeit⁴¹ des Insolvenzverwalters beschränkt; dieser war nur dann zum Empfang berechtigt, wenn ein Mitglied des Gläubigerausschusses die Empfangsbestätigung (§ 368 BGB) mitunterzeichnete.⁴² Die Hinterlegungsstelle wurde also im Umkehrschluss nicht durch Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) frei.⁴³ Zudem waren nach § 149 Abs. 2 S. 2 InsO a. F. Anweisungen an die Hinterlegungsstelle unwirksam, sofern keine Mitunterzeichnung durch ein Mitglied des Gläubigerausschusses vorlag.⁴⁴ Es bestand jedoch kein praktisches Bedürfnis für das Bestehen der Mitzeichnungspflicht,⁴⁵ sodass § 149 Abs. 2 InsO a. F. aus der Insolvenzordnung

³⁸ Vgl. RGZ 149, 182 (185 f.); so auch BGH, WM 1962, 349 (349).

³⁹ So auch Eckardt, in: Jaeger, Insolvenzordnung V/1 (Fn. 21), § 149 Rn. 30.

⁴⁰ Hier und im Folgenden i. d. F. des Gesetzes vom 5.10.1994, BGBl. I 1994, S. 2886.

⁴¹ Vgl. grundlegend dazu Larenz, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, § 18 I 5, S. 240.

⁴² Fuchs/Weishäupl, in: MüKo-InsO II, 1. Aufl. 2002, § 149 Rn. 15.

⁴³ Ausführlich zu den Folgen: *ebd.*, § 149 Rn. 16 ff.

⁴⁴ Ausführlich zu den Folgen: *ebd.*, § 149 Rn. 21 ff.

⁴⁵ BR-Drucks. 549/06, S. 38; so auch Jungmann, in: K. Schmidt, Insolvenzordnung (Fn. 21), § 149 Rn. 5; Pannen/Riedemann, Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des

entfernt wurde.⁴⁶ Allerdings kann eine Mitzeichnungspflicht nach allgemeinen Regeln (§ 76 InsO) weiterhin durch die Gläubigerversammlung beschlossen werden. Es stellt sich demzufolge die Frage, wie sich nach der aktuellen Gesetzeslage der Beschluss der Mitzeichnungspflicht auf die Haftung der kontoführenden Bank auswirkt. Dem Wortlaut nach zielt die Regelung auf das Innenverhältnis zwischen dem Verwalter und den Gläubigern ab. Es erscheint also nicht unbedingt naheliegend, dass der Beschluss der Mitzeichnungspflicht Pflichten der Hinterlegungsstelle begründen soll.

a) *Unwirksamkeit entsprechend § 149 Abs. 2 InsO a. F*

aa) Grundsatz

Trotzdem wird teilweise angenommen, der Gläubigerversammlung stehe es offen, den Verwalter im Außenverhältnis durch Beschluss entsprechend § 149 Abs. 2 InsO a. F. wirksam einzuschränken.⁴⁷ Demzufolge würde die Primärleistungspflicht der Bank bei Verstoß gegen die Mitzeichnungspflicht nicht nach § 362 Abs. 1 BGB durch Erfüllung erlöschen. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden: Beschlüsse der Gläubigerversammlung entfalten ausschließlich Wirkung im Innenverhältnis zum Insolvenzverwalter; entsteht durch eine Abweichung von einem wirksamen Beschluss der Gläubigerversammlung ein Schaden, so kommt eine Haftung des Verwalters nach § 60 InsO in Betracht.⁴⁸ Würde man annehmen, im Falle der Mitzeichnungspflicht bestünde eine Sonderregelung, so müsste sich diese Abweichung vom Regelfall auf eine gesetzliche Grundlage zurückführen lassen. Der Gesetzgeber hat sich aber dafür entschieden, § 149 Abs. 2 InsO a. F. komplett zu entfernen. Auf die Einführung der Möglichkeit des Beschlusses einer entsprechenden Regelung wurde verzichtet. Dabei wurde ausdrücklich darauf verwiesen, dass die Haftung des Insolvenzverwalters im Innenverhältnis als ausreichend erachtet werde.⁴⁹ Folglich rechtfertigt auch nicht der Zweck der Norm – der Schutz vor

Insolvenzverfahrens vom 8.2.2006 – Ein weiterer Mosaikstein für eine Reform der InsO, NZI 2006, 193 (198); *Sternal*, Neuregelungen zum Unternehmensinsolvenzrecht – Die geplanten Neuerungen im Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 8.2.2006, NZI 2006, 185 (192).

⁴⁶ Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13.4.2007, BGBl. I 2007, S. 509, am 1.7.2007.

⁴⁷ *Förster*, in: Haarmeyer/Wutzke/Förster, Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2012, § 149 Rn. 17 *Kuder* (Fn. 20), S. 589; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 2.237; *Vortmann* (Fn. 13), S. 266.

⁴⁸ *Gerhardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung II, 2007, § 76 Rn. 6; *Lind*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzordnung (Fn. 17), § 76 Rn. 8.

⁴⁹ BR-Drucks. 549/06, S. 38; so auch *Depré*, in: Krefl, Insolvenzordnung, 6. Aufl. 2011, § 149 Rn. 8; *Jungmann*, in: K. Schmidt, Insolvenzordnung (Fn. 21), § 149 Rn. 5.

schädigendem Verhalten des Verwalters – eine Abweichung von der Grundregel des § 76 InsO.

In Betracht kommt nur ein Beschluss der Gläubigerversammlung dahingehend, den Insolvenzverwalter zur vertraglichen Vereinbarung einer der Mitzeichnungspflicht des § 149 Abs. 2 InsO a. F. entsprechenden Regelung mit der Hinterlegungsstelle zu verpflichten.⁵⁰ Allerdings erscheint es aufgrund der nicht unerheblichen Risiken fernliegend, dass sich eine Bank hierauf privatautonom einlassen würde.⁵¹

bb) Insolvenzzweckwidrigkeit eines Verstoßes gegen die Mitzeichnungspflicht

Jedoch ist in Betracht zu ziehen, ob der Beschluss der Mitzeichnungspflicht im Innenverhältnis dann mittelbar Außenwirkung entfalten kann, wenn bei Verstoß gegen die Mitzeichnungspflicht eine evident insolvenzzweckwidrige und damit nichtige Handlung vorliegen würde. Nach der von der überwiegenden Auffassung vertretenen Amtstheorie ist der Insolvenzverwalter Rechtspflegeorgan, das in eigenem Namen und mit Wirkung für die Masse und den Schuldner auftritt.⁵² Der Insolvenzverwalter ist also nicht Stellvertreter der Masse, sondern agiert kraft staatlicher Ermächtigung wie der Inhaber des Vermögens selbst. Handlungen des Insolvenzverwalters sind daher im Grundsatz nach außen hin wirksam, können aber im Innenverhältnis Schadensersatzansprüche nach §§ 60, 61 InsO begründen.

Allerdings ist die Befugnis des Insolvenzverwalters im Außenverhältnis zweifach begrenzt: Zum einen ist eine gegenständliche Einschränkung auf die Insolvenzmasse gegeben, zum anderen findet eine inhaltliche Beschränkung durch den Insolvenzzweck statt. Demzufolge stellt sich die Frage, ob ein Verstoß des Insolvenzverwalters gegen den Beschluss der Mitzeichnungspflicht insolvenzzweckwidrig sein kann, sodass mittelbar eine Außenwirkung begründet werden kann.

Eine Maßnahme des Insolvenzverwalters ist insolvenzzweckwidrig, wenn sie offensichtlich dem Insolvenzzweck zuwiderläuft. Maßgeblich ist dabei unter Anwendung der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht, ob objektive Evidenz vorlag und sich dem Geschäftspartner aufgrund der

⁵⁰ Jaffé, in: MüKo-InsO II (Fn. 15), § 149 Rn. 1.

⁵¹ *Ebd.*; aus diesem Grund wird auf eine weitere Untersuchung dieser Konstellation hier verzichtet.

⁵² RGZ 29, 29 (36); BGHZ 88, 331 (334); *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 9. Aufl. 2019, Rn. 78; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 15.06; ausführlich dazu: *Pohlmann*, Befugnisse und Funktionen des vorläufigen Insolvenzverwalters, 1998, Rn. 546 ff.

einzelfallbezogenen Umstände Zweifel an der Zweckkonformität aufdrängen mussten.⁵³ Insolvenzzweckwidrigkeit ist insbesondere gegeben, wenn der Schutz der Masse durch die §§ 58, 60, 61 InsO sowie die Mitwirkungsbefugnisse der Gläubiger nicht ausreichend sichergestellt ist.⁵⁴

Gegen die Annahme der Insolvenzzweckwidrigkeit bei Verstoß gegen die Mitzeichnungspflicht spricht jedoch, dass das Gesetz bei besonders bedeutsamen Rechtshandlungen eine Zustimmungspflicht des Gläubigerausschusses anordnet (§ 160 InsO). Eine dem widersprechende Vornahme besonders bedeutsamer Rechtshandlungen i. S. d. § 160 InsO ist jedoch als weniger einschneidend anzusehen als eine insolvenzzweckwidrige Handlung. Dies ergibt sich aus § 164 InsO, der bei Verstoß gegen § 160 InsO Wirkungen für das Außenverhältnis ausdrücklich ausschließt. Der Gesetzgeber erachtete jedoch eine Mitzeichnungspflicht gegenüber besonders bedeutsamen Rechtshandlungen als nachrangig, da eine solche Mitzeichnungspflicht nicht gesetzlich geregelt wurde. Angesichts dieser Dreistufigkeit kann es nicht überzeugen, quasi über die Hintertür entgegen den allgemeinen Wirkungen eines Beschlusses der Gläubigerversammlung eine Außenwirkung der Mitzeichnungspflicht zu konstruieren.

Diese Überlegung wird dadurch bestätigt, dass der Bundesrat die Haftung des Insolvenzverwalters nach §§ 60, 61 InsO ausdrücklich für ausreichend erachtete.⁵⁵ Das Kriterium der Insolvenzzweckwidrigkeit kann jedoch nur eingreifen, wenn eine Haftung nach diesen Regelungen keinen ausreichenden Schutz mehr garantiert.

b) Insolvenzspezifische Pflichtverletzung bei Missachtung der Mitzeichnungspflicht

Unabhängig davon, dass die Anordnung der Mitzeichnungspflicht keine § 149 Abs. 2 InsO a. F. entsprechende Außenwirkung zeitigt, stellt sich die Frage, ob daraus eine Haftung der Bank als Hinterlegungsstelle folgen kann, wenn die Ausführung von unter Missachtung der Mitzeichnungspflicht vorgenommenen Anweisungen des Insolvenzverwalters nicht abgelehnt wird.

⁵³ BGHZ 150, 353 (360 f.); *Bork*, Kann der (vorläufige) Insolvenzverwalter auf das Anfechtungsrecht verzichten?, ZIP 2006, 589 (591 f.); *Pape*, Die Insolvenzzweckwidrigkeit von Rechtshandlungen des vorläufigen und des endgültigen Insolvenzverwalters/Sachwalters, ZInsO 2016, 2149 (2150 f.); *Sternal*, in: K. Schmidt, Insolvenzordnung (Fn. 21), § 80 Rn. 34; ausführlich dazu *Klinck*, Insolvenzzweckwidrigkeit, KTS 2019, 1 ff.; noch ohne ausdrückliches Abstellen auf den Empfängerhorizont: RGZ 57, 195 (199 f.); *BGH*, WM 1955, 312 (312).

⁵⁴ *Pape* (Fn. 53), S. 2152.

⁵⁵ BR-Drucks. 549/06, S. 38.

aa) Die Grundlagen der im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung

Im Schrifttum herrscht die Auffassung vor, die Hinterlegungsstelle träfen (unabhängig vom Freiwerden von der Leistungspflicht durch Erfüllung) insolvenzspezifische Schutzpflichten, deren Verletzung gegebenenfalls zu einem Schadensersatzanspruch der Masse gegen die Hinterlegungsstelle führen könne; dabei wird jedoch auf eine Begründung dieser weitreichenden Haftung verzichtet.⁵⁶ Diesbezüglich fällt auf, dass als Beleg regelmäßig die Rechtsprechung des *RG* herangezogen wird⁵⁷, vereinzelt wird sogar auf die Rechtsprechung des *BGH* verwiesen⁵⁸.

⁵⁶ *Andres*, in: *Andres/Leithaus*, Insolvenzordnung (Fn. 36), § 149 Rn. 4: da Beteiligte; *ders.*, in: *Nerlich/Römermann*, Insolvenzordnung (Fn. 20), § 149 Rn. 22: keine Begründung, Verweis auf RGZ 143, 263 (267); *Förster*, in: *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Insolvenzordnung (Fn. 47), § 149 Rn. 16: keine Begründung, Verweis auf RGZ 143, 263 ff.; *Hess*, Insolvenzordnung Großkommentar II, 2. Aufl. 2012, § 149 Rn. 19: keine Begründung, Verweis auf RGZ 80, 37 (39 ff.); 143, 263 (267); *ders.*, in: *Kölner Kommentar zur Insolvenzordnung III*, 2017, § 149 Rn. 24 f.: keine Begründung, Verweis auf RGZ 80, 37 (39 ff.); 143, 263 (267); *Holzer*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, Insolvenzordnung, 80. EL 2019, § 149 Rn. 19: keine Begründung, Verweis auf RGZ 149, 182 (186); *Jaffé*, in: *MüKo-InsO II* (Fn. 15), § 149 Rn. 26: keine Begründung; *Jarchow*, in: *Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung* (Fn. 17), § 149 Rn. 24: keine Begründung; *Kuder* (Fn. 20), S. 589: keine Begründung; *Kalkmann*, in: *Graf-Schlicker*, Insolvenzordnung (Fn. 20), § 149 Rn. 10 f.: keine Begründung; *Lind*, in: *Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier*, Insolvenzordnung (Fn. 17), § 149 Rn. 7: keine Begründung; *Obermüller* (Fn. 47), Rn. 2.237: keine Begründung, allerdings einschränkend Rn. 2.240: „regelmäßig keine Überwachungspflicht“; *Paulus*, Überlegungen zur Kontoführung eines Insolvenzverwalters, WM 2008, 473 (473): keine Begründung, da dies „seit langem schon so anerkannter Standard“ sei; *Sinz*, in: *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung I (Fn. 17), § 149 Rn. 20: Pflichten resultieren aus Beteiligtenstellung, Verweis auf RGZ 149, 182 (185); *Wegener*, in: *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung* (Fn. 36), § 149 Rn. 8: da Beteiligte; *Zimmer*, in: *Bork/Hölzle*, Handbuch Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2019, Kap. 6 Rn. 176: da Beteiligte. Der bloße Verweis auf die Beteiligtenstellung vermag eine dogmatische Begründung, wie oben dargestellt, nicht zu ersetzen.

⁵⁷ Siehe die Nachweise in Fn. 56.

⁵⁸ *Obermüller* (Fn. 47), Rn. 2.235 ff. Fn. 2 und 9 mit Verweis auf *BGH*, ZinsO 2013, 986 f.

bb) Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung

(1) Die Urteile des RG vom 5.7.1912 – III 517/11⁵⁹, vom 11.11.1914⁶⁰, vom 30.1.1934 – VII 294/33⁶¹ und vom 7.11.1935 – VI 188/35⁶²

Das Urteil des RG vom 5.7.1912⁶³ behandelt die Auszahlungen einer als Hinterlegungsstelle bestimmten Bank an den Konkursverwalter unter Missachtung der Mitzeichnungspflicht (§ 137 KO). Schon aus der Darstellung des Sachverhalts lässt sich folgern, dass hier keine Schadensersatzverpflichtung der Bank in Rede steht, sondern über das Fortbestehen der Primärleistungspflicht geurteilt werden sollte.⁶⁴ Irritierend erscheint vor diesem Hintergrund zwar, dass von einer „durch § 137 vorgeschriebene[n] besondere[n] Sorgfaltspflicht“⁶⁵ gesprochen wird. Aus dem Kontext ergibt sich allerdings, dass hier wohl eher eine Obliegenheit der Hinterlegungsstelle, das Vorliegen der Voraussetzungen der Mitzeichnungspflicht zu überprüfen, um durch Erfüllung von der Leistungsverpflichtung frei zu werden, gemeint ist.⁶⁶ Auch die Entscheidungsgründe greifen eine gesonderte Verpflichtung der Hinterlegungsstelle nicht auf.⁶⁷ Ein ähnliches Bild ergibt sich hinsichtlich des Urteils vom 11.11.1914⁶⁸: Das RG entschied, dass die Hinterlegungsstelle die „hinterlegten Gelder nicht mit befreiender Wirkung zurückzahlen konnte“⁶⁹. Auch hier wird keine neben den Wirkungen des § 137 KO bestehende Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle angenommen.

Im Urteil vom 30.1.1934⁷⁰ ist in der Darstellung des Tatbestandes zu lesen, der neu bestellte Konkursverwalter habe die Beklagte „auf Schadensersatz in Anspruch genommen“⁷¹. Man könnte folglich daran denken, dass Gegenstand der Entscheidung eine neben den Wirkungen des § 137 KO bestehende

⁵⁹ RGZ 80, 37 ff.

⁶⁰ RG, JW 1914, 157 Nr. 22.

⁶¹ RGZ 143, 263 ff.

⁶² RGZ 149, 182 ff.

⁶³ RGZ 80, 37 ff.

⁶⁴ *Ebd.*, S. 37: Der Kläger beansprucht, dass er „Zahlungen der Beklagten an den früheren Konkursverwalter [...] nicht gegen sich gelten zu lassen brauche, weil die Quittungen [...] nur von dem Konkursverwalter, nicht auch von einem Mitgliede des Gläubigerausschusses unterzeichnet seien.“; Klammerzusatz durch den Verfasser.

⁶⁵ *Ebd.*; Klammerzusatz durch den Verfasser.

⁶⁶ Im Ergebnis auch *Eckardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung V/1 (Fn. 21), § 149 Rn. 30.

⁶⁷ Das Urteil befasst sich hauptsächlich mit der Frage, inwieweit eine Kenntnis der Hinterlegungsstelle von ihrer Eigenschaft als solcher und von dem Bestehen der Mitzeichnungspflicht notwendig ist.

⁶⁸ RG, JW 1914, 157 Nr. 22.

⁶⁹ *Ebd.* mit Verweis auf RGZ 80, 37 ff.

⁷⁰ RGZ 143, 263 ff.

⁷¹ *Ebd.*, S. 264.

Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle sei, die einen solchen Schadensersatzanspruch rechtfertigen könnte. Allerdings revidiert sich dieser Eindruck bereits unmittelbar zu Anfang der Entscheidungsgründe: Gegenstand der Klage sei, dass die Klägerin die Zahlungen der Hinterlegungsstelle „als Erfüllung nicht gelten lassen [wolle], weil die Quittungen nicht von einem Mitglied des Gläubigerausschusses mitunterzeichnet worden seien, wie es § 137 KO erforder[e].“⁷² Irritierend erscheint vor diesem Hintergrund zwar, dass das Gericht danach von einer „Haftung der Beklagten“, die aus „Verletzung ihrer Erkundigungspflicht“ folge, spricht.⁷³ Auf diese Passage wird in der Kommentarliteratur auch teilweise verwiesen.⁷⁴ Mit Blick auf den unmittelbar folgenden Abschnitt vermag sich der Eindruck der Annahme einer besonderen Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle durch das RG aber zu korrigieren: Dort wird als Schlussfolgerung aus dem Zitierten festgestellt, dass die Bank den Betrag aus diesem Grund nicht „mit befreiender Wirkung zurückzahlen durfte“⁷⁵. In diesem Kontext erschließt sich nun, dass die „Erkundigungspflicht“ eher als Erkundigungsobliegenheit gemeint war; dass hier eine terminologische Ungenauigkeit und keine Etablierung eines neuen Haftungsgrundes vorliegt, bestätigt sich auch dadurch, dass unmittelbar vor dieser Passage auf das Urteil vom 5.7.1912⁷⁶ verwiesen wird. Wie bereits festgestellt, behandelt auch dieses eine bloße Obliegenheit der Hinterlegungsstelle. Zudem war Gegenstand der Entscheidung kein Schadensersatzverlangen, sondern der Anspruch der Masse auf Erfüllung der Primärleistungspflicht.

Demgegenüber erscheint die Terminologie des Urteils vom 7.11.1935⁷⁷ eindeutig: Ausdrücklich stellt das RG fest, dass „der Erfüllungsanspruch der Masse gegen die Stadtbank nach § 137 KO fortbestand“⁷⁸. Zudem wird zwischen dem Anspruch gegen die „erfüllungspflichtige Stadtbank“ und gegen die „schadenersatzpflichtigen Mitglieder des Gläubigerausschusses“ unter Hinweis auf die „Verschiedenheit des Rechtsgrundes“ unterschieden.⁷⁹

In den im Schrifttum regelmäßig zitierten Urteilen des RG findet sich folglich kein Beleg für die Auffassung, die neben den Wirkungen des § 149 Abs. 2 InsO a. F. eine besondere Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle annimmt.

⁷² RGZ 143, 263 (265); Klammerzusatz durch den Verfasser.

⁷³ *Ebd.*, S. 267.

⁷⁴ Siehe die Nachweise in Fn. 56.

⁷⁵ RGZ 143, 263 (267) mit Verweis auf RG, JW 1914, 157 Nr. 22.

⁷⁶ RGZ 80, 37 ff.

⁷⁷ RGZ 149, 182 ff.

⁷⁸ *Ebd.*, S. 186.

⁷⁹ RGZ 149, 182 (186).

(2) Die Entscheidungen des *BGH* vom 21.3.2013 – IX ZR 109/10⁸⁰, vom 9.10.2014 – IX ZR 140/11⁸¹ und vom 25.6.2015 – IX ZR 142/13⁸²

Vereinzelt wird im Schrifttum auch auf eine angebliche Rechtsprechung des *BGH* verwiesen, die im Sinne der Auffassung, die eine insolvenzspezifische Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle annimmt, zu deuten sei.⁸³ Der *BGH* judiziert im Urteil vom 7.2.2019, dass aus der bisherigen Rechtsprechung des *Gerichts* keine solchen Schlussfolgerungen gezogen werden könnten.⁸⁴

Der *BGH* stellt im Beschluss vom 21.3.2013 nur fest, dass eine Bank als Hinterlegungsstelle „wegen Missachtung des Mitzeichnungsvorbehalts gemäß § 149 Abs. 2 InsO a. F. [...] nicht befreiend geleistet“⁸⁵ habe. Schon daraus ergibt sich, dass das der Entscheidung zugrunde liegende Geschehen unter Geltung des § 149 Abs. 2 InsO a. F.⁸⁶ stattfand; diese Analyse bestätigt sich mit Blick auf das Urteil des Berufungsgerichts vom 3.6.2010⁸⁷: Insofern können hieraus keine Rückschlüsse auf die aktuelle Gesetzeslage gezogen werden, da der *BGH* auch hier nur die Frage des Erlöschens der Primärleistungspflicht durch Erfüllung behandelte. Auch das Urteil des *BGH* vom 9.10.2014 hat einen Sachverhalt, der der Geltung des § 149 Abs. 2 InsO a. F. unterliegt, zum Gegenstand.⁸⁸ Insofern war die Schlussfolgerung des *BGH*, der Masse könnten „aufgrund oder trotz der von dem untreuen Verwalter begangenen Veruntreuungen“ gegebenenfalls „Ansprüche gegen die beteiligten Banken“⁸⁹ zustehen, nur konsequente Anwendung des § 149 Abs. 2 InsO a. F. Eine insolvenzspezifische gesonderte Pflichtenstellung lässt sich daraus nicht ableiten.⁹⁰ Selbiges gilt für das Urteil des *BGH* vom 26.5.2015⁹¹: Auch dort lag der Entscheidung ein Sachverhalt

⁸⁰ *BGH*, ZIP 2013, 1235.

⁸¹ *BGHZ* 202, 324 ff.

⁸² *BGH*, ZInsO 2015, 1563 ff.

⁸³ *Eckardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung V/1 (Fn. 21), § 149 Fn. 68; *Obermüller* (Fn. 47), Rn. 2.235 ff. Fn. 2 und 9 mit Verweis auf *BGH*, ZInsO 2013, 986 f.

⁸⁴ *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 20) mit Verweis auf *BGHZ* 202, 324 ff. und *BGH*, ZIP 2013, 1235 sowie *BGH*, ZInsO 2015, 1563 ff.

⁸⁵ *BGH*, ZIP 2013, 1235 (Rn. 5); Klammerzusatz durch den Verfasser.

⁸⁶ Auf Verfahren, die vor dem 1.7. 2007 eröffnet wurden, ist die bis 30.6.2007 geltende Fassung des § 149 InsO anzuwenden, Art. 103c Abs. 1 S. 1 EGIInsO.

⁸⁷ *OLG Celle*, ZIP 2010, 1862 (1862): Das Verfahren wurde am 9.11.2002 eröffnet; zudem S. 1865: „Jede Anweisung zur Verfügung über Guthaben dieses Kontos [hätte der] Mitunterzeichnung nach § 149 Abs. 2 InsO a. F. bedurft“; Klammerzusatz durch den Verfasser.

⁸⁸ Das Verfahren wurde am 13.9.1999 eröffnet, *BGHZ* 202, 324 (Rn. 1).

⁸⁹ *BGHZ* 202, 324 (Rn. 51).

⁹⁰ Demzufolge ist auch nicht, davon auszugehen, der *BGH* habe dies „andeutungsweise“ (vgl. *Eckardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung V/1 (Fn. 21), § 149 Fn. 68) vertreten.

⁹¹ *BGH*, ZInsO 2015, 1563 ff.

zugrunde, für den § 149 Abs. 2 InsO a. F. Geltung beanspruchte.⁹² Die als Beleg herangezogene Passage behandelt ebenfalls nur die Wirkungen des § 149 Abs. 2 InsO a. F.⁹³

Demzufolge ist dem *BGH* darin beizupflichten, dass aus der bisherigen Rechtsprechung des *Gerichts* keine Aussage hinsichtlich einer insolvenzspezifischen Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle abgeleitet werden kann.⁹⁴

(3) Schlussfolgerungen

Die vorangegangene Analyse hat ergeben, dass die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung bis zum Urteil vom 7.2.2019⁹⁵ keine Stellungnahme hinsichtlich einer insolvenzspezifischen Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle, deren Verletzung eine Schadensersatzverpflichtung begründen könnte, enthält. Angesichts dessen, dass das Schrifttum entweder auf die Begründung einer solchen Pflichtenstellung gänzlich verzichtet oder diese mit einem bloßen Verweis auf eine angebliche höchstrichterliche Rechtsprechung zu belegen versucht, stellt sich die Frage, ob sich eine solche dogmatisch begründen lässt.

cc) Historie

In den Motiven findet sich kein Hinweis darauf, dass mit der Regelung des § 137 KO eine Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle begründet werden sollte; es wird ausschließlich hingewiesen, dass die Hinterlegungsstelle die Obliegenheit habe, sich des Vorliegens der Voraussetzungen der Mitzeichnungspflicht zu versichern.⁹⁶ Allerdings könnte sich eine andere Wertung daraus ergeben, dass eine Mitzeichnungspflicht mit Außenwirkung nicht mehr besteht oder beschlossen werden kann.

dd) Systematik

§ 69 InsO normiert ausdrücklich die insolvenzspezifischen Pflichten des Gläubigerausschusses, bei deren Verletzung dieser nach § 71 InsO haftet. Entsprechendes gilt in Bezug auf die Haftung des Insolvenzverwalters: Diese wird durch §§ 60, 61 InsO ausdrücklich geregelt. Zudem findet eine Einschränkung auf insolvenzspezifische Pflichten statt.⁹⁷ Daraus lässt sich

⁹² Das Verfahren wurde am 30.8.2002 eröffnet, *BGH*, ZInsO 2015, 1563 (Rn. 1).

⁹³ *BGH*, ZInsO 2015, 1563 (Rn. 26) mit Verweis auf *BGHZ* 202, 324 (Rn. 51).

⁹⁴ *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 20).

⁹⁵ *Ebd.*, S. 1442 ff.

⁹⁶ Motive zur Konkursordnung, S. 353 = *Hahn/Mugdán* (Fn. 31), S. 319.

⁹⁷ *Gerhardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung V/1 (Fn. 21), § 60 Rn. 9; *Hess*, in: Kölner Kommentar zur Insolvenzordnung II, 2017, § 60 Rn. 1.

folgen, dass eine Haftung erstens nur erfolgen soll, wenn Pflichten ausdrücklich normiert und konkretisiert sind und zweitens eine Regelung besteht, die die Haftung begründet (§§ 60, 61, 71 InsO).⁹⁸ Beide Voraussetzungen sind im Falle der Hinterlegungsstelle nicht erfüllt: Weder statuiert die Insolvenzordnung (noch die Konkursordnung) besondere Pflichten derselben, noch besteht eine Regelung, die ihre Haftung anordnet. Es erscheint also begründungsbedürftig, wieso ausgerechnet in diesem Fall von der Systematik der Insolvenzordnung abgewichen werden sollte, zumal sich die Haftung des Insolvenzverwalters regelmäßig im Falle der Missachtung der Mitzeichnungspflicht mit der der Hinterlegungsstelle überschneiden würde. Die Haftung des Insolvenzverwalters wurde aber ausdrücklich als ausreichend erachtet.⁹⁹ Dies erscheint umso fragwürdiger angesichts dessen, dass der Insolvenzverwalter eine besonders herausgehobene Position mit vielfältigen Einwirkungsmöglichkeiten auf die Masse innehat. Wenn selbst für diesen festgelegt wird, dass die Pflichten klar definiert und eingegrenzt werden müssen, um die Haftung klar zu strukturieren, so erscheint es fragwürdig, daneben die Hinterlegungsstelle ohne jede ausdrückliche Regelung haften lassen zu wollen. Darüber hinaus ist keine Zustimmung der Hinterlegungsstelle notwendig, um als solche bestimmt zu werden.¹⁰⁰ Würde man dann aber eine Haftung derselben annehmen, so würde dies eine Abweichung vom Grundsatz der Privatautonomie bedeuten: Grundsätzlich haftet die Bank nur ihrem Vertragspartner, den sie sich selbst aussuchen konnte; dabei ist ihre Haftung als Zahlstelle sogar regelmäßig gegenüber dem sonstigen Rechtsverkehr eingeschränkt.¹⁰¹ Dann erscheint es aber nicht konsequent, ohne jede gesetzliche Grundlage sowohl entgegen der Systematik der Insolvenzordnung als auch den Grundstrukturen des Vertrags- und Bankrechts eine besondere Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle begründen zu wollen. Dies bestätigt sich dadurch, dass der Gesetzgeber den Schutz des § 149 Abs. 2 InsO a. F. als nicht notwendig erachtete; wenn der Gesetzgeber angenommen hätte, dass ein weitergehender Schutz der Masse erforderlich gewesen wäre, hätte die Möglichkeit bestanden, eine Regelung in die Insolvenzordnung aufzunehmen, die sowohl Pflichten der Hinterlegungsstelle

⁹⁸ Ansonsten wurde die Gefahr einer ausufernden Haftung gesehen, BT-Drucks. 12/2443, S. 129; so bereits: Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 78 ff.

⁹⁹ BR-Drucks. 549/06, S. 38.

¹⁰⁰ So stellvertretend für die überwiegende Auffassung: *Haffa/Leichtle*, in: Braun, Insolvenzordnung, 7. Aufl. 2017, § 149 Rn. 7; *Hess*, in: Kölner Kommentar zur Insolvenzordnung III (Fn. 56), § 149 Rn. 24; *Sinz*, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung I (Fn. 17), § 149 Rn. 8; *Wegener*, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 36), § 149 Rn. 3.

¹⁰¹ BGHZ 176, 281 (Rn. 14).

als auch deren Haftung begründet. Stattdessen wurde, wie oben dargestellt, auf die Haftung des Insolvenzverwalters verwiesen.

ee) Schlussfolgerungen

Folglich fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage, um eine insolvenzspezifische Haftung der Hinterlegungsstelle bei Verstoß gegen eine im Innenverhältnis wirksam beschlossene Mitzeichnungspflicht zu begründen.¹⁰²

2. Keine Mitzeichnungspflicht

Nach diesen Ausführungen lässt sich die vom *BGH* behandelte Frage, ob eine Haftung einer Bank allein aus deren Stellung als Hinterlegungsstelle ohne Beschluss einer Mitzeichnungspflicht im Innenverhältnis hergeleitet werden könnte, mit den dargestellten Erwägungen verneinen. Dies gilt selbst für die Auffassung, die eine besondere Pflichtenstellung im Falle des Beschlusses der Mitzeichnungspflicht annimmt, da hier weitere Gründe gegen eine Pflichtenstellung allein aufgrund der Einordnung als Hinterlegungsstelle sprechen würden: So steht es den Gläubigern nach dem oben Dargestellten frei, im Innenverhältnis eine Mitzeichnungspflicht anzuordnen; würde man annehmen, dass aus der Verletzung derselben eine Haftung der Hinterlegungsstelle resultieren könnte, so stünde es den Gläubigern offen, sich durch den Beschluss einer solchen Pflicht abzusichern. Beschließen sie eine solche nicht, so verzichten sie jedoch auf diesen Schutz; diese Wertung findet sich bereits zu der im Außenverhältnis wirksamen Mitzeichnungspflicht nach § 137 KO in den Motiven: „Enthalten sich die Gläubiger der Bestellung eines Gläubigerausschusses, so verzichten sie zugleich auf diese Garantie.“¹⁰³ Unter Berücksichtigung dieser Überlegungen erscheint es dann aber angesichts dessen, dass jedwede normative Grundlage einer Haftung der Hinterlegungsstelle fehlt, selbst wenn man eine irgendwie geartete Pflicht der Bank als Hinterlegungsstelle zur Überwachung der im Innenverhältnis beschlossenen Mitzeichnungspflicht annehmen würde, fernliegend, eine solche allein aus der Einordnung als Hinterlegungsstelle herleiten zu wollen.

3. Haftung bei Anwendbarkeit des § 149 Abs. 2 InsO a. F. nach Art. 103c Abs. 1 S. 1 EGIInsO

Die gerade dargestellten Überlegungen hinsichtlich der Haftung der Hinterlegungsstelle lassen sich aufgrund derselben fehlenden normativen Grundlage auch auf den Fall übertragen, in dem das Verfahren vor dem 1.7.2007 eröffnet wurde, sodass nach Art. 103c Abs. 1 S. 1 EGIInsO die Regelung des

¹⁰² Im Ergebnis auch *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 18).

¹⁰³ Motive zur Konkursordnung, S. 353 = *Hahn/Mugdan* (Fn. 31), S. 319.

§ 149 Abs. 2 InsO a. F. Anwendung findet. Allerdings stellt sich die Frage, wie sich die Mitzeichnungspflicht nach § 149 Abs. 2 InsO a. F. – sofern keine Ausnahme durch Beschluss erfolgt ist – hinsichtlich der Primärleistungspflicht auswirkt. Für die Wirkung gelten die oben dargestellten Grundsätze; maßgeblich ist jedoch, ob die Kenntnis der Bank von ihrer Eigenschaft als Hinterlegungsstelle erforderlich ist. Der Wortlaut des § 149 Abs. 2 InsO a. F. setzt keine Kenntnis voraus. Die Motive bieten keine Anhaltspunkte.¹⁰⁴

Ausgangspunkt muss also sein, dass hier ein sehr weitreichender Eingriff stattfindet, der nicht unerhebliche Risiken für die Bank birgt. Gleichzeitig fungiert die Bank als bloße Zahlstelle und kontrolliert Zahlungsaufträge nur eingeschränkt (§ 675r BGB). Die Mitzeichnungspflicht besteht allein im Interesse der Gläubiger, die Zustimmung der Bank ist nicht erforderlich. Zudem sind die Gläubiger diejenigen, die die jeweilige Bank als Hinterlegungsstelle auswählen; angesichts dessen erscheint es überzeugender, § 149 Abs. 2 InsO a. F. nur anzuwenden, wenn die Bank Kenntnis von ihrer Bestimmung zur Hinterlegungsstelle hat, da es den Gläubigern zumutbar ist, diese nach dem Beschluss zu informieren.¹⁰⁵ Hat die Bank diese Kenntnis, so muss sie vom Bestehen der Mitzeichnungspflicht ausgehen, da diese den gesetzlichen Regelfall darstellt.

IV. Ergebnis

Folglich treffen die Bank als Hinterlegungsstelle keine Pflichten gegenüber der Insolvenzmasse. Insbesondere tritt keine § 149 Abs. 2 InsO a. F. entsprechende Wirkung hinsichtlich der Wirksamkeit von Anweisungen und der Empfangszuständigkeit des Insolvenzverwalters ein. Eine Begründung der Haftung der Bank aufgrund der Eigenschaft als Hinterlegungsstelle ist somit ausgeschlossen. Im Falle der Anwendbarkeit des § 149 Abs. 2 InsO a. F. nach Art. 103c Abs. 1 S. 1 EGIInsO ergibt sich für die Pflichtenlage nichts anderes. Überdies treten die Wirkungen des § 149 Abs. 2 InsO a. F. nur ein, wenn die Bank Kenntnis von ihrer Eigenschaft als Hinterlegungsstelle hat.

¹⁰⁴ Motive zur Konkursordnung, S. 353 = *Hahn/Mugdan* (Fn. 31), S. 319.

¹⁰⁵ Vgl. allgemein zu diesen Erwägungen: *Eckardt*, in: Jaeger, *Insolvenzordnung* V/1 (Fn. 21), § 149 Rn. 30 ff.; diese Argumentation wird auch nicht dadurch entkräftet, dass man der Bank ein Recht auf Einsicht in die Insolvenzzakten zugesteht (vgl. *OLG Naumburg*, ZIP 2010, 1765 ff.), da es den Gläubigern, wie dargestellt, auch dann zumutbar wäre, die Bank über den Beschluss zu informieren und die Informationsbeschaffung nicht der Bank aufzubürden.

C. Haftung wegen Nebenpflichtverletzung, §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

Regelmäßig besteht zwischen dem Schuldner und der Bank ein Giroverhältnis. Bestandteil dieses Giroverhältnisses ist ein Zahlungsdiensterahmenvertrag (§ 675f Abs. 2 BGB).¹⁰⁶ Zudem wird das Girokonto regelmäßig als Kontokorrentkonto geführt, sodass als weiterer Bestandteil eine Kontokorrentabrede hinzutritt.¹⁰⁷

Allerdings erlischt der Zahlungsdiensterahmenvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. v. § 675 Abs. 1 BGB gemäß §§ 116 S. 1, 115 Abs. 1 InsO mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens.¹⁰⁸ Das Kreditinstitut ist zwar weiterhin berechtigt, eingehende Zahlungen für den Schuldner entgegenzunehmen und einem internen Konto gutzuschreiben, allerdings besteht hierzu keine Verpflichtung.¹⁰⁹ Zudem ist das Kreditinstitut zur Wahrnehmung der schuldnerischen Interessen nicht mehr berechtigt und kann daher keine Forderungen gegen die Insolvenzmasse mehr erlangen.¹¹⁰ Auch die Kontokorrentabrede erlischt spätestens¹¹¹ mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens.¹¹² Für den Insolvenzverwalter besteht aber die Notwendigkeit, über ein Konto zu verfügen, über das eine Verwaltung der Massegelder erfolgen kann; er muss also ein neues Vertragsverhältnis mit einer Bank eingehen. Demzufolge stellt sich die Frage, inwieweit hier noch eine vertragliche Beziehung der Bank zur Insolvenzmasse besteht, aus der die Insolvenzmasse bei schädigendem Verhalten des Insolvenzverwalters die Bank in Anspruch nehmen kann. Die Haftung der Bank ist hier regelmäßig von

¹⁰⁶ *Einsle*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2018, § 3 Rn. 8; *Schwintowski*, Bankrecht, 5. Aufl. 2018, Kap. 9 Rn. 6.

¹⁰⁷ *Hoffmann*, in: Runkel/Schmidt, Anwaltshandbuch Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2015, § 9 Rn. 120; *Schwintowski* (Fn. 106), Kap. 9 Rn. 82.

¹⁰⁸ *Foerste*, Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2018, § 19 Rn. 269; *Höpfner/v. Buchwald*, in: Bork/Hölzle, Handbuch Insolvenzrecht (Fn. 56), Kap. 8 Rn. 110; *Vortmann*, in: Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Aufl. 2015, Kap. 27 Rn. 2; ablehnend *Kießling* (Fn. 19), S. 441; soweit man einen allgemeinen Bankvertrag anerkennt, ergeben sich keine Besonderheiten, vgl. *Hoffmann*, in: Runkel/Schmidt, Anwaltshandbuch Insolvenzrecht (Fn. 107), § 9 Rn. 117.

¹⁰⁹ BGHZ 170, 121 (Rn. 12); BGH, WM 1995, 745 (745); *Zuleger*, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, 3. Aufl. 2017, § 26 Rn. 47.

¹¹⁰ Allerdings bestehen Ausnahmen nach § 115 Abs. 3 InsO und § 116 S. 2 InsO.

¹¹¹ Vgl. *Höpfner/v. Buchwald*, in: Bork/Hölzle, Handbuch Insolvenzrecht (Fn. 56), Kap. 8 Rn. 111.

¹¹² BGHZ 58, 108 (111); 70, 86 (93); *Nobbe*, Zahlungsverkehr und Insolvenz, KTS 2007, 397 (399); *Hoffmann*, in: Runkel/Schmidt, Anwaltshandbuch Insolvenzrecht (Fn. 107), § 9 Rn. 125; *Steinboff*, Die insolvenzrechtlichen Probleme im Überweisungsverkehr, ZIP 2000, 1141 (1142).

besonderem Interesse, wenn der Insolvenzverwalter nicht zur Rückzahlung imstande ist.

I. Vertragsverhältnis

1. Voraussetzungen einer vertraglichen Beziehung zur Insolvenzmasse

Voraussetzung vertraglicher Nebenpflichten ist das Bestehen einer vertraglichen Beziehung. Insofern bietet es sich an, zur Analyse zwischen den verschiedenen denkbaren Ausgestaltungsmöglichkeiten der Kontobeziehung zu differenzieren.

a) Grundlegende vertragliche Ausgestaltung

aa) Anderkonten

Anderkonten sind offene Vollrechtstreuhandkonten, die nur bestimmten Personengruppen, deren Standesrecht Gewähr für die sichere Verwahrung fremder Gelder bietet, zugänglich sind.¹¹³ Der Insolvenzverwalter als solcher kann kein Anderkonto einrichten.¹¹⁴ Im Gegensatz zu normalen offenen Vollrechtstreuhandkonten sind Anderkonten durch die Anderkonto-Bedingungen¹¹⁵ besonders ausgestaltet. Kontoinhaber und damit allein gegenüber der Bank berechtigt und verpflichtet ist beim Anderkonto der Treuhänder;¹¹⁶ der Treugeber ist nur wirtschaftlich Berechtigter und hat einen Anspruch gegen den Treuhänder aus §§ 667, 675 Abs. 1 BGB.¹¹⁷

Daraus ergibt sich, dass in Ermangelung einer vertraglichen Beziehung grundsätzlich keine Pflichten der Bank gegenüber der Masse bestehen.

¹¹³ Dazu ausführlich: *Kamm*, Kontoführung in der Insolvenz: Schuldner- und Treuhandkonto im Vergleich, 2017, S. 31 ff.

¹¹⁴ *Gößmann*, Die neuen Anderkonto-Bedingungen 2000, WM 2000, 857 (858); *Kuder* (Fn. 20), S. 585; *Schulte-Kaubrügger*, Kontoeinrichtung durch den (vorläufigen) Insolvenzverwalter – Sonderkonto oder Anderkonto?, ZIP 2011, 1400 (1401). Das Verbot des Insichgeschäfts (§ 181 BGB) steht der Einrichtung eines Anderkontos durch den Verwalter nicht entgegen, vgl. *Jaffé*, in: MüKo-InsO II (Fn. 15), § 149 Rn. 15.

¹¹⁵ Es wird davon ausgegangen, dass der Insolvenzverwalter, der ein Anderkonto eröffnet, regelmäßig Rechtsanwalt sein wird; deshalb werden die Anderkonto-Bedingungen für Rechtsanwälte (abgedruckt in *Bunte/Zahrte*, AGB-Banken, 5. Aufl. 2019, S. 961 ff.) hier zugrunde gelegt. Im Folgenden als „AKB“ bezeichnet.

¹¹⁶ BGHZ 11, 37 (43); *Canaris*, Bankvertragsrecht I, 3. Aufl. 1988, Rn. 293.

¹¹⁷ BGH, NJW 1954, 190 (192); *Kamm* (Fn. 13), S. 1086; *Schulte-Kaubrügger* (Fn. 114), S. 1402.

bb) Vollrechtstreuhandkonten

Auch die Führung von offenen Vollrechtstreuhandkonten¹¹⁸ begründet keine rechtliche Beziehung des Dritten zum Treugeber; berechtigt und verpflichtet ist wiederum unmittelbar nur der Insolvenzverwalter als Treuhänder. Besondere Pflichten der Bank gegenüber der Insolvenzmasse sind auch hier grundsätzlich abzulehnen.

cc) Insolvenzsonderkonten

Ein Insolvenzsonderkonto¹¹⁹ ist ein Eigenkonto des Schuldners, über das der Insolvenzverwalter als Amtswalter verfügen darf; er ist hier nicht selbst Rechtsinhaber, sondern hat die Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen (Ermächtigungstreuhand)¹²⁰. Demzufolge ist hier die Masse Konto- und Forderungsinhaber. Aus diesem Grund besteht eine vertragliche Bindung zur Masse, die Pflichten begründen kann.

b) Einbeziehung der Insolvenzmasse in den Schutzbereich bei Vollrechtstreuhand

Hinsichtlich der Vollrechtstreuhandkonten könnte sich etwas anderes ergeben, wenn die Insolvenzmasse in den Schutzbereich des Vertrags zwischen der Bank und dem Insolvenzverwalter einbezogen wird. Voraussetzungen hierfür sind die Leistungsnähe des Dritten, ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten, die Zumutbarkeit der Einbeziehung für den Schuldner und die Schutzbedürftigkeit des Dritten (Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter).¹²¹

Zweifelhaft erscheint dabei bereits die Schutzbedürftigkeit der Insolvenzmasse. Die Schutzbedürftigkeit des Dritten ist gegeben, wenn der Dritte keine eigenen vertraglichen Ansprüche hat, die inhaltlich dem Einbezug in das Haftungskonzept des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte entsprechen.¹²² Dieser Grundsatz ergibt sich daraus, dass der Drittschutz zwischen dem

¹¹⁸ Der Unterschied zum Anderkonto besteht darin, dass bei diesem bei Abschluss des Zahlungsdiensterahmenvertrags (§ 675f Abs. 2 BGB) die AKB mit vereinbart werden.

¹¹⁹ Vgl. zur begrifflichen Entwicklung *Kamm* (Fn. 13), S. 1086.

¹²⁰ Vgl. zur Ermächtigungstreuhand: *Kamm* (Fn. 113), S. 24 f.; Im Gegensatz zum „regulären“ Ermächtigungstreuhandkonto sollte das Insolvenzsonderkonto aber ausdrücklich als solches bezeichnet werden, um klarzustellen, dass der Schuldner keine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hat, da diese bei der „regulären“ Ermächtigungstreuhand regelmäßig neben der Verfügungsbefugnis des Treuhänders fortbesteht, vgl. *Kießling* (Fn. 19), S. 442.

¹²¹ *Hadding*, in: *Soergel V/3: Schuldrecht 3/3*, 13. Aufl. 2010, Anh. § 328 Rn. 14 ff.; *Stürner*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, 14. Aufl. 2019, Vor § 328 Rn. 5 ff.

¹²² BGHZ 70, 327 (330); 133, 168 (173); *Stürner*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich* (Fn. 121), Vor § 328 Rn. 10.

vertraglichen und deliktsrechtlichen Haftungsbereich angesiedelt ist; eine Abweichung von der deliktsrechtlichen Haftung erfordert also eine besondere Begründung und ist restriktiv zu handhaben.¹²³ Ein gleichwertiger Anspruch des Dritten wird angenommen, wenn Voraussetzungen, Zwecksetzung und Umfang der Ansprüche einander entsprechen.¹²⁴

Der Insolvenzverwalter haftet nach § 60 InsO allen Beteiligten für die schuldhafte Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten auf Schadensersatz. Die Norm soll das Vermögen von Personen schützen, die mit dem Insolvenzverfahren in Berührung kommen und zudem die Haftungsrisiken für den Verwalter voraussehbar machen.¹²⁵ Voraussetzung ist dabei die schuldhafte Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten durch den Verwalter.

Betrachtet man vor diesem Hintergrund den Anspruch der Masse, der durch einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zu Lasten der Bank konstruiert werden soll, fällt Folgendes auf: Auch ein solcher Anspruch zielt mittelbar auf den Ausgleich eines Vermögensschadens der Gläubiger, die an der Verteilung der Masse teilnehmen, da der Anspruch der Masse zustünde und nach Durchsetzung bei Verteilung der Masse somit mittelbar den Gläubigern in gleichem Umfang zugutekommen würde. Beide Ansprüche haben also die gleiche Zielrichtung und den gleichen Umfang. Auch der hypothetische Anspruch kann nur bei einer Pflichtverletzung des Verwalters entstehen: Erst hierdurch könnte eine Warnpflicht der Bank entstehen oder eine bestehende Prüfungspflicht verletzt werden.

Im Kern soll also zum Schutz vor dem Insolvenzrisiko des Verwalters eine zusätzliche Haftungsmöglichkeit eröffnet werden. Der Ausgleich des Insolvenzrisikos ist jedoch gerade kein Grund, ein Bedürfnis für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte anzunehmen,¹²⁶ da sich hier keine spezifische Schwäche der Ausgestaltung von Delikts- und Vertragsrecht niederschlägt, sondern einfach das allgemeine Risiko der Insolvenz des Schuldners verringert werden soll.

Demzufolge liegt ein gleichwertiger Anspruch in Form der Haftung des Insolvenzverwalters nach § 60 InsO vor. Mithin besteht keine Schutzwirkung des Vertrages zugunsten der Insolvenzmasse.

¹²³ BGH, NJW 1969, 41 (41); Klumpp, in: Staudinger, 2015, § 328 Rn. 109.

¹²⁴ BGH, NJW 2004, 3420 (3421); Klumpp, in: Staudinger (Fn. 123), § 328 Rn. 124a.

¹²⁵ Rein, in: Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung (Fn. 20), § 60 Rn. 1; Schoppmeyer, in: MüKo-InsO I, 4. Aufl. 2019, § 60 Rn. 1.

¹²⁶ OLG Koblenz, NJW 2014, 1246 (1247); Klumpp, in: Staudinger (Fn. 123), § 328 Rn. 125.

2. Abgrenzung zwischen den Kontoformen

Zudem stellt sich die Frage, wie Sonderkonto und Ander- oder Vollrechtstreuhandkonto abgegrenzt werden können. Der *BGH* hat dazu anhand allgemeiner zivil- und bankrechtlicher Grundsätze die Regel aufgestellt, dass Kontoinhaber derjenige sei, der nach dem erkennbaren Willen desjenigen, der die Kontoeröffnung beantragte, Gläubiger und Schuldner der Bank werden sollte.¹²⁷ Davon scheint der *BGH* aber mit Urteil vom 18.12.2008 abgekommen zu sein.¹²⁸

Allerdings dürfte hierfür regelmäßig die Frage, ob die Einrichtung von Ander- und offenen Vollrechtstreuhandkonten pflicht- oder sogar insolvenzzweckwidrig ist, entscheidend für die Auslegung der Erklärung des Verwalters und damit maßgeblich für die Abgrenzung zwischen den Kontoformen sein.

a) Pflichtwidrigkeit der Eröffnung und Führung eines Anderkontos oder offenen Vollrechtstreuhandkontos als Insolvenzverwalter für die Masse

Wie bereits dargestellt, wird bei einem Ander- und Vollrechtstreuhandkonto der Treuhänder Vollrechtsinhaber und die Forderungen gegen die Bank sind Bestandteil seines Vermögens. Der Treugeber ist bloßer wirtschaftlich Berechtigter und hat einen Anspruch gegen den Treuhänder aus §§ 667, 675 Abs. 1 BGB. Deshalb sind ursprüngliche Gelder der Insolvenzmasse, die nun Buchgeld auf einem Ander- oder offenen Vollrechtstreuhandkonto des Verwalters sind, kein Bestandteil der Masse. Es stellt sich demzufolge die Frage nach der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens.

aa) Die Rechtsprechung des BGH

Mit Urteil vom 19.5.1988¹²⁹ entschied der *BGH*, dass sich Gelder, die Konkursverwaltern anvertraut sind, nicht zur Anlage auf Anderkonten eignen; vielmehr sei die Einrichtung eines Sonderkontos angebracht und üblich.¹³⁰ Aus dem Kontext wird deutlich, dass der *BGH* den Begriff des Sonderkontos im Sinne der oben beschriebenen Ermächtigungstreuhand versteht.¹³¹ Allerdings

¹²⁷ BGHZ 21, 149 (150); *BGH*, WM 1975, 1200 (1200); ZIP 1988, 1136 (1137).

¹²⁸ *BGH*, ZIP 2009, 531 (Rn. 7).

¹²⁹ *BGH*, ZIP 1988, 1136 ff.

¹³⁰ *Ebd.*, S. 1137.

¹³¹ Vgl. *BGH*, ZIP 1988, 1136 (1137): Zur Begründung, warum ein Sonderkonto vorgelegen habe, wird herangezogen, dass die Klägerin über den Debetsaldo einen Titel zur Vollstreckung in die Konkursmasse erwirkt habe; dies sei nur im Falle eines Sonderkontos möglich. Zudem sei eine gesonderte Absprache im Falle eines Sonderkontos vonnöten, um eine persönliche Verpflichtung des Konkursverwalters zu begründen. Der *BGH* geht also hier davon aus, dass im Falle des Sonderkontos eine Ermächtigungstreuhand bestehe, bei der die Masse Vollrechts- und Kontoinhaber sei.

blieb unklar,¹³² ob der *BGH* die Einrichtung von Anderkonten durch den Verwalter damit als unzulässig erachtete. In den folgenden Jahren vermochte sich die Unklarheit über die Auffassung des *BGH* nicht aufzulösen: Er war in einer Vielzahl von Judikaten davon ausgegangen, dass Gelder auf Anderkonten nicht zum Vermögen der Masse gehörten.¹³³ Ausführungen dahingehend, dass die Führung solcher Anderkonten in irgendeiner Weise pflichtwidrig sei, erfolgten nicht. Diese Unklarheit wurde dann durch das Urteil des *BGH* vom 7.2.2019 beseitigt, in dem er Anderkonten des Insolvenzverwalters als pflichtwidrig und unzulässig erachtet.¹³⁴

bb) Die im Schrifttum vertretenen Auffassungen

Im Schrifttum wird überwiegend vertreten, sowohl Ander-, als auch Vollrechtstreuhand- und Sonderkonten seien zulässig.¹³⁵ Teilweise werden diese jedoch als ungeeignet¹³⁶ erachtet, wobei die sich daraus ergebenden Auswirkungen unklar bleiben. Nur vereinzelt wird sich dahingehend positioniert, dass Ander- und offene Vollrechtstreuhandkonten nicht nur ungeeignet, sondern auch unzulässig und pflichtwidrig seien.¹³⁷

¹³² Dazu *Büttner*, Von der schwierigen Suche nach dem richtigen Konto oder die babylonische Sprachverwirrung beim Verwalterkonto, ZInsO 2012, 2309 (2316); *Schulte-Kaubrügger* (Fn. 114), S. 1400.

¹³³ *BGH*, NJW 1995, 1484 (1485 f.); ZIP 2007, 2279 (Rn. 10); ZIP 2009, 531 (Rn. 7); ZIP 2011, 1220 (Rn. 9); ZIP 2012, 333 (Rn. 16); ZIP 2015, 1179 (Rn. 9).

¹³⁴ *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 31 f.) mit Verweis auf *BGH*, ZIP 1988, 1136 (1137).

¹³⁵ *Andres*, in: Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung (Fn. 20), § 149 Rn. 14 f.; *Förster*, in: Haarmeyer/Wutzke/Förster, Insolvenzordnung (Fn. 47), § 149 Rn. 14; *Haffa/Leichtle*, in: Braun, Insolvenzordnung (Fn. 100), § 149 Rn. 9; *Hess*, Insolvenzordnung Großkommentar II, 2. Aufl. 2012, § 149 Rn. 11; *Hess*, in: Kölner Kommentar zur Insolvenzordnung III (Fn. 56), § 149 Rn. 11; *Paulus* (Fn. 56), S. 474; *Uhlenbruck*, Die Verwahrung von Geldern, Wertpapieren und Kostbarkeiten im Konkurs, KTS 1970, 187 (188 f.): Sofern keine Mitzeichnungspflicht nach § 137 KO besteht, zulässig; indifferent *Jaffé*, in: MüKo-InsO II (Fn. 15), § 149 Rn. 14.

¹³⁶ Nur Anderkonten ungeeignet: *Büttner* (Fn. 132), S. 2317: „unbrauchbar“; *Kamm* (Fn. 13), S. 1089 ff.; *Kießling*, in: Berliner Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 18), § 149 Rn. 29, 39 ff.; *Kießling* (Fn. 19), S. 444 ff.; *Kuder* (Fn. 20), S. 586; *Zuleger* (Fn. 13), S. 418; sowohl Ander- als auch offene Vollrechtstreuhandkonten ungeeignet: *Brubn*, Bankenkomm. Insolvenzrecht II, 3. Aufl. 2016, § 149 Rn. 10: „Sollte“ als Sonderkonto eingerichtet werden; *Kalkmann*, in: Graf-Schlicker, Insolvenzordnung (Fn. 20), § 149 Rn. 6: „sollte“ als Sonderkonto eingerichtet werden; *Sinz*, in: Uhlenbruck I (Fn. 17), § 149 Rn. 13c: Sonderkonto entspricht Wille des Verwalters; wohl auch *Jarchow*, in: Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 17), § 149 Rn. 10; *Schulte-Kaubrügger* (Fn. 114), S. 1405.

¹³⁷ *v. Bodungen*, in: BeckOK-InsO, Ed. 16, Stand: 15.10.2019, § 149 Rn. 9; *Cranshaw* (Fn. 13), S. 611; *Depré*, in: Kayser/Thole, Insolvenzordnung (Fn. 17), § 149 Rn. 6; *Eckardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung V/1 (Fn. 21), § 149 Rn. 56; *Ferslev*, Zur

cc) Stellungnahme

(1) Systematik des Gesetzes – § 80 InsO

Nach § 80 InsO geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners mit dem Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung auf den Insolvenzverwalter über. Der Schuldner bleibt allerdings Rechtsträger des Vermögens; die Insolvenzmasse ist dem Schuldner also weiterhin dinglich zugeordnet.¹³⁸ Wenn der Insolvenzverwalter nun ein Vollrechtstreuhandkonto einrichtet, durchbricht er diese Ordnung, indem er Massewerte in sein eigenes Vermögen überführt; die Masse hat aber einen Anspruch nach § 667, 675 Abs. 1 BGB (bzw. §§ 280 Abs. 1, 675 Abs. 1 BGB) gegen den Insolvenzverwalter. Auf dieser Basis wird angeführt, dass die Masse keinen Vermögensverlust zu verzeichnen habe, da der Anspruch aus §§ 667, 675 Abs. 1 BGB gegen den Verwalter gleichwertig mit dem Anspruch gegen die Bank sei.¹³⁹ Diesen Überlegungen muss jedoch entgegengehalten werden, dass die Forderung aus §§ 667, 675 Abs. 1 BGB mit dem Risiko der Insolvenz des Verwalters behaftet ist. Die Masse hat in dieser Konstellation keine Ansprüche gegen Dritte (wie etwa bei Einrichtung eines Insolvenzsonderkontos) und muss sich fortan (abgesehen von deliktsrechtlichen Ansprüchen) wie dargestellt an den Insolvenzverwalter halten; dieser haftet allerdings ohnehin bereits umfassend nach § 60 InsO, sodass dies faktisch keinen Ausgleich darstellen dürfte. Stattdessen wird der Masse ein potenzieller Anspruchsgegner – die Bank – entzogen. Der Verwalter ist zur Durchbrechung des Grundsatzes des § 80 InsO nur berechtigt, wenn besondere Gründe dafür gegeben sind. Dabei ist er insbesondere zu allen Maßnahmen berechtigt, die die Masse betreffen und den Interessen der Beteiligten dienen.¹⁴⁰ Daher stellt sich die Frage, ob die Einrichtung von Ander- oder Vollrechtstreuhandkonten diesen Anforderungen entspricht.

(2) Analyse der AKB

Man könnte überlegen, ob Rechtsanwälte, die als Insolvenzverwalter tätig werden, nach § 43a Abs. 5 S. 2 BRAO, § 4 BORA dazu verpflichtet sind,

Behandlung von Zahlungseingängen auf einem Rechtsanwaltsanderkonto im Insolvenzfall, EWiR 2009, 343 (344); *Vortmann* (Fn. 13), S. 266; *Wegener*, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 36), § 149 Rn. 7; wohl auch *Lind*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzordnung (Fn. 17), § 149 Rn. 4; *Stablschmidt*, Die Schwierigkeiten eines (Ander-)kontos, NZI 2011, 272 (274).

¹³⁸ *Piekenbrock*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzordnung (Fn. 17), § 80 Rn. 10.

¹³⁹ *Kamm* (Fn. 13), S. 1091; in diese Richtung auch *Büttner* (Fn. 132), S. 2313; *Schulte-Kaubrügger* (Fn. 114), S. 1402.

¹⁴⁰ *Piekenbrock*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzordnung (Fn. 17), § 80 Rn. 10.

Anderkonten für die Insolvenzmasse einzurichten. Zur Begründung ließe sich anführen, dass die allgemeinen und besonderen Berufspflichten nach überwiegender Auffassung auch für Rechtsanwälte gelten sollen, die als Insolvenzverwalter tätig sind¹⁴¹.

Zweifelhaft erscheint aber bereits die Möglichkeit, ein Sammelanderkonto zu führen (Nr. 1 Abs. 2 AKB), da den Mitgliedern des Verbands Insolvenzverwalter Deutschland e. V. die Führung von Sammelanderkonten nach Kap. III Nr. 7 GOI¹⁴² ausdrücklich untersagt ist. Ungeeignet erscheint auch die Regelung in Nr. 13 AKB: Bei Versterben des Insolvenzverwalters oder dem Verlust der Anwaltszulassung wird die zuständige Rechtsanwaltskammer oder eine von ihr bestimmte Person Kontoinhaber; § 55 Abs. 1, Abs. 5 BRAO sieht für diesen Fall aber vor, dass es der Rechtsanwaltskammer offensteht, einen Abwickler zu bestimmen, der unter anderem mit dem Anderkonto befasst wäre. Damit fände aber ein ungerechtfertigter Eingriff in die Aufsicht des Insolvenzgerichts (§ 58 InsO) sowie die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des neuen Insolvenzverwalters (§ 80 InsO) statt, sodass eine entsprechende Anordnung als nichtig anzusehen wäre (§ 44 VwVfG).¹⁴³ Zudem widerspricht Nr. 7 der AKB den Ansprüchen der Praxis: Demnach dürften nur Rechtsanwälten eine Kontovollmacht erteilt werden, was angesichts der arbeitsteiligen Büroorganisation nicht sachgerecht erscheint.¹⁴⁴ Darüber hinaus verbietet Nr. 6 S. 1 AKB die Umwandlung eines Anderkontos in ein Insolvenzsonderkonto und verkompliziert damit die Geschäftsführung durch den Verwalter.¹⁴⁵ Ferner würden die dargestellten Probleme nur Verwalter treffen, die zugleich als Rechtsanwälte tätig sind, und diese damit ohne Rechtfertigung schlechter

¹⁴¹ *Briggemann*, in: Feuerich/Weyland, BRAO, 9. Aufl. 2015, Einleitung Rn. 18; *Scharmer*, in: Hartung, BRAO, 6. Aufl. 2016, § 43a Rn. 89; dagegen: *Kleine-Cosack*, BRAO, 7. Aufl. 2015, Einleitung Rn. 79.

¹⁴² Grundsätze ordnungsgemäßer Insolvenzverwaltung vom 4.6.2011, zuletzt geändert durch Beschluss vom 22.4.2016.

¹⁴³ *Cranshaw* (Fn. 13), S. 610; auch *Kamm* (Fn. 13), S. 1087 und *Kießling* (Fn. 19), S. 444 sehen dies als Problem; so auch schon der Bundesverband des privaten Bankgewerbes in einem Rundschreiben vom 7.12.1962, abgedruckt in: WM 1962, 1334 (1335).

¹⁴⁴ *Kamm* (Fn. 13), S. 1087; *Kießling*, in: Berliner Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 18), § 149 Rn. 40; *Kießling* (Fn. 19), S. 444; *Ringstmeier*, Anderkonto oder Sonderkonto – wohin mit den Geldmitteln der Insolvenzmasse?, in: FS Runkel, 2009, S. 187 (201); allerdings entfaltet das teilweise vorgebrachte Argument, bei Anordnung einer Mitzeichnungspflicht entstünden Probleme, wenn das mitzeichnende Mitglied des Gläubigerausschusses selbst kein Rechtsanwalt ist (vgl. *Eckardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung V/1 (Fn. 21), § 149 Rn. 52; *Kuder* (Fn. 20), S. 586; *Ringstmeier* (a. a. O.), S. 201), nach der hier vertretenen Konzeption keine Wirkung, da die Mitzeichnungspflicht ohnehin nur im Innenverhältnis relevant wird.

¹⁴⁵ *Kießling* (Fn. 19), S. 444.

stellen.¹⁴⁶ Es erscheint also überzeugender, keine Verpflichtung zur Führung eines Anderkontos nach § 43a Abs. 5 S. 2 BRAO, § 4 BORA anzunehmen.

Zudem sprechen die hier dargestellten Erwägungen gegen die Pflichtgemäßheit der Führung eines Anderkontos durch den Insolvenzverwalter. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, der es für die Gläubiger zumutbar macht, die entsprechenden Einschränkungen hinzunehmen, wenn auch die Vereinbarung eines normalen offenen Vollrechtstreuhandkontos ohne diese Problematik möglich ist. Man könnte dagegen zwar einwenden, dass mit § 149a GAVI-InsO eine Regelung diskutiert wurde, die die Einrichtung von Anderkonten durch Insolvenzverwalter als verpflichtend vorsah.¹⁴⁷ Allerdings diene die Gesetzesvorlage primär dazu, das Insolvenzverfahren transparenter zu gestalten;¹⁴⁸ in diesem Kontext ging es wohl hauptsächlich darum, eine ausdrücklich normierte Trennung von Konten des Verwalters und der Masse in das Gesetz aufzunehmen und dem Verwalter detaillierte Verzeichnisvorgaben an die Hand zu geben.¹⁴⁹ Daraus lässt sich demnach nicht ableiten, ob mit einem Anderkonto hier ein Vollrechtstreuhandkonto oder ein Ermächtigungstreuhandkonto in Form des Insolvenzsonderkontos gemeint war. Demzufolge kommt § 149a GAVI-InsO kein Erkenntniswert zu. An dieser Stelle kann also festgestellt werden, dass die Einrichtung eines Anderkontos durch den Insolvenzverwalter pflichtwidrig ist.¹⁵⁰

(3) Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis

Der Schuldner ist im Falle des Sonderkontos als Rechtsträger der Masse Kontoinhaber. Aus diesem Grund könnte die Bank gegenüber den Ansprüchen aus dem Sonderkonto etwaige Einwendungen oder Einreden aus einem früheren Kontoverhältnis geltend machen.¹⁵¹ Dies stellt aber kein reales Problem bei der Einrichtung von Sonderkonten dar, da es dem Insolvenzverwalter offensteht, mit einer anderen Bank zu kontrahieren oder die Problematik durch Individualabrede zu regeln.¹⁵²

¹⁴⁶ *Kießling*, in: Berliner Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 18), § 149 Rn. 41.

¹⁴⁷ BT-Drucks. 16/7251, S. 7 und S. 14.

¹⁴⁸ BT-Drucks. 16/7251, S. 1.

¹⁴⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/7251, S. 14.

¹⁵⁰ Überdies sprechen die im Nachfolgenden dargestellten Erwägungen auch gegen die Zulässigkeit von Anderkonten, da diese als offene Vollrechtstreuhandkonten die gleichen Probleme aufweisen.

¹⁵¹ Dazu *BGH*, NJW 1995, 1484 (1484).

¹⁵² *Schulte-Kaubrügger* (Fn. 114), S. 1402.

(4) Verstrickungsproblematik

Die Unzulässigkeit einer Pfändung in das Insolvenzsonderkonto nach Eröffnung des Verfahrens gemäß § 89 Abs. 1 InsO führt lediglich dazu, dass kein Pfändungspfandrecht entsteht.¹⁵³ Demgegenüber tritt trotzdem die öffentlich-rechtliche Verstrickung und damit neben der Beschlagnahme (*inhibitorium*) das an die Bank gerichtete Verbot, als Drittschuldner zu leisten (*arrestatorium*), ein.¹⁵⁴ Diese erfasst das am Tag der Pfändung vorhandene Guthaben sowie das Tagesguthaben der auf die Pfändung folgenden Tage, § 833a ZPO. Die Bank ist also dazu gezwungen, das Konto zu sperren (§ 829 Abs. 1 S. 1 ZPO).¹⁵⁵ Der Insolvenzverwalter muss dagegen mit der Erinnerung (§ 766 ZPO) vorgehen oder die Rücknahme der Pfändung durch den Pfändungsgläubiger (§ 843 ZPO) erreichen.¹⁵⁶ Aus diesem Grund wird darauf hingewiesen, die Einrichtung eines Vollrechtstreuhandkontos sei notwendig, um einer solchen Immobilisierung zu entgehen und beispielsweise den schuldnerischen Betrieb weiterführen zu können.¹⁵⁷ Dies wird damit begründet, dass bei der Ausgestaltung als Vollrechtstreuhandkonto die Forderung gegen die Bank nicht pfändbar sei, da diese dem Insolvenzschuldner als Pfändungsschuldner nur wirtschaftlich zustehe, vermögensrechtlich jedoch dem Insolvenzverwalter zugeordnet sei. Folglich sei nur der Anspruch aus §§ 667, 675 Abs. 1 BGB gegen den Insolvenzverwalter pfändbar, sodass das Konto nicht immobilisiert werde.¹⁵⁸

Zutreffend daran ist, dass die Pfändung der Forderung des Verwalters gegen die Bank im Falle des Vollrechtstreuhandkontos gegenstandslos ist,¹⁵⁹ sondern nur der Anspruch aus §§ 667, 675 Abs. 1 BGB gegen den Verwalter gepfändet

¹⁵³ *Kamm*, in: *Bankenkommentar Insolvenzrecht I*, 3. Aufl. 2016, Vor § 80 Rn. 10; *Lüke*, in: *Kübler/Prütting/Bork, Insolvenzordnung* (Fn. 56), § 89 Rn. 21; *Piekenbrock*, in: *Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzordnung* (Fn. 17), § 89 Rn. 36.

¹⁵⁴ *BGH*, ZIP 2017, 2016 (Rn. 10 ff.); dazu *Engels*, *Zum Fortbestehen der Verstrickung der Vermögenswerte im Insolvenzverfahren*, NZI 2017, 894 (894 f.); *Lüke*, *Zu den Wirkungen der öffentlich-rechtlichen Verstrickung eines Vermögensgegenstandes in der Insolvenz*, EWiR 2017, 723 (723 f.); vgl. zur öffentlich-rechtlichen Verstrickung *Brax/Walker*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 11. Aufl. 2018, Rn. 361 ff.

¹⁵⁵ Vgl. nur *BGH*, ZIP 2017, 2016 (Rn. 10); dazu auch *Hintzen/Förster* (Fn. 17), S. 399.

¹⁵⁶ *Kamm* (Fn. 13), S. 1087.

¹⁵⁷ Vgl. nur *Zuleger* (Fn. 13), S. 418: „Erhebliches praktisches, auch rechtliches Bedürfnis“; die Einrichtung eines Pfändungsschutzkontos (§ 850k ZPO) scheidet aus, *Kamm* (Fn. 113), S. 89 f.

¹⁵⁸ Zu dieser Problematik vgl. *Hintzen/Förster* (Fn. 17), S. 399 f.

¹⁵⁹ Vgl. *BGHZ* 11, 37 (37 ff.); *Capeller*, *Die Pfändung von Fremdkonten*, MDR 1954, 708 (709); *Göttlich*, *Pfändung von Forderungen auf dem Notar-Anderkonto*, JurBüro 1960, 463 (465); *Hadatsch/Wagner*, *Pfändungsbeschluss und Drittschuldnererklärung*, 10. Aufl. 2012, S. 91; *Hintzen*, *Forderungspfändung*, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 54; *Sudergat*, *Kontopfändung*, 3. Aufl. 2013, Rn. 431.

werden kann.¹⁶⁰ Nicht zutreffend ist jedoch die daraus gezogene Schlussfolgerung, das Konto bleibe mobil: Nach § 829 Abs. 1 S. 1 ZPO ist dem Drittschuldner (hier dem Insolvenzverwalter) nach Eintritt der Beschlagnahme die Zahlung an den Pfändungsschuldner (den Schuldner als Rechtsträger der Masse) untersagt (relative Unwirksamkeit im Verhältnis zum Pfändungsgläubiger, §§ 135, 136 BGB)¹⁶¹. Davon ist die Leistung zur Erfüllung an den Pfändungsschuldner erfasst.¹⁶² Der Anspruch aus § 667 Var. 1, 675 Abs. 1 BGB erlischt jedoch durch Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB), wenn die überlassenen Mittel durch bestimmungsgemäße Ausführung verwendet werden und eine Herausgabe aus diesem Grund ausgeschlossen ist.¹⁶³ Angesichts dessen ist es dem Insolvenzverwalter dann aber nicht möglich, seine Forderung gegen die Bank zu verwirklichen (soweit davon ursprüngliches Vermögen der Masse betroffen wäre), da hierdurch die Mittel entsprechend des Innenverhältnisses zwischen dem Verwalter und der Masse bestimmungsgemäß für diese verwendet würden. Diese Schlussfolgerung entspricht auch der Ausgestaltung des Auftragsrechts: Im Grundsatz sollen alle Erträge dem Auftraggeber zugutekommen und kein Vorteil auf Seiten des Auftragnehmers verbleiben.¹⁶⁴ Dies wird unter anderem durch § 667 BGB sichergestellt.¹⁶⁵ Würde man zulassen, dass der Verwalter trotz der Verstrickung der Forderung aus §§ 667, 675 Abs. 1 BGB die überlassenen Mittel für die Masse verwenden kann, würde der Wert der beschlagnahmten Forderung verringert und der Pfändungsschuldner hätte einen entsprechenden Vorteil zu verbuchen. Damit wäre aber eine Umgehung der Wirkung des § 829 Abs. 1 S. 1 ZPO gegeben.

Demzufolge ist auch bei Führung eines Vollrechtstreuhandkontos eine mittelbare Immobilisierung des Kontos möglich, sodass diesbezüglich kein

¹⁶⁰ BGHZ 124, 298 (300 f.); *Neth-Unger*, in: MAH Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2018, § 3 Rn. 343; *Stöber*, Forderungspfändung: Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte, 16. Aufl. 2013, Rn. 403; *Sudergat* (Fn. 159), Rn. 432.

¹⁶¹ *Abrens*, in: Prütting/Gehrlein, Zivilprozessordnung, 11. Aufl. 2019, § 829 Rn. 90; *Kemper*, in: Saenger, Zivilprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 829 Rn. 32; *Seiler*, in: Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 40. Aufl. 2019, § 829 Rn. 37.

¹⁶² *Hergel*, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018, § 829 Rn. 19; *Smid*, in: MüKo-ZPO II, 5. Aufl. 2016, § 829 Rn. 49 ff; *Würdinger*, in: Stein/Jonas, Zivilprozessordnung VIII, 23. Aufl. 2017, § 829 Rn. 101 ff.

¹⁶³ *BGH*, ZIP 1991, 582 (583); *Schäfer*, in: MüKo-BGB V/2, 8. Aufl. 2019, § 667 Rn. 26; *Schwab*, in: NK-BGB II/2, 3. Aufl. 2016, § 667 Rn. 18; *Martinek/Omlor*, in: Staudinger, 2017, § 667 Rn. 5.

¹⁶⁴ *RGZ* 99, 31 (32); *Fischer*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck II, 4. Aufl. 2019, § 667 Rn. 1; *Riesenhuber*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.8.2019, § 667 Rn. 2.

¹⁶⁵ *Benthien*, in: Soergel X: Schuldrecht 8, 13. Aufl. 2012, § 667 Rn. 1; *Martinek/Omlor*, in: Staudinger (Fn. 163), § 667 Rn. 1.

Vorteil gegenüber dem Insolvenzsonderkonto besteht.¹⁶⁶ Selbst wenn man dieser Auffassung nicht folgt, kann die Einrichtung eines Vollrechtstreuhandkontos weitere Nachteile verursachen: Die Forderungen gegen die Bank gehören im Falle des Vollrechtstreuhandkontos zum Vermögen des Insolvenzverwalters; aus diesem Grund können die Gläubiger des Verwalters diese pfänden, sodass ebenfalls öffentlich-rechtliche Verstrickung eintritt, mit der Folge, dass der Bank wiederum die Leistung an den Verwalter untersagt ist. Zwar kann der Treugeber hiergegen mit der Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) vorgehen;¹⁶⁷ trotzdem wird das Konto immobilisiert.¹⁶⁸

(5) Bankgeheimnis

Problematisch erscheint überdies, dass die Bank im Falle eines Vollrechtstreuhandkontos das Bankgeheimnis¹⁶⁹ gegenüber dem Verwalter als Kontoinhaber zu wahren hat. Unabhängig von der Frage, ob die Bestimmung als Hinterlegungsstelle i. S. d. § 149 InsO diese Verpflichtung zu durchbrechen vermag,¹⁷⁰ bleibt die Problematik, jedenfalls wenn die Bank nicht als solche bestimmt wurde, bestehen: An sich ist die Bank berechtigt und verpflichtet, Auskünfte gegenüber Dritten zu verweigern. Die vom Bankgeheimnis umfassten Informationen ergeben sich allerdings aus dem wirklichen Willen des Kunden,¹⁷¹ soweit sich dieser nicht ermitteln lässt, aus seinem mutmaßlichen Willen¹⁷² und sofern dieses nicht erkennbar ist, nach dem objektiven Interesse.¹⁷³ Der mutmaßliche Wille sowie das objektive Interesse des Insolvenzverwalters gehen dahin, dass die Wahrnehmung der Kontrollaufgaben nach der Insolvenzordnung möglich bleibt; insofern wird man davon ausgehen können, dass hiervon auch die Zulässigkeit der Auskunft gegenüber den Gläubigern und dem Insolvenzgericht erfasst ist.¹⁷⁴ Demnach kann nur ein ausdrücklich geäußelter, wirklicher Wille des Verwalters die Geheimhaltungspflicht gegenüber dem Insolvenzgericht und den Gläubigern begründen. Dabei ist es allerdings

¹⁶⁶ Im Ergebnis so auch: *Cranshaw* (Fn. 13), S. 612.

¹⁶⁷ *BGH*, NJW 1993, 2622 (2622); *Canaris*, Inhaberschaft und Verfügungsbefugnis bei Bankkonten, NJW 1973, 825 (831 f.); *Lange*, Treuhandkonten in Zwangsvollstreckung und Insolvenz, NJW 2007, 2513 (2515); *Sudergat* (Fn. 159), Rn. 430; *Herget*, in: Zöller, Zivilprozessordnung (Fn. 162), § 771 Rn. 14.

¹⁶⁸ *Lind*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzordnung (Fn. 17), § 149 Rn. 4; *Eckardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung V/1 (Fn. 21), § 149 Rn. 54.

¹⁶⁹ Zu Historie, Inhalt und Grenzen ausführlich: *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 44 ff.

¹⁷⁰ Vgl. dazu *Sinzig*, in: Uhlenbruck I (Fn. 17), § 149 Rn. 25 ff.

¹⁷¹ BGHZ 27, 241 (246).

¹⁷² BGHZ 95, 362 (365).

¹⁷³ *Canaris* (Fn. 116), Rn. 49.

¹⁷⁴ So auch *Jaffé*, in: MüKo-InsO II (Fn. 15), § 149 Rn. 29

unzutreffend, Insolvenzzweckwidrigkeit im Verhältnis zu den Gläubiger anzunehmen (mit der Folge, dass diesen gegenüber weiterhin keine Geheimhaltungspflicht bestünde),¹⁷⁵ da der Insolvenzverwalter in diesem Fall für sich selbst handeln würde.¹⁷⁶ Folglich hätte der Insolvenzverwalter es in der Hand, die Auskunftsmöglichkeit gegenüber dem Insolvenzgericht und den Gläubigern durch entsprechende Erklärung auszuschließen; dem Gericht blieben dann nur Maßnahmen nach § 58 Abs. 2 InsO. Hinzu kommt, dass selbst bei Zulässigkeit der Auskunft keine Verpflichtung der Bank gegenüber dem Insolvenzgericht oder den Gläubigern besteht, da es sich hierbei um einen Grundrechtseingriff handelt, der einer Ermächtigungsgrundlage bedarf.¹⁷⁷ Demzufolge wären das Insolvenzgericht und die Gläubiger auch in dieser Konstellation auf die Kooperationsbereitschaft des Verwalters oder Aufsichtsmaßnahmen nach § 58 Abs. 2 InsO angewiesen. Dagegen besteht diese Problematik im Falle des Insolvenzsonderkontos nicht, da die Masse Kontoinhaber ist.¹⁷⁸

(6) §§ 11, 12 GwG und § 154 Abs. 2 AO

Zudem wird im Schrifttum darauf hingewiesen, dass bei der Einrichtung und Führung eines Insolvenzsonderkontos praktische Probleme aufgrund geldwäsche- und abgabenrechtlicher Vorschriften auftreten könnten.¹⁷⁹ Daraus könnte man schließen, dass die Einrichtung von Ander- und offenen Vollrechtstreuhandkonten notwendig und damit gerechtfertigt ist.

Nach § 11 Abs. 1 S. 1 GwG hat die Bank (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 GwG, § 1 Abs. 1 KWG) die Verpflichtung, Vertragspartner, gegebenenfalls für diese auftretende Personen sowie wirtschaftlich Berechtigte zu identifizieren. Gemäß § 1 Abs. 3 GwG besteht die Identifizierung aus der Feststellung und der Überprüfung der Identität. Handelt es sich um ein Insolvenzsonderkonto und ist der Insolvenzschuldner eine natürliche Person, hat das Kreditinstitut die in § 11 Abs. 4 Nr. 1 GwG genannten Angaben zu erheben; im Falle eines Vollrechtstreuhandkontos mit dem Schuldner als wirtschaftlich Berechtigtem (§ 3 Abs. 4 S. 2 GwG) ergeben sich dabei nach § 11 Abs. 5 S. 1 GwG keine relevanten Unterschiede. Dies gilt auch für die Identitätsüberprüfung nach § 12 GwG.

¹⁷⁵ So aber *Jaffé*, in: MüKo-InsO II (Fn. 15), § 149 Rn. 30.

¹⁷⁶ Vgl. *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 34).

¹⁷⁷ Vgl. *Canaris* (Fn. 116), Rn. 38.

¹⁷⁸ *Schulte-Kaubrügger* (Fn. 114), S. 1403.

¹⁷⁹ *Zuleger* (Fn. 13), S. 418.

Anders stellt sich die Lage jedoch dar, wenn der Insolvenzschuldner eine juristische Person oder Personengesellschaft ist: Im Falle eines Insolvenzsonderkontos muss die Bank nach § 11 Abs. 4 Nr. 2 GwG Firma, Name oder Bezeichnung, die Rechtsform, gegebenenfalls die Registernummer, die Anschrift sowie die Namen der Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Namen der gesetzlichen Vertreter ermitteln. Demgegenüber ist bei einem Vollrechtstreuhandkonto nach § 11 Abs. 5 S. 1 GwG grundsätzlich ausreichend, den Namen des Insolvenzschuldners festzustellen.¹⁸⁰ Die Identifizierung hat nach § 11 Abs. 1 S. 1 GwG vor Begründung der Geschäftsbeziehung oder Durchführung der Transaktion zu erfolgen.¹⁸¹

Demzufolge ist es nicht ausgeschlossen, dass sich die Einrichtung als Insolvenzsonderkonto hier in Kombination mit der Überprüfung nach § 12 GwG verzögernd auswirken kann, wenn die entsprechenden Personen nicht mehr mitwirken, nicht auffindbar sind oder ein unübersichtliches Netzwerk an Gesellschaftern besteht. Für die Überprüfung nach § 154 Abs. 2 AO gilt diese Problematik jedoch nicht: Die Bank ist nach § 154 Abs. 2 AO verpflichtet, sich vor¹⁸² Eröffnung des Kontos über die Person¹⁸³ und die Anschrift sowie die Daten nach § 154 Abs. 2a AO eines jeden Verfügungsberechtigten und wirtschaftlich Berechtigten zu informieren und diese Angaben in geeigneter Form festzuhalten (§ 154 Abs. 2 S. 3 AO). Verfügungsberechtigter ist der Kontoinhaber sowie alle, die zur Verfügung über das Konto bevollmächtigt sind (Nr. 4 S. 1 AEAO zu § 154 AO).¹⁸⁴ Allerdings reicht bei juristischen Personen und Personengesellschaften die Bezugnahme auf eine amtliche Veröffentlichung

¹⁸⁰ Bei juristischen Personen und Personenhandelsgesellschaften sind neben den Verfügungsberechtigten auch die wesentlichen Anteilseigner zu identifizieren, vgl. *Sonnenberg*, in: Zentes/Glaab, Geldwäschegesetz, 2018, § 11 Rn. 25. Allerdings hindert dies nicht die Eröffnung eines Kontos (bzw. die Durchführung der Transaktion), da der wirtschaftlich Berechtigte nach § 3 Abs. 2 S. 5 GwG bei erfolgloser Prüfung fingiert wird.

¹⁸¹ Zwar kann die Bank nach § 25j KWG die Identifizierung auch nach der Begründung der Geschäftsbeziehung abschließen, allerdings dürften dann vor Abschluss der Identitätsüberprüfung keine Gelder von dem Konto abverfügt werden, sodass dies das Problem für den Verwalter nicht zu beheben vermag. Auch die Möglichkeit der Bank, die Identifizierung nach § 11 Abs. 1 S. 2 GwG während der Begründung der Geschäftsbeziehung abzuschließen, entschärft die Lage nicht, da Voraussetzung hierfür ein geringes Risiko für Geldwäsche ist, dessen restriktiv vorzunehmende Beurteilung in den Risikobereich der Bank fällt, vgl. *Diergarten/Fraulob*, Geldwäsche, 2019, S. 275.

¹⁸² Vgl. *Brandis*, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung, 156. EL 2019, § 154 Rn. 11.

¹⁸³ Vgl. *Djfsars*, in: Schwarz/Pahlke, Abgabenordnung, 191. EL 2019, § 154 Rn. 20a; *Rätke*, in: Klein, Abgabenordnung, 14. Aufl. 2018, § 154 Rn. 12.

¹⁸⁴ Die Legitimationsprüfung des Insolvenzverwalters als Verfügungsberechtigtem ist regelmäßig nach § 154 Abs. 2d AO entbehrlich, vgl. Nr. 11.1 c) AEAO zu § 154 AO.

oder auf ein amtliches Register aus (Nr. 7.1.2 AEAO zu § 154 AO), sodass keine § 11 Abs. 4 Nr. 2 GwG entsprechende Datenerhebung erfolgen muss.¹⁸⁵

dd) Schlussfolgerung

Dass diese Argumentation eine Abweichung von dem durch § 80 InsO normierten Grundsatz rechtfertigen soll, erscheint allerdings nicht überzeugend: Sollte hierdurch wirklich ein praktisches Problemfeld entstehen, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, diese Problematik einer Lösung zuzuführen. Es ist jedoch unzutreffend, aus als defizitär empfundenen Regelungen, die Einzelfälle betreffen, eine Durchbrechung des durch § 80 InsO konstituierten Grundsatzes, dass der Schuldner Rechtsträger des Vermögens ist, ableiten zu wollen. Hinzu kommt – wie dargestellt –, dass sowohl im Bereich des Bankgeheimnisses als auch durch das Risiko der öffentlich-rechtlichen Verstrickung bei Pfändungsversuchen gegen den Verwalter im Falle des Vollrechtstreuhandkontos nicht zumutbare Risiken für die Masse und mittelbar für die Gläubiger entstehen. Außerdem entstünden hinsichtlich der Überführung des Kontos bei Abwahl des Verwalters Probleme, da dieser Kontoinhaber bliebe.¹⁸⁶ Ferner hat die Masse keine Auskunftsansprüche gegen die Bank.¹⁸⁷ Aus diesen Gründen ist es überzeugend, die Einrichtung und Führung von Vollrechtstreuhand- und Anderkonten als pflichtwidrig einzuordnen. Angesichts dessen, dass diese Nachteile nicht offenkundig in grundlegender Weise gegen den Zweck des Insolvenzverfahrens verstoßen, ist allerdings keine Insolvenzzweckwidrigkeit der bloßen Eröffnung von Ander- und offenen Vollrechtstreuhandkonten anzunehmen; vielmehr stellt diese einen Verstoß im Innenverhältnis dar.

b) Schlussfolgerungen für die Abgrenzung zwischen den Kontoformen

Vor dem Hintergrund der dargestellten Pflichtwidrigkeit offener Vollrechtstreuhandkonten wird man davon ausgehen müssen, dass der Verwalter allein die Masse berechtigen und verpflichten und gerade pflichtgemäß handeln will; aus diesem Grund wird die Auslegung regelmäßig eine Einrichtung als Ermächtigungstreuhand in Form des Sonderkontos ergeben.¹⁸⁸ Sollte trotz dieser Auslegung ein Vollrechtstreuhandkonto eingerichtet werden, so kann die Bestimmung der Bank als Hinterlegungsstelle i. S. d. § 149 InsO daran nichts ändern, da der Vertrag zwischen dem Verwalter als Kontoinhaber und der Bank

¹⁸⁵ Rätke, in: Klein, Abgabenordnung (Fn. 183), § 154 Rn. 12.

¹⁸⁶ Holzner, in: Kübler/Prütting/Bork, Insolvenzordnung (Fn. 56), § 149 Rn. 8a; Schulte-Kaubrügger (Fn. 114), S. 1403.

¹⁸⁷ Cranshaw (Fn. 13), S. 610.

¹⁸⁸ Vgl. Sinz, in: Uhlenbruck I (Fn. 17), § 149 Rn. 13c; Im Ergebnis auch Stablschmidt (Fn. 137), S. 274 f., der allerdings von einer Abbedingung der AGB hinsichtlich der Einrichtung von Anderkonten ausgeht.

inter partes stattfindet und die Bestimmung zur Hinterlegungsstelle wie oben dargestellt keine Außenwirkung entfalten kann, sondern reines Verfahrensinternum bleibt.¹⁸⁹

3. Zwischenergebnis

Demzufolge bestehen Pflichten der Bank gegenüber der Insolvenzmasse nur im Falle eines Insolvenzsonderkontos. Vertragliche Warn- und Prüfpflichten bei offenen Vollrechtstreuhand- und Anderkonten scheiden somit aus.

II. Pflichten der Bank

Vertragsparteien haben bei Abwicklung des Schuldverhältnisses Rücksicht auf die Rechtsgüter (auch das Vermögen) des anderen Teils zu nehmen.¹⁹⁰ Allerdings fungiert die Bank als bloße Zahlstelle: Sie wird nur zum Zweck der technischen Abwicklung tätig und muss sich angesichts dieses begrenzten Zweckes und der gleichzeitigen Massenhaftigkeit der abzuwickelnden Geschäfte grundsätzlich nicht um die Interessen der Beteiligten kümmern.¹⁹¹ Seine Grenze findet dieser Grundsatz jedoch dann, wenn es der Bank nach Treu und Glauben zumutbar ist, entsprechende Handlungen vorzunehmen.¹⁹² Übertragen auf den Fall schädigender Handlungen des Verwalters hinsichtlich eines Insolvenzsonderkontos könnte man darüber nachdenken, die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze hinsichtlich des Missbrauchs der Vertretungsmacht im bargeldlosen Zahlungsverkehr zu übertragen: Demnach treffen die Bank dann Warnpflichten, wenn sich der massive Verdacht des Missbrauchs der Vertretungsmacht durch den Vertreter offenkundig aufdrängen muss.¹⁹³ Nach der herrschenden Amtstheorie, die hier zugrunde gelegt wird, agiert der Verwalter zwar nicht als Stellvertreter des Schuldners, sondern als Rechtspflegeorgan, das in eigenem Namen und mit Wirkung für die Masse und den Schuldner auftritt, allerdings ähneln sich die Konstellationen hier insofern, als die Handlungen des Verwalters als grundsätzlich nur im Innenverhältnis gebundenem Dritten, die Masse treffen sollen. Es erscheint auch hier der Bank nach Treu und Glauben zumutbar, gegebenenfalls bei entsprechenden Handlungen des Verwalters eine Warnung gegenüber ihrem Vertragspartner auszusprechen und die Ausführung so lange zu verweigern. Im Rahmen des Missbrauchs der Vertretungsmacht sind jedoch massive Verdachtsmomente

¹⁸⁹ So im Ergebnis auch *BGH*, ZIP 2007, 2279 (Rn. 10); NJW 2019, 1442 (Rn. 32).

¹⁹⁰ *BGHZ* 157, 256 (266); 176, 281 (Rn. 14); zur Schutzpflicht beim Girovertrag *BGH*, WM 1976, 474 (474).

¹⁹¹ *BGHZ* 176, 281 (Rn. 14).

¹⁹² *BGH*, WM 1957, 28 (30); WM 1976, 474 (474).

¹⁹³ *BGH*, WM 1957, 28 (30); WM 1976, 474 (474); ZIP 1999, 1303 (1304); ZIP 2004, 1742 (1743).

notwendig.¹⁹⁴ Davon wird angesichts der nach § 80 InsO grundsätzlich unbeschränkten Befugnis des Verwalters regelmäßig nur dann auszugehen sein, wenn sein Handeln objektiv insolvenzzweckwidrig ist, da der Bank sowohl seine Eigenschaft als Verwalter bekannt sein dürfte als auch die Führung als Insolvenzsonderkonto für die Masse.

Der *BGH* hat auf Basis dieses Ergebnisses allerdings vertreten, dass der Bank bekannt sein müsse, dass diese als Hinterlegungsstelle i. S. d. § 149 InsO bestimmt oder das Konto in der Art einer Hinterlegungsstelle geführt wurde.¹⁹⁵ Dieses Kriterium erlangt insofern keine eigenständige Bedeutung, als sich schon allein aufgrund der Einrichtung als Insolvenzsonderkonto für die Bank regelmäßig ergeben dürfte, dass ein Handeln des Verwalters seine Grenze im Insolvenzzweck findet, ein evident insolvenzzweckwidriges Verhalten also eine Warnpflicht gegenüber dem Kontoinhaber begründet.

Allerdings stellt sich die Frage, gegenüber wem die Bank diese Pflicht zu erfüllen hat. Der Schuldner ist kein geeigneter Ansprechpartner, da ihm die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis entzogen ist (§ 80 InsO).¹⁹⁶ Das Insolvenzgericht führt nach § 58 Abs. 1 S. 1 InsO die Aufsicht über den Verwalter im Interesse der Gläubiger, des Schuldners und betroffener Dritter.¹⁹⁷ Dabei hat es mittelbar die Interessen der Masse zu vertreten und ist damit geeigneter Ansprechpartner der Bank zur Erfüllung der ihr obliegenden Warnpflichten.¹⁹⁸ Der Gläubigerausschuss hat den Verwalter bei der Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen (§ 69 S. 1 InsO); dabei handelt er im Interesse aller Beteiligten und des Schuldners.¹⁹⁹ Aus diesem Grund ist jedes Mitglied zu einer unabhängigen Amtsführung verpflichtet, die sich allein an den Zielen des Verfahrens orientiert.²⁰⁰ Demzufolge ist auch der Gläubigerausschuss geeigneter Ansprechpartner für die Bank, wenn der Verwalter im Verdacht steht, diesen Verfahrenszielen hinsichtlich des Insolvenzsonderkontos zuwiderzuhandeln.

¹⁹⁴ *BGH*, WM 1992, 1362 (1363); ZIP 1999, 1303 (1304).

¹⁹⁵ *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 25).

¹⁹⁶ *Ebd.*, Rn. 28.

¹⁹⁷ *Gerhardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung II (Fn. 48), § 58 Rn. 5; *Vallender/Zipperer*, in: Uhlenbruck I (Fn. 17), § 58 Rn. 1.

¹⁹⁸ *BGH*, NJW 2019, 1142 (Rn. 28); *Vortmann*, Schadensersatzpflicht der kontoführenden Bank wegen pflichtwidriger Verwendung von Fremdgeldkonten, BKR 2007, 449 (452).

¹⁹⁹ RGZ 31, 119 (122); *Frege*, Die Rechtsstellung des Gläubigerausschusses nach der Insolvenzordnung, NZG 1999, 478 (479); *Schmidt-Burke*, in: MüKo-InsO I (Fn. 125), § 69 Rn. 2.

²⁰⁰ *BGH*, ZIP 2008, 652 (Rn. 15); *Bruckhoff*, Entlassung eines Rechtsanwalts als Gläubigerausschussmitglied, NZI 2008, 229 (230); *Schmitt*, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 36), § 69 Rn. 2; ausführlich zur Stellung des Gläubigerausschusses: *Frege* (Fn. 199), S. 478 ff.

Der Gläubigerversammlung obliegt dagegen allein die Wahrung der Interessen der Insolvenzgläubiger und der absonderungsberechtigten Gläubiger.²⁰¹ Zudem muss sie durch das Insolvenzgericht einberufen werden.²⁰² Dies könnte Unsicherheiten begründen und es entspricht wie dargestellt nicht den Aufgaben der Versammlung, die Einhaltung der Verfahrensziele zu überwachen, was sich auch in ihrer nicht vorhandenen Haftung zeigt. Angesichts dessen erscheint es überzeugender, nur das Insolvenzgericht und den Gläubigerausschuss (dessen Bestehen und die Kenntnis der Bank von diesem vorausgesetzt) als Ansprechpartner zur Erfüllung der Warnpflicht anzusehen.

Für die Bank stellt sich nach erfolgtem Warnhinweis die Frage, von dem eine entsprechende Freigabe erteilt werden kann. Eine konkurrierende Zuständigkeit von Insolvenzgericht und Gläubigerausschuss ist der Insolvenzordnung fremd.²⁰³ Allerdings erscheint es überzeugend, aus § 149 Abs. 1 S. 2 InsO eine Wertung der Insolvenzordnung dahingehend abzuleiten, dass der Gläubigerausschuss hinsichtlich der Anlegung und Hinterlegung von Geldern eine vorrangige Zuständigkeit besitzt.²⁰⁴

D. Deliktsrechtliche Haftung

I. Ander- und offene Vollrechtstreuhandkonten

1. § 826 BGB

In Betracht kommt eine Haftung der Bank nach § 826 BGB. Den Eintritt eines Schadens vorausgesetzt,²⁰⁵ wäre ein dafür kausales sittenwidriges vorsätzliches Verhalten der Bank erforderlich.²⁰⁶ Eine Handlung ist sittenwidrig, wenn sie dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht.²⁰⁷ Im Kern geht es dabei um die berechtigten Verhaltenserwartungen im rechtlichen Verkehr.²⁰⁸

²⁰¹ *Buck*, in: Huntemann/Brockdorff, Der Gläubiger im Insolvenzverfahren, 1999, Kap. 10 Rn. 1; *Ebricke/Abrens*, in: MüKo-InsO I (Fn. 125), § 74 Rn. 2.

²⁰² Vgl. *Kamm*, in: Rattunde/Smid/Zeuner, Insolvenzordnung II, 4. Aufl. 2019, § 74 Rn. 3.

²⁰³ *Reck* (Fn. 13), S. 212.

²⁰⁴ *Undritz* (Fn. 13), S. 1487; so auch *Reck* (Fn. 13), S. 212, der allerdings das Erfordernis einzelfallbezogener Absprachen sieht, die angesichts des Haftungsrisikos problematisch seien.

²⁰⁵ Vgl. dazu: *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 37).

²⁰⁶ Dabei müssten allerdings die Voraussetzungen der Zurechnung nach § 31 BGB oder der Haftung nach § 831 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt sein, vgl. dazu *Wagner*, in: MüKo-BGB VI, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 37 ff.

²⁰⁷ *Mugdán*, Motive II, S. 406; RGZ 48, 114 (124); *Förster*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck III, 4. Aufl. 2019, § 826 Rn. 10; *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Bürgerliches Gesetzbuch (Fn. 121), § 826 Rn. 5.

²⁰⁸ Dazu ausführlich *Oechsler*, in: Staudinger, 2018, § 826 Rn. 24 ff., insbes. Rn. 31.

Bei Vollrechtstreuhand- und Anderkonten besteht ein Treuhandverhältnis zwischen dem Verwalter als Treuhänder und der Masse. Verträge wirken nur *inter partes*, sodass die bloße Ausnutzung eines Vertragsbruchs durch Dritte kein sittenwidriges Verhalten begründet.²⁰⁹ Erforderlich ist also ein qualifizierendes Merkmal in Form einer besonderen Rücksichtslosigkeit des Dritten. Ein solches lässt sich unter anderem aus der Verletzung besonderer Treuepflichten ableiten: Wie sich aus § 266 StGB ergibt, kommt diesen gegenüber anderen vertraglichen Pflichten eine herausgehobene Bedeutung zu.²¹⁰ Nach allgemeinen Grundsätzen ist Sittenwidrigkeit dann im Falle des kollusiven Zusammenwirkens gegeben.²¹¹

Allerdings vertritt der *BGH* im Urteil vom 7.2.2019 die Auffassung, dass auch Leichtfertigkeit ausreichend sei; diese sei gegeben, wenn sich eine objektiv evident insolvenzzweckwidrige Schädigung durch den Verwalter aufdrängen musste.²¹² Damit überträgt der *BGH* die bisher auf den Bereich des Missbrauchs der Vertretungsmacht beschränkten Grundsätze²¹³ auf fiduziarische Treuhandverhältnisse. Zuvor wurde sittenwidriges Verhalten des Dritten bei Verletzung der Treuhandabrede nur bei Kollusion angenommen.²¹⁴ Der Verwalter verfügt in diesem Fall im eigenen Namen über eigene Rechte. Nach § 137 S. 1 BGB entfaltet die treuhänderische Bindung keine Außenwirkung, sodass auch objektiv evident insolvenzzweckwidrige Handlungen hinsichtlich des Kontos danach nicht unwirksam sind. Konstruiert man nun eine Haftung des Dritten (der Bank) für den Fall, dass sich diesem der Verstoß gegen die Treuhandabrede aufdrängen musste, mit dem Ergebnis, dass dieser faktisch zur Herausgabe verpflichtet ist, so wird das Äquivalent einer dinglichen Wirkung der Treuhandabrede geschaffen.

Allerdings muss diesen Überlegungen entgegengehalten werden, dass ein Zahlungsauftrag des Verwalters auch nach § 134 BGB, § 266 StGB nichtig sein kann:²¹⁵ Bei dem Zahlungsauftrag handelt es sich um eine einseitige

²⁰⁹ Vgl. dazu: *Hager*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 6. Aufl. 2018, S. 1261 Rn. 903; *Oechsler*, in: Staudinger (Fn. 208), § 826 Rn. 224 f.; *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Bürgerliches Gesetzbuch (Fn. 121), § 826 Rn. 19.

²¹⁰ BGHZ 12, 308 (319 f.).

²¹¹ Vgl. nur BGHZ 14, 313 (317); *Oechsler*, in: Staudinger (Fn. 208), § 826 Rn. 237.

²¹² *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 36); ähnlich BGHZ 186, 58 (Rn. 18).

²¹³ Vgl. dazu *Oechsler*, in: Staudinger (Fn. 208), § 826 Rn. 241; allgemein zum Missbrauch der Vertretungsmacht: RGZ 75, 299 (299); BGHZ 50, 112 (114); *BGH*, WM 1964, 50 (506); WM 1966, 491 (492)

²¹⁴ Vgl. BGHZ 12, 308 (320); *BGH*, NJW 2014, 1380 (Rn. 9); der Verweis in *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 36) auf BGHZ 176, 281 (Rn. 47) ist irreführend, da dort keine Treuhand gegeben war.

²¹⁵ Vgl. zur Nichtigkeit nach § 134 BGB, § 266 StGB: *Kamm* (Fn. 113), S. 64 f.

empfangsbedürftige Willenserklärung.²¹⁶ Die Nichtigkeit nach § 134 BGB, § 266 StGB setzt also voraus, dass der Verwalter den Straftatbestand des § 266 StGB objektiv und subjektiv²¹⁷ verwirklicht hat. Hier kommt nur § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB in Betracht, da der Verwalter nicht über fremde Rechte verfügt. Dabei ist neben den anderen Merkmalen eine gravierende Pflichtverletzung erforderlich; eine solche wird insbesondere im Falle sachwidriger Motive angenommen, also wenn der Verwalter den Interessen seines Treugebers zuwiderhandelt.²¹⁸ Davon sind nur erhebliche und evidente Verletzungen erfasst.²¹⁹ Insofern wird man wohl annehmen müssen, dass dieses Kriterium auf Basis einer restriktiven Auslegung nur von objektiv evident insolvenzzweckwidrigen Maßnahmen des Verwalters erfüllt wird. Daraus ergibt sich, dass objektiv evident insolvenzzweckwidrige Zahlungsaufträge des Verwalters regelmäßig nach § 134 BGB, § 266 StGB auch bei Vollrechtstreuhandkonten nichtig sind; die Abrede im Innenverhältnis zeitigt also hier nach der gesetzlichen Systematik Außenwirkung. Demzufolge droht keine Umgehung des § 137 S. 1 BGB, sodass die dargestellten Grundsätze der Leichtfertigkeit im Falle objektiv evident insolvenzzweckwidriger Handlungen anwendbar sind.

Mithin liegt Sittenwidrigkeit außer bei Kollusion also jedenfalls dann vor, wenn die Bank (1) Kenntnis von dem betreffenden Treuhandverhältnis hatte²²⁰ (2) eine Treupflichtverletzung in Form einer objektiv evident insolvenzzweckwidrigen Zahlungsauftrags des Verwalters vorlag und (3) der Bank Umstände positiv bekannt waren, aufgrund derer sich diese Treupflichtverletzung aufdrängen musste, die Bank also leichtfertig gehandelt hat. Allerdings ist hinsichtlich der Leichtfertigkeit zu beachten, dass die berechtigten Verkehrserwartungen im Rahmen des § 826 BGB nur einen absoluten Mindeststandard setzen sollen und die Anforderungen an die Bank als Zahlstelle restriktiv zu handhaben sind. Bei Vorliegen der Sittenwidrigkeit ist der Vorsatz indiziert.²²¹ Sofern diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist die Haftung der kontoführenden Bank nach § 826 BGB gegeben.

²¹⁶ Foerster, in: BeckOGK-BGB (Fn. 164), § 675f Rn. 85.

²¹⁷ Vgl. BGHZ 132, 313 (318); Vossler, in: BeckOGK-BGB (Fn. 164), § 134 Rn. 69.

²¹⁸ Dierlamm, in: MüKo-StGB V, 3. Aufl. 2019, § 266 Rn. 179.

²¹⁹ Ebd., § 266 Rn. 183.

²²⁰ Vgl. BGH, NJW 2014, 1380 (Rn. 9); Wagner, in: MüKo-BGB VI (Fn. 206), § 826 Rn. 72.

²²¹ Zum Verhältnis von Vorsatz und Sittenwidrigkeit vgl. Wagner, in: MüKo-BGB VI (Fn. 206), § 826 Rn. 31 f.

2. § 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB, § 266 Abs. 1 StGB und § 823 Abs. 2 BGB, § 261 Abs. 2 StGB

Eine Haftung der Bank wegen Beteiligung an unerlaubten Handlungen des Insolvenzverwalters käme nach § 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB, § 266 Abs. 1 StGB in Betracht, wenn dieser nach § 823 Abs. 2 BGB, § 266 Abs. 1 StGB haften würde und eine Beteiligung i. S. d. § 830 Abs. 2 BGB (regelmäßig Beihilfe, § 27 StGB)²²² vorläge. Bei der Umsetzung pflichtwidriger Anweisungen des Verwalters sind die Mitarbeiter der Bank jedoch im Rahmen ihres beruflichen Tätigkeitsbereichs involviert. Derartige Fälle werden unter dem Stichwort der neutralen Beihilfe²²³ diskutiert. Hinsichtlich des Gehilfenvorsatzes ergibt sich aus der Rechtsprechung des *BGH*, dass allein das Für-möglich-Halten der Nutzung des Beitrags des Gehilfen nicht ausreicht, um den Vorsatz zu begründen; stattdessen soll positives Wissen vorausgesetzt werden.²²⁴ Allerdings wird dieser Grundsatz für den Fall durchbrochen, dass der Gehilfe die Augen vor offenkundigen Risiken verschließt und Kontrollmaßnahmen unterlässt; dann soll bedingter Gehilfenvorsatz vorliegen.²²⁵ Überträgt man diese Grundsätze, so wird regelmäßig bereits eine Haftung nach § 826 BGB gegeben sein, sodass die Haftung nach § 830 Abs. 1

²²² Diesbezüglich finden die strafrechtlichen Grundsätze Anwendung, vgl. BGHZ 8, 288 (292); *Jacoby/v. Hinden*, Studienkommentar BGB, 16. Aufl. 2018, § 830 Rn. 2; *Katzenmeier*, in: NK-BGB II/2 (Fn. 163), § 830 Rn. 7; *Spindler*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck III (Fn. 207), § 830 Rn. 10.

²²³ Auch hier sind die strafrechtlichen Kriterien anzuwenden, vgl. *Eberl-Borges*, in: Staudinger, 2017, § 830 Rn. 48; *Fleischer*, Zur zivilrechtlichen Teilnehmerhaftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation nach deutschem und US-amerikanischem Recht, AG 2008, 265 (270); *Spindler*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck III (Fn. 207), § 830 Rn. 13.

²²⁴ BGHZ 176, 281 (Rn. 46); 184, 365 (Rn. 39). So auch die Auffassung des *BGH* zur Beihilfe durch Bankangestellte im Strafrecht: BGHSt 46, 107 (110 ff.).

²²⁵ BGHZ 184, 365 (Rn. 43); *BGH*, ZIP 2011, 1998 (Rn. 53).

S. 1, Abs. 2 BGB i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB, § 266 Abs. 1 StGB²²⁶ hier keine Bedeutung erlangen dürfte.²²⁷

II. Insolvenzsonderkonten

Beim Insolvenzsonderkonto verfügt der Treuhänder kraft Ermächtigung im eigenen Namen (§ 185 Abs. 1 BGB bzw. § 80 InsO) über fremdes Vermögen. Die Bindung ergibt sich wiederum aus der Treuhandabrede und entfaltet hier nach allgemeinen Grundsätzen bei Insolvenzzweckwidrigkeit Außenwirkung. Insofern besteht Vergleichbarkeit zu den oben dargestellten Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht. Folglich gelten die obigen Ausführungen hinsichtlich der Haftung nach § 826 BGB, nach § 830 Abs. 1 S. 1 BGB und nach § 823 Abs. 2 BGB, § 261 Abs. 2 StGB entsprechend.

E. Haftung nach §§ 675u, 675j Abs. 1, 675f Abs. 2 BGB

Allerdings ist ein Schaden nach den dargestellten Grundsätzen nur ersatzfähig, wenn kein von § 675u BGB erfasster Posten betroffen ist, da die §§ 675u, 675j Abs. 1, 675f Abs. 2 BGB abschließend sind (§ 675z S. 1 BGB).²²⁸ Wenn der Insolvenzverwalter der kontoführenden Bank einen Zahlungsauftrag evident insolvenzzweckwidrig erteilt, ist dieser im Falle eines Insolvenzsonderkontos unwirksam; bei einem Vollrechtstreuhand- oder Anderkonto ergibt sich die Unwirksamkeit wie dargestellt regelmäßig aus § 134 BGB, § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB. Dann liegt keine Autorisierung i. S. v. § 675j Abs. 1 S. 1 BGB vor, sodass die Bank nach §§ 675u, 675j Abs. 1, 675f Abs. 2 BGB haftet.

F. Schlussbemerkungen

Aus den dargestellten Überlegungen ergibt sich also Folgendes:

²²⁶ Eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB, § 261 Abs. 2 StGB hinsichtlich der Konteneröffnung scheidet aus, da die Eröffnung nicht insolvenzzweckwidrig ist, also kein gravierender Verstoß i. S. v. § 266 Abs. 2 Var. 2 StGB vorliegt, sodass § 261 Abs. 2, Abs. 2 S. 2 Nr. 4 lit. a StGB mangels rechtswidriger Vortat nicht verwirklicht ist. Demzufolge kommt eine Strafbarkeit nur in Betracht, wenn der Verwalter Gelder vom Treuhandkonto auf ein Privatkonto, welches bei dem gleichen Kreditinstitut geführt wird, evident insolvenzzweckwidrig überweist, da hier eine Strafbarkeit des Verwalters nach § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB im Raum steht. Angesichts dessen, dass diese Konstellation nur selten Praxisrelevanz entfalten dürfte und ohnehin regelmäßig die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllt sind, wird auf eine weitere Untersuchung an dieser Stelle verzichtet.

²²⁷ *Eberl-Borges*, in: Staudinger (Fn. 223), § 830 Rn. 48; *Fleischer* (Fn. 223), S. 270; *Mensching*, Die zivilrechtliche Haftung für „neutrale“ berufstypische Beihilfehandlungen nach § 830 Abs. 2, Abs. 1 S. 1 BGB – alter Wein in neuen Schläuchen?, *VersR* 2012, 411 (414).

²²⁸ *Omlor*, in: Staudinger, 2012, § 675z Rn. 5; *Schwintowski*, Bankrecht (Fn. 106), Kap. 9 Rn. 290 ff.

1) Die Eröffnung von Ander- und offenen Vollrechtstreuhandkonten ist pflichtwidrig; pflichtgemäß sind ausschließlich Insolvenzsonderkonten. Insofern ist dem *BGH* hier zuzustimmen, da die Begründung des Gerichts wohl auch offene Vollrechtstreuhandkonten erfasst.²²⁹ Allerdings wird die Vereinbarung regelmäßig als Eröffnung eines Sonderkontos auszulegen sein.

2) Aus der Einordnung als Hinterlegungsstelle ergeben sich weder bei Geltung des § 149 InsO a. F. noch in der aktuellen Fassung Pflichten der Bank, eine Haftung als Hinterlegungsstelle scheidet also aus. Zudem kann keine § 149 Abs. 2 InsO a. F. entsprechende Wirkung durch Beschluss der Gläubigerversammlung hergestellt werden. Bei Anwendbarkeit des § 149 Abs. 2 InsO a. F. nach Art. 103c Abs. 1 S. 1 InsO ist die Kenntnis der Bank von ihrer Eigenschaft als Hinterlegungsstelle notwendig. Für das Urteil des *BGH* bedeutet dies, dass ihm für den konkreten Fall im Ergebnis zuzustimmen ist: Die Einordnung als Hinterlegungsstelle entfaltet hier keine Auswirkungen für die Bank. Dies resultiert aber aus der fehlenden diesbezüglichen Kenntnis der Bank²³⁰ und nicht (nur) aus den Erwägungen des *BGH*, da das Verfahren am 1.5.2007 eröffnet wurde und somit § 149 Abs. 2 InsO a. F. Anwendung fand. Den abstrakten Erwägungen ist jedoch für die aktuelle Fassung im Ergebnis zuzustimmen.

3) Liegt ein objektiv evident insolvenzzweckwidriger Zahlungsauftrag vor, so haftet die Bank wie dargestellt sowohl bei Sonder- als auch Ander- und Vollrechtstreuhandkonten nach §§ 675u, 675j Abs. 1, 675f Abs. 2 BGB.²³¹ Darüber hinaus kommt eine Haftung nur bei davon nicht erfassten Schadensposten in Betracht (§ 675z S. 1 BGB):

4) Im Bereich der Verletzung vertraglicher Nebenpflichten kann eine Haftung gegenüber der Masse nur beim Sonderkonto bestehen, da nur dann ein Vertragsverhältnis vorliegt. Insbesondere lässt sich der Vereinbarung keine

²²⁹ *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 31 f.).

²³⁰ *Ebd.*, Rn. 2.

²³¹ Im zugrunde liegenden Sachverhalt war der Zahlungsdiensterahmenvertrag zwischen dem Verwalter und der Bank zwar vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 20.7.2009, BGBl. I 2009, S. 2355, am 11.6.2010 geschlossen worden, allerdings sind die §§ 675u, 675j Abs. 1, 675f Abs. 2 BGB gemäß Art. 229 § 22 Abs. 1 EGBGB grundsätzlich hinsichtlich der am 14.3.2014 und am 20.8.2014 vorgenommenen Zahlungsaufträge anwendbar. Eine Sperrwirkung nach § 675z S. 1 BGB würde im Ausgangsfall allerdings trotzdem ausscheiden, da nur der Verwalter Kontoinhaber ist.

Drittschutzwirkung entnehmen. Dies gilt auch bei einer pflichtwidrigen Kontoeröffnung. Dem entspricht wohl auch die Auffassung des *BGH*.²³²

5) Eine deliktsrechtliche Haftung der Bank kommt sowohl bei Sonder- als auch Ander- und offenen Vollrechtstreuhandkonten nach § 826 BGB in Betracht, wenn (neben den sonstigen Voraussetzungen) entweder ein kollusives Zusammenwirken gegeben war oder sich die Bank einer objektiv evident insolvenzzweckwidrigen Schädigung, die sich auf Basis der Kenntnis von dem Treuhandverhältnis und massiver Verdachtsmomente offenkundig aufdrängen musste, verschlossen hat. Hierbei sind allerdings restriktive Maßstäbe anzulegen. Dem *BGH* ist hier also im Ergebnis zuzustimmen; wünschenswert wäre jedoch eine genauere Auseinandersetzung mit der Übertragung der bisher nur im Bereich des Missbrauchs der Vertretungsmacht anerkannten Maßstäbe gewesen; wie dargestellt vermag der Verweis auf das Urteil vom 6.5.2008²³³ eine Begründung nicht zu ersetzen.

Insgesamt ist das Urteil des *BGH* also zu begrüßen; nach dem hier vertretenen Ansatz ergibt sich für die Haftung der kontoführenden Bank in der Insolvenz eine in sich geschlossene Systematik, die einen Gleichlauf mit der Haftung der Bank im allgemeinen Zahlungsverkehr herstellt. Dieses Konzept trägt dem Umstand Rechnung, dass die Anforderungen an die Bank als Zahlstelle nicht überspannt werden sollten. Für das Insolvenzverfahren bedeutet dies, dass hier letztlich der bereits von *Ernst Jaeger* formulierte Grundsatz Geltung beansprucht:

„Die Auslese des Verwalters ist die Schicksalsfrage des Konkurses.“²³⁴

²³² *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 21 ff.).

²³³ *BGHZ* 176, 281 (Rn. 47).

²³⁴ *Jaeger*, Kommentar zur Konkursordnung II, 6. und 7. Aufl. 1936, § 78 Anm. 7, S. 282.