

Leitsatz: Der im Emissionsprospekt einer Fondsgesellschaft abgedruckte Mittelverwendungskontrollvertrag, der als ein dem Schutz der Anleger dienender Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltet ist, unterliegt auch dann der Inhaltskontrolle nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn er zwischen der Fondsgesellschaft (Versprechensempfänger) und dem als Mittelverwendungskontrolleur eingesetzten Wirtschaftsprüfer (Versprechender) individuell ausgehandelt wurde. – BGH – Urt. v. 19. 11. 2009 – III ZR 108/08 = WM 2009, 2363 = ZIP 2009, 2446 = DB 2009, 2778, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen.

Sachverhalt (vereinfacht): Eine Fondsgesellschaft (F GbR) warb mit einem Emissionsprospekt, in dem ein Mittelverwendungskontrollvertrag (MVKV) abgedruckt war. Der MVKV war eine Vereinbarung zwischen der F GbR und einem noch unbenannten Wirtschaftsprüfer. Gem. § 1 MVKV sollte die »Fondsgesellschaft ein Sonderkonto [einrichten] über das sie nur gemeinsam mit dem Beauftragten [scil. dem Mittelkontrolleur] verfügen kann Auf das Sonderkonto sind die Gesellschaftereinlagen einzuzahlen ...«. Gem. § 4 I war der MVKV »Vertrag zu Gunsten Dritter, und zwar zu Gunsten aller Gesellschafter Die Gesellschafter können aus diesem Vertrag eigene Rechte herleiten.« Gem. § 4 II MVKV sollten »Schadensersatzansprüche gegen den Beauftragten ... nur geltend gemacht werden [können], wenn die ... Gesellschafter nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermögen«.

Im März 2003 wurde der Beklagte (B) als Mittelkontrolleur gewonnen und schloss mit der F GbR den im Prospekt abgedruckten Vertrag. § 4 MVKV war zwischen der F GbR und B individuell ausgehandelt wurden.

Seit September 2004 beteiligte sich der Kläger (K) an der F GbR. Im Dezember 2004 geriet die F GbR in wirtschaftliche Schwierigkeiten, seit Ende 2005 ist sie in Liquidation. K verlangt von B Rückzahlung seiner Einlagen (abzüglich des bereits erlangten und Zug um Zug gegen Abtretung künftigen Liquidationserlöses) sowie Freistellung von den Verpflichtungen aus der Beteiligung. K stützt seine Ansprüche darauf, dass

B nicht überprüft habe, ob die geschäftsführenden Gesellschafter nur mit ihm gemeinsam über das Sonderkonto verfügen konnten und dass er K vor seiner Beteiligung an der F GbR nicht über die bislang mangelhafte Mittelkontrolle informiert hatte.

LG und OLG wiesen die Klage schon wegen der Subsidiaritätsregelung in § 4 MVKV ab. Die Revision hatte Erfolg und führte zur Zurückverweisung an das OLG.

Probleme: Die Frage nach der haftungsbegründenden Pflichtverletzung des B war Gegenstand eines anderen Verfahrens, in dem der BGH durch Urteil desselben Tages (Az. III 109/08) entschied. In jenem Verfahren lehnte der BGH eine Prospekthaftung des B ab (s. allg. *Madaus*, Die Prospekthaftung, **JURA** 2006, 881), hielt jedoch eine Haftung für möglich, weil B seine Pflichten aus dem MVKV verletzt haben könnte, indem er es unterließ, die Kontoberechtigungen zu kontrollieren und den K hierüber zu informieren. Das Verfahren wurde an das OLG zurückverwiesen.

Im vorliegenden Verfahren ging es allein um die Frage, ob ein Anspruch des K daran scheitern würde, dass er nicht zunächst gemäß § 4 MVKV auf andere Weise Ersatz zu erlangen versucht hat.

I. Mögliche Grundlage eines Anspruchs des K ist §§ 280 I, 328 BGB i. V. m. dem MVKV bzw. §§ 311 II, 241 II, 328 BGB i. V. m. MVKV – abhängig davon, um welche Pflichten es sich handelt, die hier verletzt sein sollen. Da der MVKV ausdrücklich zugunsten Dritter wirken und die Gesellschafter aus ihm eigene Rechte herleiten können sollten, ist er **Vertrag zugunsten Dritter** (§ 328 I BGB), wobei B Versprechender, die F GbR Versprechensempfänger und K Dritter war. Die Anleger sollten durch den MVKV vor vertragswidriger Verfügung über ihre Mittel geschützt werden. Typischerweise können dem Dritten gegen den Versprechenden (d. h. im Vollzugsverhältnis) Ansprüche auf Schadensersatz neben der Leistung, wegen Verzögerung der Leistung und wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten zustehen (Palandt/*Grüneberg*, 69. Aufl.

2010, § 328 Rdn. 5). Zu einer Haftung wegen c.i.c. kommt es, wenn der Mittelkontrolleur vor der Anlage seine Pflichten verletzt (vgl. Staudinger/Jagmann, 2009, § 328 Rdn. 222).

II. Fraglich ist, ob ein solcher, ev. gegebener Anspruch gegen B **subsidiär zu anderen Ansprüchen** des K ist. Dafür kommt es darauf an, ob § 4 II MVKV wirksam ist. Die Wirksamkeit könnte an der AGB-Kontrolle scheitern

1. Gegen eine AGB-Kontrolle könnte zunächst sprechen, dass der Gesellschaftsvertrag zwischen der F GbR und K nach § 310 IV BGB der Inhaltskontrolle entzogen ist. Außerdem wurde die Klausel zwischen B und der F GbR individuell ausgehandelt (§ 305 I 3 BGB). Nach dem **Wortlaut** des § 305 BGB ist § 4 II MVKV keine AGB im Verhältnis B-K, die B als Verwender dem K direkt stellte. K ist nicht Vertragspartei des MVKV, sondern es steht ihm lediglich ein abgespaltenes Forderungsrecht zu (vgl. m. w. N. Staudinger/Jagmann, 2009, § 328 Rdn. 26, 30; MüKoBGB/Gottwald, 5. Aufl. 2006, § 328 Rdn. 30). Es ist gerade charakteristisch für den VzD, dass das Recht des Dritten ganz ohne seine Mitwirkung entsteht, so dass er typischerweise nicht an der inhaltlichen Gestaltung des VzD beteiligt ist. Gleichwohl gelangt der BGH zu einer AGB-Kontrolle. Um den Bogen von der klassischen Klausel im zweiseitigen Vertrag zur Klausel eines VzD zu schlagen, verweist er auf seine frühere Rspr., in der auch solche Klauseln, die nicht »im engen Sinne Vertragsbedingungen sind«, der AGB-Kontrolle unterzogen wurden. So kontrollierte der BGH anhand der §§ 305 ff. BGB Überweisungsaufträge auf Formblättern der Bank – einseitige rechtsgeschäftliche Gestaltungs-erklärungen des Kunden zur Ausgestaltung des Girovertrags (vgl. BGHZ 98, 24 Rdn. 12). Dass einseitige Erklärungen der AGB-Kontrolle unterliegen können, legen schon §§ 309 Nr. 13 und 308 Nr. 1 BGB nahe (näher Staudinger/Schlosser, 2006, § 305 Rdn. 6 ff.), der Schritt zur Kontrolle eines VzD (aus der Warte des Dritten) aber ist neu.

Der BGH begründet ihn mit dem auch hier einschlägigen Schutzzweck des AGB-Rechts. Es soll vermeiden, dass ein Vertragspartner einseitig die Vertragsgestaltungsfreiheit für sich beansprucht. Diese einseitige Inanspruchnahme liegt bei vorformulierten Bedingungen typischerweise vor. Mit Blick auf die Verträge zwischen der F GbR und den

Anlegern war § 4 II MVKV für eine Vielzahl von vertraglichen Verhältnissen – gegenüber allen Anlegern – »vorformuliert«. Vorformulierter Gesellschaftsvertrag und vorgegebener MVKV bildeten gemeinsam das Konzept der Anlage (die aber beide der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB entzogen sind, s. o.). Aus Anlegersicht war der vom MVKV versprochene Schutz nach Ansicht des BGH zumindest auch ein Grund, den Gesellschaftsvertrag zu schließen. Beide waren für die Anleger gleichermaßen vorformuliert und sie konnten auf sie keinen Einfluss nehmen. Die Anleger waren den Bedingungen des MVKV in gleicher Weise ausgeliefert, als wenn sie selbst mit B einen vorformulierten Vertrag geschlossen hätten.

2. Eine AGB-Kontrolle könnte sodann mit der Überlegung abzulehnen sein, dass formal betrachtet das Recht den Dritten (K) **von vornherein nur in dem begrenzten Umfang gewährt wird**, den es durch § 4 II MVKV erhält. Unter diesem Gesichtspunkt stellt § 4 II MVKV keine zu kontrollierende Beschränkung dar. In Bezug auf Einwendungen wird der Versprechende gegenüber dem Dritten nicht schlechter gestellt als gegenüber dem Versprechensempfänger (§ 334 BGB; vgl. MüKoBGB/Gottwald, 5. Aufl. 2006, § 334 Rdn. 1).

Diese Überlegung überwindet der BGH mit dem Argument, dass typischerweise Versprechensempfänger und Dritter gleichgerichtete Interessen haben, so dass bei der Vertragsgestaltung typischerweise der Versprechensempfänger gegenüber dem Versprechenden auch die Interessen des Dritten wahrnehmen wird. Hier aber liegen die Interessen untypisch so, dass der MVKV gerade im Interesse der Dritten die Entscheidungsfreiheit des Versprechensempfängers bei der Mittelverwendung einschränkt, so dass die Vertragsgestaltung aus der Warte der Interessen der Dritten defizitär sein kann. Daher hält der BGH auch unter diesem Aspekt eine Inhaltskontrolle für gerechtfertigt.

3. § 4 II MVKV besteht die **Inhaltskontrolle** nach Ansicht des BGH nicht. Indem die Klausel sämtliche Ansprüche des K gegen B von der vorherigen erfolglosen Inanspruchnahme möglicher anderer Schuldner abhängig macht, begrenze sie die Haftung auch für Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des B beruhen und verstoße daher gegen § 309 Nr. 7 lit. b BGB.

D. Coester-Waltjen