



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 79/12

Verkündet am:
11. April 2013
B o t t
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

WPO §§ 51a a.F., 139b Abs. 1

§ 51a WPO a.F. findet - gegebenenfalls nach Maßgabe des § 139b Abs. 1 WPO - auf Schadensersatzansprüche gegen einen Wirtschaftsprüfer wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten aus einem Mittelverwendungskontrollvertrag Anwendung.

BGH, Urteil vom 11. April 2013 - III ZR 79/12 - OLG München

LG München I

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. April 2013 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Dr. Herrmann, Hucke, Tombrink und Dr. Remmert

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 8. Februar 2012 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an das Berufungsgerecht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

1 Die Klägerin macht gegen die Beklagten aus abgetretenem Recht als Alleinerbin des Zessionars Ersatzansprüche im Zusammenhang mit Beteiligungen des Zedenten an der Medienfonds MBP M.

KG (im Folgenden: MBP KG I) und an der Medienfonds MBP

KG (im Folgenden: MBP KG II) geltend. Der Zedent zeichnete am 4. Juli 2000 die Kommanditbeteiligung an dem Fonds MBP KG I über 60.000 DM zuzüglich 5 % Agio und am 22. Oktober 2001 die Kommanditbeteiligung an dem Fonds MBP KG II über 100.000 DM zuzüglich 5 % Agio. Die

Kommanditbeteiligungen wurden jeweils treuhänderisch von zwei unterschiedlichen Gesellschaften gehalten.

2 Die Anlagen wurden anhand von Emissionsprospekten vertrieben, aus denen sich unter anderem die Mittelverwendungskontrolle durch eine international tätige Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ergab, deren Firma "aus standesrechtlichen Gründen" nicht genannt wurde. Diese Aufgabe übernahm jeweils die Beklagte zu 1. Die Mittelverwendungskontrollverträge waren mit der jeweiligen Fondsgesellschaft und den Treuhänderinnen abgeschlossen worden. Der Beklagte zu 2 war Geschäftsführer der jeweiligen Komplementärgesellschaft der Fonds. Er hatte außer den hier maßgeblichen Medienfonds auch die Fondsgesellschaft MBP NY 121 KG (im Folgenden: MBP NY 121) initiiert und als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH geleitet.

3 Die zwischen den Fondsgesellschaften, den Treuhänderinnen und der Beklagten zu 1 geschlossenen Mittelverwendungskontrollverträge waren in den jeweiligen Emissionsprospekten abgedruckt. In § 1 der Verträge waren unter der Überschrift "Mittelbereitstellung, Anderkonto" unter anderem folgende Bestimmungen getroffen:

- "2. Zur Verwaltung der vom Treuhänder [bei MBP KG II: von der Treuhandkommanditistin] bereitzustellenden Mittel eröffnet der Mittelverwendungskontrolleur ein getrennt von seinem Vermögen zu führendes Anderkonto (nachfolgend "Anderkonto I"). Verfügungen von dem Anderkonto I können ausschließlich vom Mittelverwendungskontrolleur nach Maßgabe dieses Vertrages vorgenommen werden.
3. Darüber hinaus eröffnet der Mittelverwendungskontrolleur ein weiteres, getrennt von dem vorgenannten Konto zu führendes Anderkonto (nachfolgend Anderkonto II), auf welchem ausschließlich die der MBP GmbH & Co KG [bei MBP KG II: MBP KG II] zustehenden Erlöse aus der Verwertung der von ihr hergestellten Filme einzuzahlen

sind. Für das Anderkonto II und die hierauf eingehenden Beträge gilt Abs. 2 Satz 2 entsprechend."

4 § 4 beider Verträge enthielt für den Mittelverwendungskontrolleur detaillierte Regelungen zu den Voraussetzungen der Mittelbereitstellung und -freigabe. § 4 des mit der MBP KG II geschlossenen Mittelverwendungskontrollvertrags lautete auszugsweise:

"1. Der Mittelverwendungskontrolleur wird, soweit die auf dem Anderkonto I vorhandenen Mittel ausreichen, die für die Realisierung der jeweiligen Projekte erforderlichen Mittel auf einem gesonderten Produktionskonto bereitstellen. Der Mittelverwendungskontrolleur hat für jedes einzelne Projekt ein gesondertes Anderkonto (nachfolgend: "Produktionskonto") einzurichten, das als "Produktionskonto" unter Hinzufügung des Projektarbeitstitels zu bezeichnen ist. ...

...

5.1 Die Freigabe der auf einem Produktionskonto verfügbaren Produktionsmittel zur Zahlung von Produktionskosten zur Herstellung von Kino- und Fernsehfilmen darf nur erfolgen, wenn eine fällige Forderung gegen die MBP KG II aufgrund eines Co-Produktions- oder eines Auftragsproduktionsvertrages besteht.

...

6. Die Freigabe der ersten Rate darf nur erfolgen, wenn

a) die MBP KG II folgende Unterlagen übergeben hat:

aa) unterzeichneter Vertrag über eine unechte Auftragsproduktion sowie abgeschlossener Co-Produktionsvertrag;

ab) Nachweis einer Fertigstellungsgarantie durch Vorlage entsprechender Unterlagen oder Bestätigungser-

klärungen oder eines Letter of Commitment einer Completion Bond Gesellschaft;

ac) Vorlage von Kopien der Versicherungspolicen der abgeschlossenen Ausfall-, Negativ- bzw. Datenträgerversicherung;

...

11.1 Der Mittelverwendungskontrolleur kann nach pflichtgemäßem Ermessen fällige Beträge für Produktionen auch auszahlen, wenn für die fälligen Beträge ein oder mehrere Nachweise nach diesem Vertrag noch nicht vorliegen und die Auszahlung erforderlich ist und/oder dazu dient, die Einstellung der Produktion und/oder finanzielle Schäden von der MBP KG II und/oder ihren Gesellschaftern abzuwenden.

11.2 Dem Mittelverwendungskontrolleur ist vor Auszahlung eine schriftliche Erklärung des Co-Produzenten der MBP KG II oder des unechten Auftragsproduzenten vorzulegen, die den Eintritt entscheidungsrelevanter Tatsachen i.S.v. § 4 Ziff. 11.1 dieses Vertrages darlegt. Diese Erklärung ist vom Mittelverwendungskontrolleur auf Plausibilität zu prüfen, im übrigen gilt § 3 Ziff. 5 dieses Vertrages."

5 Der Inhalt des mit der MBP KG I geschlossenen Mittelverwendungskontrollvertrags entsprach dem im Wesentlichen, wobei die Nummerierung der einzelnen Bestimmung teilweise unterschiedlich war und mit dem vorstehenden § 4 Nr. 6 a, ac und Nr. 11.2 vergleichbare Regelungen fehlten.

6 In § 5 Nr. 2 der beiden Mittelverwendungskontrollverträge war jeweils die Verjährung von Ersatzansprüchen gegen die Beklagte zu 1 innerhalb von drei Jahren nach Entstehung vereinbart.

7 Die Klägerin hat behauptet, die Beklagte zu 1 habe regelmäßig von den Ermessensklauseln in § 4 Nr. 10 des Mittelverwendungskontrollvertrags mit dem Fonds MBP KG I sowie § 4 Nr. 11.1 des Mittelverwendungskontrollvertrags

mit dem Fonds MBP KG II Gebrauch gemacht, bei Anwendung der letztgenannten Bestimmung zudem unter Missachtung der in § 4 Nr. 11.2 vorgesehenen Voraussetzungen. Ferner hat die Klägerin eine fehlerhafte Ermessensausübung durch die Beklagte zu 1 geltend gemacht. Sie meint, die Beklagte zu 1 habe den Zedenten vor der Zeichnung der Anlage auf diese im Widerspruch zum Gesamtkonzept der Anlagen stehende, bereits vor den Beitrittserklärungen ausgeübte Praxis hinweisen müssen, da eine effektive Mittelverwendungskontrolle so nicht zu erreichen gewesen sei. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin zusätzlich ausgeführt, dass die Auszahlungsvoraussetzungen für die erste Rate gemäß § 4 Nr. 6 a der Mittelverwendungskontrollverträge bei keinem der Projekte hätten eingehalten werden können, so dass stets auf die Ausnahmeklauseln in § 4 Nr. 10 (MBP KG I) und § 4 Nr. 11.1 (MBP KG II) habe zurückgegriffen werden müssen. Wären dem Zedenten Hinweise auf diese Handhabung erteilt worden, wäre er den Fonds nicht beigetreten.

8 Der Beklagte zu 2 hafte zudem als Initiator.

9 Die Beklagten haben unter anderem die Einrede der Verjährung erhoben.

10 Das Landgericht hat die auf Ersatz des Zeichnungsschadens des Zedenten und entgangener Anlagezinsen gerichtete Klage abgewiesen. Die Berufung gegen dieses Urteil ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Begehren weiter.

Entscheidungsgründe

11 Die zulässige Revision ist begründet.

I.

12 Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, der Zeichnungsschaden müsse der Klägerin weder auf vertraglicher noch auf deliktischer Grundlage ersetzt werden.

13 Es sei nicht ersichtlich, dass die Beklagte zu 1 gegenüber den Anlegern etwaige vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt habe. Eine solche Pflicht könne erst dann begründet sein, wenn nicht nur das "Wie", sondern das "Ob" der Mittelverwendungskontrolle in Frage stehe, eine Mittelverwendungskontrolle also erst gar nicht ins Werk gesetzt sei oder aus anderen Gründen de facto unterbleibe. Der Vortrag der Klägerin stelle aber lediglich das "Wie" der Mittelverwendungskontrolle in Frage. Der behauptete systematische oder regelmäßige Gebrauch der Ermessensklausel des § 4 Nr. 10 (MBP KG I) beziehungsweise § 4 Nr. 11 (MBP KG II) des Mittelverwendungskontrollvertrags könne vor den Beitrittserklärungen des Zedenten nicht festgestellt werden.

14 So habe die Klägerin keine Mittelfreigaben durch die Beklagte zu 1 auf der Grundlage der Ermessensbestimmung vor dem Beitritt des Zedenten zum Fonds MBP KG I behauptet, so dass eine Umgehung des Mittelverwendungskontrollkonzepts nicht festzustellen sei.

- 15 In Bezug auf den Beitritt zu dem Fonds MBP KG II sei der Vorwurf der Klägerin, bereits vor der Zeichnung der Beteiligung durch den Zedenten am 22. Oktober 2001 habe festgestanden, dass die Beklagte zu 1 ihre vertraglichen Mitwirkungs-, Kontroll- und Überwachungsrechte tatsächlich nicht oder nicht sachgerecht ausgeübt habe oder ausüben werde, selbst dann nicht gerechtfertigt, wenn es zu regelmäßigen, auf die Ermessenklausel des Mittelverwendungskontrollvertrags gestützten Mittelfreigaben gekommen sei. Auch wenn fondsübergreifend Mittelanforderungen des MBP KG I und des MBP KG II zu berücksichtigen seien, sei es fraglich, ob die Freigabe von Zahlungen auf der Grundlage der Ausnahmeregelungen im Verhältnis zu den Gesamtausgaben dem Mittelverwendungskontrollvertrag widerspreche. Auch eine möglicherweise zu großzügige Nutzung dieser Bestimmungen betreffe jedenfalls lediglich das "Wie" der Mittelverwendungskontrolle und könne daher bereits nicht die Möglichkeit der Wahrnehmung der vertraglichen Mitwirkungs-, Kontroll- und Überwachungsrechte der Beklagten zu 1 in Frage stellen.
- 16 Für nicht durchgreifend hat das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin erachtet, die prospektierten Voraussetzungen für die Freigabe der ersten Rate gemäß § 4 Nr. 6a des Mittelverwendungskontrollvertrags hätten branchenüblich bei keinem Fonds der MBP-Serie und keinem Projekt vorliegen können, weshalb die Mittelverwendungskontrolle in diesem Punkt von Anfang an nicht habe prospektgemäß durchgeführt werden können. Die Klägerin stütze diese Behauptung auf Aussagen einer Zeugin in einem anderen Verfahren, die ausdrücklich nur den Fonds MBP NY 121 betroffen hätten. Es handele sich deshalb um Behauptungen "ins Blaue" hinein. Die Beklagte zu 1 habe lediglich für die Zeit nach 23. März 2001 teilweise "frühzeitige" Auszahlungen von Produktionsmitteln zugestanden. Dass die ersten Raten stets bei Vertragsschluss mit den Produzenten fällig gewesen seien, habe sie hingegen bestritten. Im Üb-

rigen hätten die frühe Fälligkeit der ersten Raten und damit verbundene frühe Mittelanforderungen nicht zwingend die sofortige Freigabe der Mittel ohne Vorlage von Nachweisen durch die Beklagte zu 1 zur Folge gehabt.

17

Der Beklagte zu 2 hafte der Klägerin ebenfalls nicht auf Ersatz des Zeichnungsschadens. Eine vertragliche Haftung aus dem Mittelverwendungskontrollvertrag sei ausgeschlossen, da ihn hieraus keine Pflichten träfen. Etwai-ge Ansprüche aus Prospekthaftung im engeren Sinne seien verjährt. Eine Prospekthaftung im weiteren Sinne, wie sie den Initiator eines Fonds ebenfalls treffen könne, scheitere an der fehlenden Inanspruchnahme eines besonderen persönlichen Vertrauens. Die Voraussetzungen einer deliktischen Haftung des Beklagten zu 2 gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 263, 264a StGB oder aus § 826 BGB hätten nicht festgestellt werden können. Da offen sei, ob und inwie-weit den belegten Mittelanforderungen auch Freigaben folgten, die Möglichkeit einer Freigabe nach der Ermessensklausel im Prospekt erwähnt sei und die genannten Mittelanforderungen lediglich 15 % der gesamten Filmherstellungskosten ausmachten, habe es nicht der Aufklärung bedurft, wie häufig tatsächlich von der Ermessensklausel Gebrauch gemacht worden sei. Dass dies die Regel gewesen sei, könne jedenfalls nicht festgestellt werden, zumal die Mittelfreiga-be nicht dem Beklagten zu 2 obgelegen habe. Da auch nicht davon ausgegan-gen werden könne, dass die Voraussetzungen für die Auszahlung der ersten Rate nicht hätten vorliegen können, sei die Haftung des Beklagten zu 2 auch hierauf nicht zu stützen. Die strafrechtliche Verurteilung des Beklagten zu 2 we-gen Untreue im Hinblick auf den Fonds MBP NY 121 lasse Rückschlüsse auf eine deliktische Haftung bezüglich der streitgegenständlichen Fonds nicht zu.

II.

18 Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen kann ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 264a Abs. 1 StGB, § 826 BGB - für die Beklagte zu 1 i.V.m. § 27 StGB sowie §§ 31, 830, 831 BGB - nicht ausgeschlossen werden.

19 1. Allerdings scheidet ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 auf vertraglicher Grundlage aus.

20 a) Es kann dabei auf sich beruhen, ob die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten aus dem Mittelverwendungskontrollvertrag erfüllt sind. Die Beklagte ist jedenfalls gemäß § 214 Abs. 1 BGB berechtigt, die Leistung von Schadensersatz zu verweigern, weil eine etwaige Forderung der Klägerin verjährt ist.

21 Es kann dabei dahin stehen, ob die in § 5 Nr. 2 der Mittelverwendungskontrollverträge vereinbarte dreijährige Verjährungsfrist auf einen Ersatzanspruch des Zedenten aufgrund seiner Einbeziehung in die Schutzpflichten dieses Vertrags anzuwenden und diese Regelung einer AGB-rechtlichen Kontrolle standhalten würde (siehe dazu Senatsurteil vom 19. November 2009 - III ZR 180/08, BGHZ 183, 220 Rn. 12 ff). Der Anspruch ist jedenfalls gemäß § 51a WPO in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Wirtschaftsprüferordnung und anderer Gesetze vom 20. August 1975 (BGBl. I S. 2258; nachfolgend § 51a WPO a.F.), der gemäß § 56 WPO auch auf Wirtschaftsprüfungsgesellschaften anwendbar ist, verjährt. Hiernach verjährt der Anspruch des Auftraggebers auf

Schadensersatz aus dem zwischen ihm und dem Wirtschaftsprüfer bestehenden Vertragsverhältnis in fünf Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist.

22 aa) Der aufgrund des Wirtschaftsprüfungsexamen-Reformgesetzes vom 1. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2446) aufgehobene § 51a WPO a.F. findet nach der Übergangsregelung des § 139b Abs. 1 WPO auf den im vorliegenden Rechtsstreit erhobenen Anspruch noch Anwendung. Zwar ist hiernach für die am 1. Januar 2004 bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche auf Schadensersatz die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB maßgeblich. Dies gilt gemäß § 139b Abs. 2 WPO jedoch nicht, wenn die Verjährungsfrist des § 51a WPO a.F. früher als die regelmäßige Verjährungsfrist nach § 195 BGB, beginnend ab dem 1. Januar 2004, abläuft. Dies ist hier der Fall. Während die 2004 beginnende Regelverjährungsfrist des § 195 BGB nicht vor dem 31. Dezember 2006 ablaufen konnte, war der etwaige Schadensersatzanspruch der Klägerin nach Maßgabe des § 51a WPO a.F. spätestens am 11. November 2006 verjährt (siehe unten).

23 bb) § 51a WPO a.F. ist auf den geltend gemachten Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten im Zusammenhang mit dem Mittelverwendungskontrollvertrag anzuwenden. Mit der Einführung des § 51a WPO a.F. sollte die Verjährung von Schadensersatzansprüchen gegen Wirtschaftsprüfer in Anlehnung an den damaligen § 168 Abs. 5 AktG auf fünf Jahre verkürzt werden. Betroffen sollten die Ansprüche des Auftraggebers aus dem zwischen ihm und dem Wirtschaftsprüfer bestehenden Vertragsverhältnis sein (BT-Drucks. 7/2417 S. 21).

24 (1) Die Regelung ist nicht lediglich auf die unmittelbaren Ansprüche eines Auftraggebers gegen den Wirtschaftsprüfer anzuwenden. Vielmehr erfasst sie auch Schadensersatzansprüche, die auf die Verletzung drittschützender Pflichten aus einem Vertrag mit einem Wirtschaftsprüfer gestützt werden (BGH, Urteil vom 8. Juni 2004 - X ZR 283/02, NJW 2004, 3420, 3422; zum Anwaltsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten siehe Chab in Zugehör/G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch der Anwaltshaftung, 3. Aufl., Rn. 1323), in dem er sich zu einer Leistung verpflichtet, die zum Berufsbild des Wirtschaftsprüfers gehört (vgl. dazu BGH, Urteile vom 11. März 1987 - IV ZR 290/85, BGHZ 100, 132, 134 und vom 6. November 1980 - VII ZR 237/79, BGHZ 78, 335, 343). Zwar handelt es sich bei einem Anspruch wegen der Verletzung von Pflichten aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht um einen vertraglichen Anspruch des Auftraggebers auf Schadensersatz. Die Forderung des Dritten wird aber aus den Vertragspflichten gegenüber dem Auftraggeber abgeleitet (Chab aaO zur Anwendbarkeit des § 51b BRAO auf einen Anspruch aus einem Anwaltsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter). Der in die Schutzwirkungen einbezogene Dritte kann zudem keine weitergehenden Rechte haben als der Vertragspartner des Berufsträgers (BGH, Urteile vom 15. Juni 1971 - VI ZR 262/69, BGHZ 56, 269, 272 und vom 7. November 1960 - VII ZR 148/59, BGHZ 33, 247, 250; Chab aaO). Vielmehr entspricht die Gleichbehandlung des Dritten und des Vertragspartners des Haftenden dem Zweck der besonderen Verjährungsregelung.

25 (2) Der Wirtschaftsprüfer, der sich zur Mittelverwendungskontrolle verpflichtet, fällt in den inhaltlichen Anwendungsbereich des § 51a WPO, da diese Tätigkeit seinem Berufsbild zuzuordnen ist. Nach § 2 Abs. 1 WPO haben Wirtschaftsprüfer die berufliche Aufgabe, betriebswirtschaftliche Prüfungen, insbesondere solche von Jahresabschlüssen wirtschaftlicher Unternehmen, durchzu-

führen und Bestätigungsvermerke über die Vornahme und das Ergebnis solcher Prüfungen zu erteilen. Diese Aufgabe ist aber für das Berufsbild des Wirtschaftsprüfers nicht abschließend (vgl. BGH, Urteile vom 11. März 1987 - IV ZR 290/85, BGHZ 100, 132, 135; vom 26. Februar 1981 - VII ZR 72/80, NJW 1981, 1518, 1519 und vom 6. November 1980 - VII ZR 237/79, NJW 1981, 401, 402 f). Auch eine nicht ausdrücklich aufgeführte Tätigkeit kann dem Berufsbild zugeordnet werden, wenn sie nach dessen geschichtlicher Entwicklung und nach der Verkehrsauffassung dazu gehört (BGH, Urteil vom 11. März 1987, aaO). Wird eine Tätigkeit gerade einem Wirtschaftsprüfer im Hinblick auf die berufsspezifische Sachkunde und Erfahrung auf betriebswirtschaftlichem Gebiet übertragen, kann dies für eine entsprechende Qualifizierung sprechen (BGH, Urteil vom 11. März 1987 aaO; vgl. auch Urteil vom 16. Januar 1986 - VII ZR 61/85, BGHZ 97, 21, 25, bezogen auf die Anwendung von § 68 StBerG auf Schadensersatzansprüche gegen Steuerberater wegen der Verletzung von Treuhandverträgen im Zusammenhang mit der Beteiligung an Bauherrenmodellen). Bei Anlagemodellen wie dem vorliegenden kommt der Funktion des Mittelverwendungskontrolleurs eine zentrale Aufgabe zu. Dabei erzeugt deren Wahrnehmung durch einen Wirtschaftsprüfer vor allem im Hinblick auf dessen spezielle betriebswirtschaftliche Kenntnisse Vertrauen in die Seriosität der Anlage.

26 Gerade auch die Gestaltung der Mittelverwaltung durch die hier maßgeblichen Mittelverwendungskontrollverträge entspricht dem Berufsbild eines Wirtschaftsprüfers. Gemäß § 2 Abs. 3 WPO gehört zu den Befugnissen des Wirtschaftsprüfers auch, in wirtschaftlichen Angelegenheiten zu beraten, fremde Interessen zu wahren und treuhänderische Verwaltungen vorzunehmen. Die Pflichten der Beklagten zu 1 als Mittelverwendungskontrolleurin waren dementsprechend ausgestaltet. Gemäß § 1 Nr. 2 und 3 der Verträge sollte die Kontrolle gerade durch die treuhänderische Verwaltung der Fondsmittel erfolgen. Hierzu

sollte die Beklagte zu 1 die Mittel der Gesellschaften, welche sie durch Überweisung der Einlageleistungen der Anleger von der Treuhandkommanditistin erhielt, auf einem Treuhandkonto (Anderkonto I), verwahren und die Erlöse der Fondsgesellschaften aus der Verwertung der hergestellten Filme auf einem ebenfalls als Treuhandkonto geführten Anderkonto II verwalten. Darüber hinaus waren gemäß § 4 Nr. 1 der Mittelverwendungskontrollverträge auf weiteren gesonderten Anderkonten, den sogenannten "Produktionskonten", die Produktionsmittel eines jeden Projekts zu verwalten. Diese Gestaltung ermöglichte die Durchführung der Mittelverwendungskontrolle durch die Beklagte zu 1. Die Überwachung der Verwendung der angelegten Gelder und, soweit erforderlich, die Regulierung der Mittelverwendung erfolgte damit auf Grundlage der in den Mittelverwendungskontrollverträgen vorgesehenen Einrichtung und Verwaltung der treuhänderischen Anderkonten. Dass der Mittelverwendungskontrolleur vor der Freigabe der Mittel lediglich das Vorliegen verschiedener vertraglich definierter Voraussetzungen zu überprüfen hatte, steht der Einordnung seiner Tätigkeit in das Berufsbild eines Wirtschaftsprüfers nicht entgegen, zumal der Beklagten zu 1 durch die Regelungen in § 4 Nr. 10 (MBP KG I) und § 4 Nr. 11 (MBP KG II) des jeweiligen Mittelverwendungskontrollvertrags Ermessen bei der Entscheidung eingeräumt wurde, angeforderte Mittel freizugeben, wenn die in dem Vertrag definierten formalen Auszahlungsvoraussetzungen nicht vorliegen. Gerade bei der in diesen Fällen notwendigen Abwägung der Interessen der Anleger und der Fondsgesellschaft kommt es unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen und auch steuerlichen (vgl. § 2 Abs. 2 WPO) Auswirkungen der jeweiligen Entscheidung auf die besondere Sachkunde eines Wirtschaftsprüfers an.

Im Übrigen ist es, wie dem Senat aus einer Vielzahl von Verfahren bekannt ist, bei Kapitalanlagemodellen der vorliegenden Art durchaus üblich, ei-

nen Mittelverwendungskontrolleur einzuschalten und mit dieser Aufgabe einen Wirtschaftsprüfer oder eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zu betrauen.

28 (3) Eine Vergleichbarkeit mit dem Fall, in dem der Senat die Anwendung der Regelverjährung auf Schadensersatzansprüche von Kapitalanlegern gegen eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, die als Treuhandkommanditistin tätig war, wegen der mangelnden Aufklärung über die Verwendung von Provisionen im Zusammenhang mit dem Beitritt zu einer Publikumskommanditgesellschaft bejaht hat (Senatsurteil vom 29. Mai 2008 - III ZR 59/07, WM 2008, 1205 Rn. 28), besteht entgegen der Auffassung der Klägerin nicht. Die Haftung eines Gesellschafters richtet sich unabhängig von seinem Beruf nach den Vorschriften, die für jeden Gesellschafter in gleicher Situation gelten (Senatsurteil vom 13. Juli 2006 - III ZR 361/04, NJW-RR 2007, 406 Rn. 13; BGH, Urteil vom 20. März 2006 - II ZR 326/04, NJW 2006, 2410 Rn. 8). Hiervon ist die Haftung eines Wirtschaftsprüfers wegen seiner Tätigkeit als Mittelverwendungskontrolleur zu unterscheiden.

29 cc) Die Verjährungsfrist des § 51a WPO a.F. ist vor Erhebung der Klage abgelaufen. In dem Zeitpunkt, in dem der Anspruch entstanden ist, beginnt der Lauf der Frist des § 51a WPO a.F. Die Klägerin leitet ihre Forderung gegen die Beklagte zu 1 aus dem Vorwurf her, diese habe es unterlassen, den Zedenten vor dessen Beitritten zu den Fonds MBP KG I und II über die (von ihr behaupteten) Mängel der Mittelverwendungskontrolle aufzuklären. Ein hieraus erwachsener Schaden bestünde in der Eingehung der Beteiligung und wäre demnach mit Eintritt der rechtlichen Bindung des Zedenten an seine Beteiligungsentscheidungen entstanden (vgl. Senatsurteil vom 19. November 2009 - III ZR 109/08, WM 2010, 25 Rn. 33; BGH, Urteil vom 27. Januar 1994 - IX ZR 195/93, NJW 1994, 1405, 1407). Der Zedent hat die Beitritte am 4. Juli 2000 und

22. Oktober 2001 erklärt. Die Annahmen erfolgten am 13. Juli 2000 und 11. November 2001. Die fünfjährige Verjährungsfrist wäre in Bezug auf etwaige Schadensersatzansprüche wegen beider Fondsgesellschaften damit am 13. Juli 2005 und am 11. November 2006, mithin vor der Klagerhebung im September 2010 abgelaufen.

30 dd) Anhaltspunkte für eine Unterbrechung oder Hemmung des Laufs der Verjährungsfrist des § 51a WPO a.F. sind nicht ersichtlich.

31 ee) Der Verjährung kann die Klägerin entgegen der Ansicht der Revision nicht eine Sekundärhaftung der Beklagten zu 1 entgegenhalten. Ein als Mittelverwendungskontrolleur tätiger Wirtschaftsprüfer unterliegt, nicht anders als der als Jahresabschlussprüfer tätige Wirtschaftsprüfer (hierzu siehe BGH, Urteil vom 10. Dezember 2009 - VII ZR 42/08, BGHZ 183, 323 Rn. 33), keiner Sekundärhaftung. Bei der Mittelverwendungskontrolle ist der Wirtschaftsprüfer ebenso wenig wie bei einer Jahresabschlussprüfung zu einer umfassenden rechtlichen Beratung verpflichtet. Vielmehr beschränkt sich seine Prüfungspflicht auf einen abgegrenzten Bereich. Damit fehlt es an einer tragfähigen Grundlage für die Sekundärhaftung (vgl. BGH aaO Rn. 34 f). Aus dem gleichen Grund ist, anders als die Revision meint, auch das Senatsurteil vom 7. November 1991 (III ZR 118/90, NJW-RR 1992, 531) nicht auf die vorliegende Fallgestaltung zu übertragen. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt war ein Wirtschaftsprüfer als Treuhänder tätig, der es ausdrücklich gegenüber dem geschädigten Auftraggeber übernommen hatte, dessen Rechte und Interessen bei dem Erwerb einer Eigentumswohnung im Rahmen eines Kapitalanlagemodells zu wahren. Dieser Aufgabenkreis ist mit dem eines als Mittelverwendungskontrolleur tätigen Wirtschaftsprüfers, der vertraglich keine

umfassende Beratung übernommen hat, welche jedoch die Grundlage für die Sekundärhaftung ist, nicht zu vergleichen.

32 b) Indessen hat das Berufungsgericht deliktische Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen zu Unrecht verneint. Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand kann eine deliktische Haftung der Beklagten zu 1 nicht ausgeschlossen werden. Da sie allerdings als bloße Mittelverwendungskontrolleurin nicht prospektverantwortlich ist und auch nicht ersichtlich oder dargetan ist, dass sie (potentiellen) Anlegern gegenüber falsche Angaben gemacht hat, kommt nur in Betracht, dass Mitarbeiter der Beklagten zu 1 als Teilnehmer an den deliktischen Handlungen des Beklagten zu 2 mitgewirkt haben (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 264a, 27 StGB und §§ 826, 830 BGB), für deren Handlungen die Beklagte zu 1 gemäß § 31 oder § 831 BGB haftbar ist (siehe hierzu auch nachfolgend 2 und 3).

33 2. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht die Klageabweisung gegenüber dem Beklagten zu 2 bestätigt. Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand ist ein auf Ausgleich des Zeichnungsschadens gerichteter Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten zu 2 nicht auszuschließen.

34 a) Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Klägerin vom Beklagten zu 2 Schadensersatz - wegen eingetretener Verjährung (vgl. nur BGH, Urteil vom 7. Dezember 2009 - III ZR 15/08, NJW 2010, 1077 Rn. 26 mwN) - nicht nach den Grundsätzen der Prospekthaftung im engeren Sinn verlangen kann. Auch eine Prospekthaftung im weiteren Sinn scheidet aus. Durch die Präsentation des Beklagten zu 2 und die Darstellung seiner filmspezifischen Erfahrungen in dem Prospekt wird kein über das hierdurch hergerufene typisierte Vertrauen hinausgehendes besonderes persönli-

ches Vertrauen in Anspruch genommen (siehe nur BGH, Urteil vom 4. Mai 2004 - XI ZR 41/03, NJW-RR 2005, 23, 25 f mwN). Die Revision erhebt insoweit auch keine Rügen.

35 b) Jedoch hat das Berufungsgericht die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs gegen den Beklagten zu 2 auf deliktsrechtlicher Grundlage mit unzutreffenden Erwägungen verneint.

36 aa) Es kommt nach Maßgabe nachzuholender tatsächlicher Feststellungen ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten zu 2 gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 264 a Abs. 1 Nr. 1 StGB sowie § 826 BGB in Betracht.

37 Eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB setzt die schuldhaft Verletzung eines Schutzgesetzes voraus. § 264 a StGB ist ein solches Gesetz (BGH, Urteile vom 1. März 2010 - II ZR 213/08, NJW-RR 2010, 911 Rn. 24; vom 29. Mai 2000 - II ZR 280/98, NJW 2000, 3346 und vom 21. Oktober 1991 - II ZR 204/90, BGHZ 116, 7, 13 f). Der Kapitalanlagebetrug gemäß § 264 a Abs. 1 Nr. 1 StGB erfordert in der hier allein in Betracht kommenden Variante, dass der Täter im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Beteiligungen an dem Ergebnis eines Unternehmens in Prospekten hinsichtlich der für die Entscheidung über den Erwerb erheblichen Umstände gegenüber einem größeren Kreis von Personen nachteilige Tatsachen verschweigt. Dies umfasst auch Fälle, in denen er die Unrichtigkeit erst zu einem späteren Zeitpunkt erkennt. Dementsprechend wird eine Aktualisierungspflicht angenommen, also eine Verpflichtung zum Nachreichen richtigstellender Informationen, wenn sich eine Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der ursprünglichen Angaben erst später infolge geänderter Umstände einstellt (Tiedemann in Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl.

§ 264a Rn. 82; MünchKommStGB/Wohlers, § 264a Rn. 38; Grotherr DB 1986, 2584, 2586 f).

38 Zu den für den Erwerbsentschluss der Anleger erheblichen Umständen gehörte bei den in Rede stehenden Fonds auch die Wirksamkeit der in den Prospekten wiedergegebenen Mittelverwendungskontrolle. Dementsprechend stellte es einen offenbarungspflichtigen Umstand dar, wenn diese Kontrolle aufgrund einer den praktischen Bedürfnissen oder den Geschäftsgebräuchen der Filmbranche nicht hinreichend Rechnung tragenden vertraglichen Ausgestaltung ohne "großflächigen" Rückgriff auf die Ermessensklauseln überhaupt nicht funktionieren konnte. Gleiches würde gelten, wenn sich im Rahmen der Zusammenarbeit von Komplementär-Gesellschaft und Mittelverwendungskontrolleur eine tatsächliche Handhabung dergestalt etabliert hätte, dass die formalen Voraussetzungen für die Mittelfreigaben durch die Inanspruchnahme der Ermessensklauseln fortlaufend und systematisch überspielt worden wären. Hier von ist auch das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend ausgegangen. Seine Würdigung, aus dem Vortrag der Klägerin zur tatsächlichen Abwicklung der Mittelverwendungskontrolle ergebe sich aber nicht, dass im Rahmen der Tätigkeit der Fondsgesellschaften von den Ermessensklauseln des § 4 Nr. 11.1 beziehungsweise § 4 Nr. 10 der Mittelverwendungskontrollverträge systematisch zweckwidrig Gebrauch gemacht wurde, beruht jedoch auf von der Revision zutreffend gerügten Rechtsfehlern.

39 (1) Bezüglich des Fonds MBP KG I hat das Berufungsgericht keine vor dem Beitritt des Zedenten am 4. Juli 2000 datierenden Mittelfreigaben, bei denen von der Ermessensklausel Gebrauch gemacht wurde, feststellen können. Dies ist zwar bezogen auf die in der Klageschrift einzeln angeführten Vorgänge nicht zu beanstanden. Die insoweit von der Revision erhobenen Rügen greifen

nicht durch. Mit ihrer Klageschrift hat die Klägerin konkret lediglich Mittelfreigaben ab Oktober 2000 vorgetragen. Soweit sie sich in der Revisionsbegründung zusätzlich auf die von ihr in den Vorinstanzen vorgelegten Schreiben der Beklagten zu 1 aus dem Jahr 1999 und vom 7. Januar 2000 bezieht, aus denen sich ergibt, dass die für Mittelfreigaben erforderlichen Unterlagen fehlten (Anlagen K 3-5), folgt aus diesen gerade nicht, dass die entsprechenden Gelder gleichwohl freigegeben wurden. Im Gegenteil deuten die Schreiben eher darauf hin, dass die Beklagte zu 1 die Freigabe ohne die von ihr vermissten Nachweise nicht erklärte. Jedoch kommt es hierauf im vorliegenden Verfahrensstadium letztlich nicht an. Die Klägerin hat unter anderem in Bezug auf den Beitritt des Zedenten zum Fonds MBP KG I schlüssig vorgetragen, dass die prospektierte Mittelverwendungskontrolle auch deshalb nicht wirksam habe in Gang gesetzt werden können, weil die in § 4 Nr. 6a der Mittelverwendungskontrollverträge bestimmten Voraussetzungen für die Freigabe der ersten Rate der einzelnen Produktionen von vornherein nicht einzuhalten gewesen seien und deshalb eine Auszahlung der entsprechenden Mittel entgegen dem mit dem Prospekt vermittelten Eindruck nur im Wege der Inanspruchnahme der Ermessensklauseln der Mittelverwendungskontrollverträge habe erfolgen können (siehe hierzu unten Nr. (3)). Zudem hat sie behauptet, selbst die Voraussetzungen für die Anwendung der Ermessensklausel seien systematisch missachtet worden (siehe hierzu unten Nr. (4)).

40 (2) Für die Zeit ab Oktober 2000 bis zum Beitritt des Zedenten zu dem Fonds MBP KG II am 22. Oktober 2001 hat die Klägerin eine Reihe von Mittelansforderungen für verschiedene Projekte dieses Fonds sowie des Fonds MBP KG I vorgetragen und hierzu die entsprechenden vom Beklagten zu 2 unterzeichneten Schreiben an die Beklagte zu 1 vorgelegt, aus denen sich ergab, dass die Freigaben nur auf der Grundlage der Ermessensregeln erfolgen konn-

ten. Sofern diese Anforderungen auch tatsächlich zu Mittelfreigaben unter Anwendung der Ermessensklauseln führten und der Umfang dieser Freigaben im Verhältnis zu den übrigen Ausgaben unverhältnismäßig hoch war, kann vor dem Beitritt des Zedenten zum Fonds MBP KG II eine systematische und damit entgegen der Ansicht der Vorinstanz offenbarungspflichtige Abweichung der tatsächlich ausgeführten von der prospektierten Mittelverwendungskontrolle vorgelegen haben. In Bezug auf das Verhältnis der Freigaben auf der Grundlage der Ermessensklauseln zu den sonstigen Zahlungen hat das Berufungsgericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent - von einer abschließenden, ihm als Tatrichter obliegenden Würdigung abgesehen, weil es gemeint hat, es sei unabhängig hiervon lediglich das "Wie" der Mittelverwendungskontrolle betroffen (siehe dazu auch die Ausführungen zu 3 a).

41 Soweit die anschließende Bezugnahme der Vorinstanz auf die von der Klägerin selbst vorgelegte Anlage BK 5 dahin zu verstehen sein sollte, dass das Berufungsgericht substantiierte Angaben darüber vermisste, welche der in der Klageschrift aufgezählten Mittelanforderungen der Fondsgesellschaft auch tatsächlich zu Freigaben der Gelder führten, die auf den Ermessensregelungen der Mittelverwendungskontrollverträge beruhten, ist auch dies nicht frei von Rechtsfehlern. Zwar haben die auch im vorliegenden Verfahren als Zeugen benannten Personen in der in Anlage BK 5 protokollierten Vernehmung in einem Parallelprozess bekundet, es sei zu Auseinandersetzungen zwischen der Beklagten zu 1 und dem Beklagten zu 2 bei Anforderungen gekommen, die auf die Ermessensklauseln gestützt gewesen seien. Dies berührt aber die Schlüssigkeit des Vortrags der Klägerin nicht. Diese hat in ihrer Klageschrift ausdrücklich behauptet, die von ihr dort vorgelegten Anforderungen des Beklagten zu 2 hätten sämtlich zur Freigabe der Mittel unter Anwendung der Ermessensklauseln geführt. Das vom Berufungsgericht angeführte Protokoll konnte daher allenfalls im

Rahmen einer Beweiswürdigung Berücksichtigung finden, die aber auch die vorherige Einvernahme der von der Klägerin für ihren Vortrag benannten Zeugen B. -K. und G. vorausgesetzt hätte.

42 (3) Begründet ist die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe das beweisbewehrte - und nicht gemäß § 531 Abs. 2 ZPO unberücksichtigt gebliebene - Vorbringen der Klägerin, die in § 4 Nr. 6a der Mittelverwendungskontrollverträge bestimmten regulären Voraussetzungen für die Freigabe der jeweiligen ersten Raten für die Filmproduktionen seien von vornherein nicht einzuhalten gewesen, zu Unrecht als unbeachtliche Behauptung in Blaue hinein behandelt. Sollte dieser Vortrag zutreffen, läge hierin ein aufklärungspflichtiger Umstand, weil in diesem Fall § 4 Nr. 6 der Mittelverwendungskontrollverträge leergelaufen wäre.

43 Die Erwägungen, mit denen die Vorinstanz das Vorbringen der Klägerin als unbeachtliche Behauptung "ins Blaue hinein" qualifiziert hat, sind nicht tragfähig. Eine Partei genügt ihrer Darlegungslast bereits dadurch, dass sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen. Dabei muss das Gericht aufgrund dieser Darstellung nur in die Lage versetzt werden zu beurteilen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der an eine Behauptung geknüpften Rechtsfolge erfüllt sind (z.B. Senatsbeschluss vom 15. Februar 2007 - III ZR 156/06, juris Rn. 8; Senatsurteil von 15. Mai 2003 - III ZR 7/02, juris Rn. 15; BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2011 - VIII ZR 125/11, NJW 2012, 382 Rn. 14; Urteile vom 14. Mai 2009 - I ZR 99/06, juris Rn. 19 und vom 24. Oktober 2002 - I ZR 104/00, NJW-RR 2003, 754, 755). Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind (BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2011 aaO). Die Ablehnung eines für eine

beweiserhebliche Tatsache angetretenen Beweises ist danach nur zulässig, wenn die unter Beweis gestellten Tatsachen so ungenau bezeichnet sind, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann (BGH, Beschluss vom 1. Juni 2005 - XII ZR 275/02, NJW 2005, 2710, 2711). Sind hingegen dem Gericht die zur Begründung der geltend gemachten Rechtsfolgen notwendigen Tatsachen vorgetragen worden, ist es Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und dabei gegebenenfalls die benannten Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach weiteren Einzelheiten zu befragen oder einem Sachverständigen die beweiserheblichen Streitfragen zu unterbreiten (BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2011 aaO mwN).

44 Die Ablehnung eines für eine beweiserhebliche Tatsache angetretenen Beweises ist überdies zulässig, wenn das tatsächliche Vorbringen zwar in das Gewand einer bestimmt aufgestellten Behauptung gekleidet, aber willkürlich "aufs Geratewohl", gleichsam "ins Blaue hinein" aufgestellt ist (st. Rspr. z.B. Senatsbeschluss vom 15. Februar 2007 - III ZR 156/06, juris Rn. 8; Senatsurteil vom 15. Mai 2003 - III ZR 7/02, juris Rn. 15 jew. mwN; BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 40 mwN; Beschluss vom 1. Juni 2005 aaO). Bei der Annahme von Willkür ist jedoch Zurückhaltung geboten. In der Regel wird sie nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte vorliegen (BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 aaO mwN).

45 Zu Unrecht hat das Berufungsgericht die Voraussetzungen für einen hiernach unbeachtlichen Vortrag bejaht. Zur Begründung seiner Auffassung hat es sich unzutreffend auf die Anlage BK 5 gestützt, die das Protokoll der Vernehmung mehrerer Mitarbeiter der Beklagten zu 1 in einem Parallelprozess enthält. Richtig ist zwar, dass sich die Zeugen vorwiegend zur Handhabung der Mittelverwendungskontrolle bei dem dort streitgegenständlichen, hier aber nicht

in Rede stehenden Fonds MBP NY 121 geäußert haben. Gleichwohl kann nicht davon ausgegangen werden, dass danach jegliche tatsächlichen Anhaltspunkte für den Tatsachenvortrag der Klägerin fehlen. Das Gegenteil ist der Fall. Der Zeuge K. hat nach dem Protokoll im Zusammenhang mit der Auszahlung erster Raten bestätigt, dass es bei den Fonds MBP KG I und MBP KG II immer wieder Schwierigkeiten gegeben habe, weil die erforderlichen Unterlagen nicht beigebracht worden seien und der Beklagte zu 2 Druck aufgebaut habe, um die Auszahlungen gleichwohl zu erreichen (Seite 11 des Protokolls). Dementsprechend hat der Vorsitzende Richter in jener Sache ausgeführt, die dortige (und hiesige) Beklagte zu 1 müsse mit ihrer Verurteilung rechnen, da die Beweisaufnahme ergeben habe, "dass in Kenntnis des Umstandes, dass bereits bei MBP I und II häufiger Auszahlungsvoraussetzungen nicht vorlagen bzw. nicht vorliegen konnten, bei Nymphenburg 121 erneut ähnlich agiert wurde und Argument für die Auszahlung wohl jeweils drohende Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte zu 1) waren." (Seite 12 des Protokolls). Dies hat auch in den ebenfalls vom Berufungsgericht herangezogenen Urteilen des Landgerichts München I (Anlagen BK 7 und 7a), die aufgrund der in Anlage BK 5 protokollierten mündlichen Verhandlung ergingen, seinen Niederschlag gefunden (jeweils S. 13 f der Urteile).

46 Angesichts dessen durfte das Berufungsgericht von der Erhebung der angebotenen Beweise nicht mit der Begründung absehen, die entsprechende Behauptung sei "ins Blaue hinein" aufgestellt.

47 Auch die Erwägung des Berufungsgerichts, dass eine "frühe" Fälligkeit der Rate und eine dementsprechend "frühe" Mittelanforderung nicht zwangsläufig eine sofortige Freigabe der Gelder seitens der Beklagten zu 1 ohne Vorlage von Nachweisen zur Folge gehabt habe, hätte nicht dazu führen dürfen, dem

Vortrag der Klägerin nicht nachzugehen. Denn diese hat in ihren Schriftsätzen vom 14. November 2011 und vom 26. Januar 2012 unter Beweisantritt unmissverständlich vorgetragen, dass die Mittel für die ersten Raten stets ohne die in § 4 Nr. 6a der Mittelverwendungskontrollverträge vorgesehenen Nachweise freigegeben wurden. Hierfür gab es zudem aufgrund der oben wiedergegebenen Aussage des Zeugen K. in dem Parallelverfahren einen handfesten Anhaltspunkt.

48 (4) Schließlich rügt die Revision mit Recht, dass das Berufungsgericht dem Vortrag der Klägerin nicht nachgegangen ist, bei Anwendung der Ermessensklauseln habe sich die Beklagte zu 1 regelmäßig mit Pauschalbegründungen für die Eilbedürftigkeit zufrieden gegeben, habe die im Rahmen der Ermessensentscheidung gebotene Abwägung nicht getroffen, und bei dem Fonds MBP KG II hätten die nach § 4 Nr. 11.2 des Mittelverwendungskontrollvertrags erforderlichen Stellungnahmen des Co-Produzenten oder des unechten Auftragsproduzenten nicht vorgelegen. Die Vorinstanz hat gemeint, die Prüfung der Voraussetzungen der Ermessensklauseln betreffe nur das "Wie" der Mittelverwendungskontrolle. Diese Würdigung schöpft den Vortrag der Klägerin nicht aus. Sie hat geltend gemacht, diese laxer Handhabung sei von Anbeginn prägend für die Ausführung der Mittelverwendungskontrolle beider Fonds gewesen. Sollte sich dies bestätigen, läge ein vom Beklagten zu 2 zu offenbarer Umstand vor, da die Emissionsprospekte einen anderen, günstigeren Eindruck von der Intensität der Mittelverwendungskontrolle durch die Beklagte zu 1 erweckten. Das Berufungsgericht wird daher Feststellungen zu den Behauptungen der Klägerin nachzuholen und die angebotenen Beweise zu erheben haben.

49 bb) Soweit das Berufungsgericht gemeint hat, es sei nicht ersichtlich, dass der Beklagte zu 2 Kenntnis von dem Umfang der auf die Ermessensklausel gestützten Mittelfreigaben gehabt habe, hat es unberücksichtigt gelassen, dass die Mittelanforderungen von ihm ausgingen und er damit wusste, ob die formalen Voraussetzungen für die Freigaben erfüllt waren oder ob die Ermessensklauseln Anwendung finden mussten.

50 3. Da aus den vorstehenden Gründen die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen unvollständig und gegebenenfalls Feststellungen zu den weiteren Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs gegen die Beklagten zu treffen sind, ist die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif. Sie ist deshalb gemäß § 563 Abs. 1 und 3 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

51 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

52 a) Das Berufungsgericht hat bei der Frage, ob die Vorgaben des Mittelverwendungskontrollvertrags durch die übermäßige Anwendung der Ermessensklauseln systematisch unterlaufen wurden und deshalb eine (vorvertragliche) Aufklärungspflicht verletzt wurde, in den Blick genommen, in welchem Umfang tatsächlich von den Ermessensklauseln Gebrauch gemacht wurde. Diesem Umstand vermag auch bei der Prüfung indizielle Bedeutung zukommen, ob den Beklagten ein vorsätzliches deliktisches Fehlverhalten (Beklagte zu 1 §§ 264a, 27 StGB, § 826 BGB i.V.m. §§ 31, 831 BGB; Beklagter zu 2 § 264a StGB, § 826 BGB) vorgeworfen und nachgewiesen werden kann (siehe dazu BGH, Urteil vom 20. November 2011 - VI ZR 309/10, NJW 2012, 404 Rn. 9 ff). Das Berufungsgericht hat bei seiner Vergleichsbetrachtung unter - bedenklicher (siehe nachfolgend c) - Zusammenfassung beider Fonds die bis zu den Beitrit-

ten der Klägerin erfolgten - unterstellt beanstandungswürdigen - Freigaben in das Verhältnis zu den Gesamtausgaben der Fonds gesetzt und ist so zu einem Anteil von 15 % gelangt. Dieser geringe Anteil wäre aber nur dann korrekt ermittelt und daher auch nur dann bezüglich einer missbräuchlichen Handhabung der Ermessensklauseln aussagekräftig, wenn feststünde, dass bei den nach den Beitritten erfolgten Freigaben auf diese Klauseln nicht (mehr) zurückgegriffen wurde beziehungsweise werden musste. In die Betrachtung einzubeziehen ist demgegenüber in erster Linie, in welchem Verhältnis die "Ermessensfreigaben" zu den sonstigen Mittelfreigaben bis zu den Zeitpunkten der Beitritte der Klägerin standen. Soweit es darum geht, ob aus dem (späteren) Verhalten der Beklagten Rückschlüsse auf vorgefasste Motive und Absichten gezogen werden können, wären die gesamten Ermessensfreigaben zu den Gesamtausgaben in Beziehung zu setzen.

53

b) In Bezug auf die Beklagte zu 1 ist zu beachten, dass bei der Annahme des erforderlichen (doppelten) Gehilfenvorsatzes in tatsächlicher Hinsicht einerseits Vorsicht geboten ist. Andererseits wäre dann, wenn bei der Mittelfreigabe die formalen Voraussetzungen fortlaufend und systematisch durch die Inanspruchnahme der Ermessensklauseln überspielt worden wären, eine Vorsatztat auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Freigaben seitens der Beklagten zu 1 widerstrebend geschehen wären und ihre Mitarbeiter bei dem einen oder anderen Freigabeersuchen des Beklagten zu 2 erfolgreich auf der Einhaltung der im Mittelverwendungskontrollvertrag enthaltenen Vorgaben bestanden hätten. Ein "kollusives" Zusammenwirken zwischen den Beklagten dahingehend, dass zwischen diesen eine systematisch vertragswidrige Handhabung der Mittelverwendungskontrolle verabredet wurde, ist - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht erforderlich.

54

c) Weiter ist zu beachten, dass die Voraussetzungen für die Freigaben der ersten Raten in den Fonds MBP I und II im Detail unterschiedlich ausgestaltet sind. Das Berufungsgericht wird daher bei der Würdigung des Vorbringens der Parteien diese Differenzierungen zu berücksichtigen und dementsprechend die notwendigen Feststellungen zu treffen haben. Es wird dabei zu beachten sein, dass die Beklagtenseite insoweit die sekundäre Darlegungslast treffen kann (siehe hierzu Senatsurteile vom 15. März 2012 - III ZR 190/11, NJW 2012, 2103 Rn. 21 und vom 17. Januar 2008 - III ZR 239/06, NJW 2008, 982 Rn. 16 mwN).

Schlick

Herrmann

Hucke

Tombrink

Remmert

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 04.08.2011 - 22 O 17536/10 -

OLG München, Entscheidung vom 08.02.2012 - 20 U 3620/11 -