



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

III ZR 108/12

vom

28. Januar 2014

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 28. Januar 2014 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Dr. Herrmann, Hucke, Dr. Remmert und Reiter

beschlossen:

Die Anhörungsrüge der Beklagten gegen den Senatsbeschluss vom 25. Juli 2013 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rügeverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Gründe:

- 1 Die gemäß § 321a Abs. 1 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Anhörungsrüge ist unbegründet. Der Senat hat den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör nicht verletzt.
- 2
 1. Die Gerichte sind nach Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet, das Vorbringen der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Der Senat hat das Vorbringen der Beklagten in dem Verfahren über die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 4. April 2012 vollumfänglich berücksichtigt. Entgegen der Ansicht der Beklagten war der Senat zur Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht verpflichtet, vor seiner Entscheidung über die Nichtzulassungsbe-

schwerde darauf hinzuweisen, dass er auf der Grundlage des Sach- und Streitstandes in den Tatsacheninstanzen und der - von der Beschwerde nicht mit Erfolg angegriffenen - Feststellungen des Berufungsgerichts zu den Mittelfreigaben unter systematischer, über die im Anlageprospekt erweckte Erwartung hinausgehender Inanspruchnahme der "Ermessensklausel" eine Haftung der Beklagten auf der Grundlage von § 823 Abs. 2 i.V.m. §§ 264a, 27 StGB und §§ 31, 826, 830, 831 BGB für gegeben erachte. Deshalb macht die Beschwerde auch ohne Erfolg weiter geltend, auf einen entsprechenden Hinweis hätte sie sodann vorgetragen, die Voraussetzungen einer deliktischen Haftung der Beklagten seien auch unabhängig von den vom Berufungsgericht angenommenen Pflichtverstößen ihrer Mitarbeiter nicht erfüllt gewesen. Insbesondere habe es an tatrichterlichen Feststellungen zum doppelten Gehilfenvorsatz, einer Organstellung nach § 31 BGB und zu den Voraussetzungen des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB gefehlt. Der Senat hätte deshalb die Revision zulassen müssen, um der Beklagten durch eine Zurückverweisung an das Berufungsgericht die Gelegenheit zu geben, ihren Sachvortrag zu ergänzen.

- 3 2. Gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist die Revision zuzulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern. Diese Zulassungsgründe müssen gemäß § 544 Abs. 2 Satz 3 ZPO in der Beschwerdebegründung dargelegt werden. "Darlegen" bedeutet schon nach allgemeinem Sprachgebrauch mehr als nur einen allgemeinen Hinweis; "etwas darlegen" bedeutet vielmehr soviel wie "erläutern", "erklären" oder "näher auf etwas eingehen". Der Beschwerdeführer hat deshalb

die Zulassungsgründe, auf die er die Beschwerde stützt, zu benennen und zu deren Voraussetzungen substantiiert vorzutragen (z.B. BGH, Beschluss vom 1. Oktober 2002 - XI ZR 71/02, BGHZ 152, 182, 185 mwN). Für die Zulassungsentscheidung sind nur die Gründe zu prüfen, die der Beschwerdeführer bis zum Ablauf der Begründungsfrist anführt und deren Zulassungsvoraussetzungen er substantiiert darlegt (BGH, Beschluss vom 23. Juli 2002 - VI ZR 91/02, BGHZ 152, 7, 8 f m. umfangr. w. N. auch aus der Rechtsprechung anderer Oberster Gerichtshöfe des Bundes). Da das Verfahren über die Nichtzulassungsbeschwerde speziell den Interessen des Beschwerdeführers dient, findet eine Prüfung anderer als der vorgetragenen Zulassungsgründe nicht statt (z.B. Zöller/Heßler, ZPO, 30. Aufl., § 544 Rn. 12). Zu den Zulassungsvoraussetzungen, die der Beschwerdeführer darzulegen hat, gehört auch die Entscheidungserheblichkeit der als klärungsbedürftig geltend gemachten Rechtsfrage (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) beziehungsweise der Umstände, die die Notwendigkeit einer Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung begründen (BGH, Beschlüsse vom 27. März 2003 - V ZR 291/02, BGHZ 154, 288, 291, 296 und vom 19. Dezember 2002 - VII ZR 101/02, NJW 2003, 831; Musielak/Ball, ZPO, 10. Aufl., § 544 Rn. 17; Zöller/Heßler aaO Rn. 10a).

- 4 3. Die Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde hat dies nicht aufgezeigt. Die Beschwerdebegründung (NZBB) hat als klärungsbedürftig geltend gemacht, es sei zu entscheiden, ob vertragliche Ansprüche des Klägers der kurzen Verjährung nach § 51a WPO a.F. unterlägen (NZBB S. 5-9). Auf Seiten 9-16 der NZBB hat sich die Beschwerde sodann mit der Entscheidungserheblichkeit der Frage, ob die Tätigkeit der Beklagten unter § 51a WPO a.F. fällt,

befasst. Insoweit ist sie ausschließlich auf vertragliche Ansprüche und solche aus Verschulden bei Vertragsschluss eingegangen (siehe insbesondere NZBB S. 16). Es hätte ihr jedoch obgelegen, im Anschluss daran darzulegen, dass die Verjährung etwaiger vertraglicher und vorvertraglicher Forderungen für den Ausgang des Rechtsstreits entscheidungsrelevant sei, weil die Voraussetzungen deliktischer Anspruchsgrundlagen nicht erfüllt seien. Die Beklagte hatte auch Anlass, hierauf in ihrer Nichtzulassungsbeschwerdebegründung einzugehen, da aus den noch auszuführenden Gründen eine Forderung des Klägers auf dieser Grundlage nach dem im Zulassungsverfahren zugrunde zu legenden Sach- und Streitstand ernsthaft in Betracht kam.

- 5 Im Weiteren hat die Beschwerde gemeint, die Rechtssache weise grundsätzliche Bedeutung auf, weil eine höchstrichterliche Entscheidung zur Frage erforderlich sei, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen dem Mittelverwendungskontrolleur bei einem als Publikums-KG verfassten Anlagefonds aus dem Mittelverwendungskontrollvertrag anlegerschützende Pflichten oblägen, wenn der Anleger nicht Vertragspartner des Kontrolleurs sei und ihm auch vertraglich kein eigenes Leistungsforderungsrecht zugewiesen werde (NZBB S. 17 ff). Soweit sich die Beschwerdebegründung mit der Entscheidungserheblichkeit dieser Frage befasst hat (NZBB S. 20-24), hat sie ebenfalls nur vertragliche Anspruchsgrundlagen in den Blick genommen. Es hätte ihr auch insoweit obgelegen auszuführen, dass die Voraussetzungen deliktischer Anspruchsgrundlagen ebenfalls nicht erfüllt seien.

6 Gleiches gilt, soweit die Beschwerde gerügt hat, die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe drittschützende Pflichten gegenüber den Anlegern gehabt, laufe auf eine Prospekthaftung hinaus, obgleich die Beklagte nach den von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelten Kriterien nicht prospektverantwortlich sei, was zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung durch ein höchstrichterliches Urteil zu korrigieren sei (NZBB S. 24 ff).

7 Als Zulassungsgründe hat die Beschwerde weiter geltend gemacht, das Berufungsgericht habe der Beklagten zu Unrecht die sekundäre Darlegungslast für die Voraussetzungen der Mittelfreigaben auferlegt (NZBB S. 30-37). Die Vorinstanz habe nicht ohne Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG Pflichtverletzungen bei der Anwendung der "Ermessensklausel" des § 4 Nr. 11 des Mittelverwendungskontrollvertrags festgestellt (NZBB S. 37 ff). Sie habe nicht festgestellt, dass den auf die Ermessensklausel gestützten Mittelverwendungsanforderungen auch tatsächlich Freigaben ohne die regulär vorzulegenden Unterlagen gefolgt seien (NZBB S. 39 f). Das Berufungsgericht habe, soweit es das zum Schadensersatz führende Verhalten der Beklagten darin gesehen habe, dass sie in einem Umfang, der im Widerspruch zu dem im Prospekt erweckten Eindruck gestanden habe, die Mittelfreigaben auf der Grundlage der "Ermessensklausel" vorgenommen habe, verkannt, dass diese Klausel eine gleichrangige Alternative gegenüber der "gebundenen" Mittelfreigabe gewesen sei (NZBB S. 41 ff). Des Weiteren hat die Beschwerde beanstandet, es fehlten ausreichende Feststellungen zur regelmäßigen Anwendung der "Ermessensklausel". Diese Gesichtspunkte waren zwar unmittelbar auch für die Voraussetzungen von Ansprüchen des Klägers auf deliktischer Grundlage von Bedeutung. Der Senat hat diese Rügen jedoch nicht für geeignet gehalten, die Zulassung der Revision zu rechtfertigen.

8 4. Abgesehen davon, dass der von der Beklagten für erforderlich gehaltene Hinweis darauf, dass der Senat deliktische Anspruchsgrundlagen in Betracht ziehe, nicht mehr dazu hätte führen können, dass sie ihre Beschwerdebegründung rechtzeitig hätte ergänzen können, da sie ihren Begründungsschriftsatz am letzten Tag der gemäß § 544 Abs. 2 Satz 2, § 551 Abs. 2 Satz 5, 6 ZPO bereits verlängerten Frist eingereicht hat, hatte die Beklagte auch ohne den von ihr vermissten Hinweis Anlass, zu den ihrer Auffassung nach nicht erfüllten Voraussetzungen deliktischer Anspruchsgrundlagen vorzutragen.

9 Auf den Seiten 38 ff der Klageschrift hat der Kläger geltend gemacht, die Beklagte hafte wegen Betrugs beziehungsweise Beihilfe zum Betrug des ehemaligen Beklagten zu 2 nach § 823 Abs. 2, § 830 i.V.m. §§ 263, 25, 27 StGB. Hierzu hat er vorgetragen, die Mitarbeiter der Beklagten hätten vorsätzlich die vom früheren Beklagten zu 2 angeforderten Mittelfreigaben unter Verstoß gegen die prospektierten Vorgaben erklärt. Insbesondere die Fortführung ihrer Tätigkeit als Mittelverwendungskontrolleurin sei als Betrug, zumindest aber als Beihilfe zum Betrug der MBP-Geschäftsführung zu Lasten beitretender Anleger zu werten. Auf Seiten 40 f hat der Kläger weiter behauptet, die für die Beklagte handelnden Personen seien weisungsunabhängige leitende Angestellte gewesen, für die die Beklagte nach § 31 BGB ohne Möglichkeit der Exkulpation hafte. Hilfsweise hat sich der Kläger auf § 831 BGB berufen. Weiterhin hat er im Hinblick auf die von ihm behaupteten vorsätzlichen Pflichtverstöße eine Haftung der Beklagten nach §§ 826, 31 beziehungsweise § 831 BGB geltend gemacht (Seiten 41 f der Klageschrift).

10 Die Beklagte ist dem in ihrer Klageerwidernng vom 31. Januar 2011 nur insoweit entgegen getreten, als sie einen Pflichtverstoß ihrer Mitarbeiter und eine Haupttat des seinerzeitigen Beklagten zu 2 in Abrede gestellt und geltend gemacht hat, eine deliktische Haftung scheide auch deshalb aus, weil zwischen den Parteien ein persönlicher Kontakt nicht bestanden habe. Zu der Organstellung ihrer Mitarbeiter nach § 31 BGB und den Voraussetzungen des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB hat die Beklagte nichts vorgetragen. Da sie hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB primär und wegen der des § 31 BGB sekundär darlegungsbelastet gewesen ist, ist der entsprechende Vortrag des Klägers gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen gewesen. Die Beklagte hat - allerdings unter der Prämisse, dass ein Pflichtverstoß ihrer Mitarbeiter nicht vorlag - auch nicht bestritten, dass diese die Mittelfreigaben in Kenntnis aller tatsächlichen Umstände erklärten.

11 Die Beklagte hat ihren Sachvortrag insoweit auch nicht aufgrund der Schriftsätze des Klägers vom 18. April 2011 und vom 19. Mai 2011 ergänzt, in denen er ebenfalls auf die deliktischen Anspruchsgrundlagen eingegangen ist.

12 An diesem Sach- und Streitstand hat sich in der Berufungsinstanz nichts geändert. Die Beklagte musste auch ohne einen - vom Rechtsstandpunkt des Berufungsgerichts, das die Klage bereits auf vertraglicher Grundlage für begründet erachtet hat, entbehrlichen - gerichtlichen Hinweis davon ausgehen, dass die Klage weiterhin auch auf deliktische Anspruchsgrundlagen gestützt werde. Zwar hat der Kläger in seiner Berufungsbegründung und in den nachfolgenden Schriftsätzen nicht mehr ausdrücklich in Richtung auf die Beklagte § 823 Abs. 2 und § 826 BGB in Bezug genommen - ebenso wenig wie er aus-

drücklich (vor-)vertragliche Anspruchsgrundlagen angeführt hat. Diese wurden erst mit Schriftsatz vom 23. März 2012 im Zusammenhang mit § 51a WPO a.F. thematisiert. Hieraus ergibt sich jedoch nicht, dass deliktische Anspruchsgrundlagen nicht mehr geltend gemacht wurden. Der Kläger ist in erster Linie der Auffassung des Landgerichts entgegen getreten, ein Verstoß der Mitarbeiter der Beklagten gegen Aufklärungspflichten sei nicht dargetan, da eine systematische, prospektwidrige Inanspruchnahme der Ermessensklausel für die Mittel freigaben nicht feststellbar sei. Dieser Umstand ist für die (vor-)vertraglichen und die deliktischen Anspruchsgrundlagen gleichermaßen von Bedeutung. Hinzu tritt, dass der Kläger auf Seite 8 der Berufungsbegründung geltend gemacht hat, ein Verstoß gegen die in Rede stehenden Aufklärungspflichten begründe Schadensersatzansprüche der später beitretenden Gesellschafter nach § 826 BGB. Überdies hat er mit Schriftsatz vom 17. Januar 2012 (dort S. 12) darauf hingewiesen, dass die Handhabung der Mittelverwendungskontrolle in dem Parallelfonds M. 121 durch die Mitarbeiter der Beklagten den Tatbestand der Untreue erfüllt habe, die Beklagten in allen drei M. -Fonds im Rahmen der Mittelverwendungskontrolle involviert gewesen seien, und ein Strafverfahren (bezogen auf den Parallelfonds) sich auch gegen die Mitarbeiter der Beklagten gerichtet habe. Hieraus wird deutlich, dass nach Ansicht des Klägers auch in der vorliegenden Sache deliktische Ansprüche in Betracht kamen. Schließlich hat der Kläger in seiner Berufungsbegründung ausdrücklich auf seinen Sachvortrag in der Klageschrift und in seinen Schriftsätzen vom 18. April 2011 sowie vom 19. Mai 2011 Bezug genommen, in denen er sich mit den deliktischen Anspruchsgrundlagen befasst hat.

- 13 5. Dass der Senat unter Bezugnahme auf seine Urteile vom 11. April 2013 (III ZR 79/12, WM 2013, 1016 und III ZR 80/12, juris) im Gegensatz zum Kläger, der von einem durch den früheren Beklagten zu 2 begangenen Betrug (§ 263

Abs. 1 StGB) beziehungsweise einer Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) ausgegangen ist, einen Kapitalanlagebetrug gemäß § 264a Abs. 1 StGB als Haupttat angenommen hat, begründet keinen entscheidungserheblichen Unterschied.

Schlick

Herrmann

Hucke

Remmert

Reiter

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 30.06.2011 - 28 O 17338/10 -

OLG München, Entscheidung vom 04.04.2012 - 21 U 2874/11 -