



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 65/17

Verkündet am:
8. Februar 2018
P e l l o w s k i
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 242 A, 666, 675 Abs. 1

- a) Bei einem auf Treu und Glauben gestützten Auskunftsbegehren muss der Anspruchsberechtigte zunächst alle ihm zumutbaren Anstrengungen unternehmen, die Auskunft auf andere Weise zu erlangen. Eine vorrangig zu nutzende Informationsmöglichkeit ist regelmäßig dann gegeben, wenn ein unmittelbarer, nicht auf § 242 BGB gestützter gesetzlicher oder vertraglicher Auskunftsanspruch gegen eine andere Person oder Stelle besteht.
- b) Sieht der Berechtigte von vornherein schuldhaft davon ab, auf andere Erkenntnismöglichkeiten zuzugreifen, kann er einen Auskunftsanspruch nicht mehr auf § 242 BGB stützen (Bestätigung und Fortführung des Senatsurteils vom 9. November 2017 - III ZR 610/16, WM 2017, 2296).

BGH, Urteil vom 8. Februar 2018 - III ZR 65/17 - KG Berlin
LG Berlin

ECLI:DE:BGH:2018:080218UIIIZR65.17.0

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Februar 2018 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Herrmann, die Richter Tombrink, Dr. Remmert und Reiter sowie die Richterin Pohl

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 26. Zivilsenats des Kammergerichts vom 11. Januar 2017 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsrechtszugs zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

- 1 Der Kläger verlangt von der Beklagten Auskunft über die Mittelverwendungskontrolle im Zusammenhang mit seiner Beteiligung an einem geschlossenen Filmfonds. Mit Beitrittserklärung vom 19. November 2002 beteiligte er sich in Höhe von 50.000 Euro zuzüglich 5 % Agio als Direktkommanditist an der E. GmbH & Co. KG (Fondsgesellschaft). Die Beklagte fungierte als Mittelverwendungskontrolleurin, um die vertragsgemäße Verwendung und Investition des Kommanditkapitals sicherzustellen.
- 2 Die Beteiligung erfolgte auf der Grundlage des Emissionsprospekts vom 30. Juni 2002, in dem der Gesellschaftsvertrag (S. 87-97) und der Mittelverwendungskontrollvertrag (S. 102-104) jeweils vollständig abgedruckt waren.

§ 16 Nr. 4 des Gesellschaftsvertrags ("Investitionsgrundsätze") lautet:

"Die Gesellschaft beauftragt einen Mittelverwendungskontrolleur und errichtet ein Mittelverwendungskonto, über das die Gesellschaft und der Mittelverwendungskontrolleur aufgrund einer Vereinbarung mit der kontoführenden Bank nur zusammen verfügen können. Die Beauftragung des Mittelverwendungskontrolleurs erfolgt auf der Grundlage des als Anlage beigefügten Vertrages über die Mittelverwendungskontrolle, der auch die Vergütung des Mittelverwendungskontrolleurs enthält."

3 Der zwischen der Fondsgesellschaft und der Beklagten abgeschlossene Mittelverwendungskontrollvertrag (MVKV) enthält unter anderem folgende Regelungen:

"§ 1 Gegenstand der Mittelverwendungskontrolle

1.2 Gemäß § 16, § 17 und § 18 des Gesellschaftsvertrags [Investitionsgrundsätze, Mittelherkunft und -verwendung, Vertragskosten] sind die Pflichteinlagen der Treugeber und Direktkommanditisten in der dort geregelten Weise zu verwenden. ...

Zweck dieses Vertrages über die Mittelverwendungskontrolle ist die Regelung der Auszahlungen von dem von der Gesellschaft einzurichtenden Mittelverwendungskonto, soweit sie die erstmals von dem Treuhand-Anderkonto eingehenden Beträge betreffen. Erlöse der Gesellschaft aus dem laufenden Geschäft unterliegen der Regelung des vorliegenden Vertrages über die Mittelverwendungskontrolle, soweit diese zur Reinvestition in weitere Projekte verwendet werden sollen.

§ 2 Ausführung der Mittelverwendungskontrolle

2.1 Der Auftragnehmer [Beklagte] wirkt bei der Errichtung eines Mittelverwendungskontos der Gesellschaft, über das die Gesellschaft und der Auftragnehmer aufgrund einer Vereinbarung mit der kontoführenden Bank nur zusammen verfügen können, mit.

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, die Verwendung der auf dieses Konto einbezahlten Beträge zu kontrollieren."

4 § 2 Nr. 2.2 MVKV legt die Voraussetzungen fest, unter denen die Mittelverwendungskontrolleurin die Verwendung von auf dem Mittelverwendungskonto befindlichen Beträgen "durch Unterzeichnung eines Überweisungsträgers" freigeben darf (Ablauf von Widerrufsfristen, Freigabeanforderung durch den Komplementär der Fondsgesellschaft unter Beifügung eines Überweisungsträgers oder Überweisungsdatenträgers und Mitteilung des Verwendungszwecks, Vorlage bestimmter schriftlicher Nachweise). Nach § 2 Nr. 2.3 MVKV ist die Mittelverwendungskontrolleurin zur Kontrolle verpflichtet, bis sämtliche auf dem Mittelverwendungskonto einbezahlten Pflichteinlagen und Agio-Beträge erstmals vollständig verwendet sind und der Komplementär die Mittelfreigabe für Reinvestitionen aus Erlösen der Gesellschaft anfordert. Die Prüfung ist dabei beschränkt "auf Übereinstimmung der Anforderung der Mittelfreigabe und der vorzulegenden Nachweise mit §§ 16, 17 und 18 des Gesellschaftsvertrages".

5 Mit Ablauf des 31. Juli 2011 endete die Tätigkeit der Beklagten als Mittelverwendungskontrolleurin.

6 Der Kläger hat zuletzt beantragt, die Beklagte zur Auskunft über die Mittelverwendungskontrolle bei der E. GmbH & Co. KG zu verurteilen, und zwar durch Vorlage der von dem Komplementär unterzeichneten Überweisungsträger/Überweisungsdatenträger zu den Freigabeanforderungen in dem Zeitraum von Dezember 2002 bis Juli 2011 (Antrag 1a), durch Erklärung (und Vorlage entsprechender Nachweise), welche dieser Verfügungen für Filmprojekte und Reinvestitionen erfolgt sind (Antrag 1b), durch Erklärung (und Vorlage des Vertrags mit dem Dienstleister), welche dieser Verfügungen für Dienstleistungen im Sinne der in § 17 und § 18 des Gesellschaftsvertrags genannten Kosten vorgenommen wurden (Antrag 1c) sowie durch Erklärung (und Vorlage des jeweiligen Darlehensvertrags), welche dieser Verfü-

gungen zur Bedienung eines von der Gesellschaft aufgenommenen Darlehens erfolgt sind (Antrag 1d). Ferner hat er beantragt, die Beklagte zu verurteilen, erforderlichenfalls die Richtigkeit der Angaben zu den Anträgen 1a) bis d) eidesstattlich zu versichern. Soweit der Kläger ursprünglich beantragt hatte, die Auskunft insbesondere durch Vorlage der Kontoeröffnungsunterlagen und einer geordneten Zusammenstellung der auf dem Mittelverwendungskonto in dem Zeitraum vom 31. Oktober 2001 bis zum 31. Juli 2011 gebuchten Einnahmen und Ausgaben zu erteilen, hat er nach Auskunftserteilung durch die Beklagte beantragt, die Erledigung des Rechtsstreits festzustellen.

7 Der Kläger hat geltend gemacht, der Mittelverwendungskontrollvertrag sei als echter Vertrag zugunsten der Anleger anzusehen. Danach sei die Beklagte ihm gegenüber zur Auskunft verpflichtet. Diese könne immer dann verlangt werden, wenn die Möglichkeit einer Pflichtverletzung durch den Beauftragten bestehe und die Auskunft zur Klärung von Schadensersatzansprüchen diene. Ohne Kenntnis der einzelnen Tätigkeiten im Rahmen der Mittelverwendungskontrolle könne regelmäßig eine zum Schadensersatz berechtigende Pflichtwidrigkeit nicht festgestellt werden.

8 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat keinen Erfolg gehabt. Mit seiner vom Kammergericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

Entscheidungsgründe

9 Die zulässige Revision des Klägers ist unbegründet.

I.

10 Das Berufungsgericht hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

11 Der Kläger habe unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch auf Erteilung der zuletzt beantragten Auskunft. Grundsätzlich könne dem mittelbar oder unmittelbar an einer Publikumsgesellschaft beteiligten Gesellschafter ein Auskunftsanspruch gegenüber einem eingeschalteten Mittelverwendungskontrolleur zustehen, sofern der zugrunde liegende Vertrag ausdrücklich als Vertrag zugunsten Dritter, das heißt als Vertrag zugunsten der Gesellschafter, abgeschlossen sei (Hinweis auf Senatsurteile vom 19. November 2009 - III ZR 109/08, NJW 2010, 1279 Rn. 16 f und vom 21. März 2013 - III ZR 260/11, BGHZ 197, 75 Rn. 20). Eine Regelung, wonach den Gesellschaftern unmittelbar Rechte gegenüber der Beklagten zustehen sollten beziehungsweise unmittelbare Pflichten der Beklagten gegenüber den Anlegern begründet werden sollten, enthalte der Mittelverwendungskontrollvertrag nicht. Auch im Gesellschaftsvertrag werde nicht ausdrücklich bestimmt, dass die Mittelverwendungskontrolle zugunsten der Direkt- beziehungsweise Treuhandgesellschafter erfolge.

12 Selbst bei Annahme eines Vertrags zugunsten Dritter im Sinne des § 328 Abs. 1 BGB beständen die geltend gemachten Auskunftsansprüche nicht. Der Beklagten sei die Herausgabe der nunmehr verlangten Unterlagen tatsächlich unmöglich. Bereits aus dem Mittelverwendungskontrollvertrag ergebe sich nicht,

dass die Beklagte im Besitz dieser Unterlagen sei oder im Zusammenhang mit der Durchführung ihres Kontrollauftrags sein müsste. Die Beklagte sei nicht Inhaberin des Mittelverwendungskontos gewesen, und es habe für sie keine Pflicht bestanden, schriftliche Unterlagen zu den Überweisungsaufträgen der Fondsgesellschaft aufzubewahren (Klageantrag zu 1a). Als Mittelverwendungskontrolleurin habe es ihr lediglich obliegen, die Zahlungen aus dem Mittelverwendungskonto auf ihre Übereinstimmung mit dem Gesellschaftszweck zu überprüfen und die Überweisungsaufträge der Fondsgesellschaft gegenzuzeichnen. Die Beklagte treffe keine "sekundäre" Buchführungspflicht. Die Angaben zu den Zahlungsgründen müssten sich ohnehin aus den von der Fondsgesellschaft zu führenden Handelsbüchern ergeben, so dass kein Grund dafür ersichtlich sei, warum der Kläger diese Informationen von der Beklagten benötige. Aus den vorgenannten Gründen sei auch der Klageantrag zu 1b) unbegründet. Es sei zudem nicht ersichtlich, dass die Beklagte im Besitz entsprechender Unterlagen sei beziehungsweise bis zur Beendigung ihres Auftrags gewesen sei. Im Rahmen der Mittelverwendungskontrolle habe es ausgereicht, dass die Beklagte Kenntnis vom Vorliegen der Auszahlungsvoraussetzungen gehabt habe. Dazu habe es - ohne Übergabe der Originalbelege - lediglich einer Einsichtnahme im Einzelfall bedurft. Die mit den Klageanträgen zu 1c) und 1d) verfolgten Auskunftsansprüche beträfen ebenfalls Vorgänge, die aus den Handelsbüchern der Fondsgesellschaft ersichtlich seien, in die die einzelnen Gesellschafter Einblick nehmen könnten.

- 13 Die Beklagte habe darüber hinaus hinreichend vorgetragen, dass die Fondsgesellschaft nicht bereit sei, ihr die kompletten Geschäftsunterlagen einschließlich der Handelsbücher und der geschlossenen Verträge zugänglich zu machen. Das vorgelegte Schreiben der Fondsgesellschaft vom 10. Oktober 2013 bringe deutlich zum Ausdruck, dass die Komplementärin keinesfalls bereit

sei, irgendwelche Unterlagen an die Beklagte herauszugeben. Es sei auch nichts dafür ersichtlich, dass die Beklagte die begehrten Unterlagen und Auskünfte von dritter Seite auf einfacherem Weg erlangen könne, als dies dem Kläger als Direktgesellschafter möglich sei.

14 Soweit der Kläger die Feststellung begehre, dass der Rechtsstreit hinsichtlich der ursprünglich gestellten Klageanträge erledigt sei, habe die geänderte Klage ebenfalls keinen Erfolg. Da die Beklagte nicht Inhaberin des Mittelverwendungskontos gewesen sei, habe keine Verpflichtung bestanden, die Kontoeröffnungsunterlagen, die mit der Bank getroffene Vollmachtvereinbarung und die Kontoauszüge gegebenenfalls zu beschaffen und vorzulegen.

II.

15 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand. Der Kläger kann weder nach § 675 Abs. 1 i.V.m. § 666 BGB noch auf der Grundlage von § 242 BGB die begehrte Auskunft verlangen. Dies gilt nicht nur für die zuletzt gestellten, sondern auch für die ursprünglichen Klageanträge. Die Auskunftsklage war von Anfang an unbegründet.

16 1. Der in dem Emissionsprospekt abgedruckte Mittelverwendungskontrollvertrag zwischen der Beklagten und der Fondsgesellschaft hat eine Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 Abs. 1 BGB zum Gegenstand. Geschäftsbesorgung ist jede selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen (Palandt/Sprau, BGB, 77. Aufl., § 675 Rn. 2 mwN). Eine solche hat die Beklagte hier übernommen.

- 17 Gemäß § 16 Nr. 4 des Gesellschaftsvertrags und § 1 Nr. 1.2, § 2 Nr. 2.1 und 2.2 MVKV bestand ihre Aufgabe darin, die vertragsgemäße Freigabe von Mitteln sicherzustellen, die die beitretenden Gesellschafter auf das Mittelverwendungskonto der Fondsgesellschaft, über welches deren Geschäftsführer nur gemeinsam mit dem Mittelverwendungskontrolleur verfügen konnten, einzahlten oder die als Verwertungserlöse auf diesem Konto eingingen und für Reinvestitionen verwendet wurden. Dadurch sollten insbesondere die Anleger gegen missbräuchliche Maßnahmen der Fondsgesellschaft beziehungsweise ihres geschäftsführenden Organs geschützt werden. Dies kommt auch darin zum Ausdruck, dass in dem Prospekt das Sicherheitskonzept durch eine effektive Mittelverwendungskontrolle betont und als (werbewirksames) Merkmal des Fonds hervorgehoben wird.
- 18 2. a) Der mit einem nicht unmittelbar zwischen den Anlegern und dem Kontrollleur geschlossenen Mittelverwendungskontrollvertrag bezweckte Schutz der Interessen der Anleger gegenüber der Fondsgesellschaft kommt regelmäßig darin zum Ausdruck, dass er als Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von § 328 BGB ausgestaltet ist oder er jedenfalls Schutzwirkung zugunsten der Anleger entfaltet mit der Folge, dass diesen bei Verletzung der Kontrollpflichten eigene Schadensersatzansprüche zustehen. Was im Einzelfall gewollt ist, hängt von dem jeweiligen Vertragsinhalt ab, der gegebenenfalls durch Auslegung (§ 328 Abs. 2 BGB) zu ermitteln ist (Senatsurteil vom 9. November 2017 - III ZR 610/16, WM 2017, 2296 Rn. 19). Enthält der Mittelverwendungskontrollvertrag keine ausdrückliche Erklärung über die Rechtsstellung des Anlegers, kommt es auf die Umstände des Falles, insbesondere den Zweck des Vertrags, an, ob der Anleger als Dritter eigene (primäre) Rechte erlangt. Dabei liegt die Annahme, dass der Dritte einen selbständigen Anspruch erwerben soll, insbesondere dann nahe, wenn der Versprechensempfänger (Fondsgesellschaft) die Leistung

(Mittelverwendungskontrolle) lediglich im Interesse des Dritten verabredet (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 1990 - XI ZR 330/89, NJW 1991, 2209, 2210; Palandt/Grüneberg, BGB, 77. Aufl., § 328 Rn. 3). Eine Vermutung dahin, dass es sich bei einem Mittelverwendungskontrollvertrag grundsätzlich um einen echten Vertrag zugunsten Dritter handelt, besteht allerdings nicht (Senatsurteil vom 9. November 2017 aaO; s. auch Palandt/Grüneberg aaO; so aber KG, NZG 2011, 553). Dementsprechend hat der Senat in den bisher entschiedenen Fällen stets auf die jeweilige Vertragsgestaltung im Einzelfall abgestellt (z.B. Urteile vom 19. November 2009 - III ZR 108/08, BGHZ 183, 220 Rn. 2, 12 und III ZR 109/08, NJW 2010, 1279 Rn. 16 sowie vom 21. März 2013 - III ZR 260/11, BGHZ 197, 75 Rn. 3, 20: Mittelverwendungskontrollvertrag als Vertrag zugunsten Dritter; Urteile vom 11. April 2013 - III ZR 79/12, WM 2013, 1016 Rn. 24 und III ZR 80/12, BeckRS 2013, 07847 Rn. 22 sowie vom 16. November 2017 - III ZR 382/15, WM 2018, 24 Rn. 14: Mittelverwendungskontrollvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Anleger).

- 19 b) Im vorliegenden Fall ist der drittschützende Charakter des Mittelverwendungskontrollvertrags nicht zweifelhaft. Das durch den Mittelverwendungskontrollvertrag vorgesehene Sicherungssystem, auf das im Prospekt an diversen Stellen gesondert hingewiesen wird, sollte gerade dazu dienen, den Anleger durch Einschaltung eines unabhängigen Kontrollleurs vor vertragswidrigen Zugriffen auf das Kommanditkapital zu schützen. Eine effektive Mittelverwendungskontrolle gehört zu den Kernbedingungen für die Sicherheit und den Erfolg der Beteiligung und ist ein zentraler Werbungsgesichtspunkt (Senatsurteil vom 16. November 2017 aaO Rn. 33, 35). Die Tätigkeit der Beklagten diene somit in erster Linie den Vermögensinteressen der Anleger.

- 20 Der Senat teilt allerdings die Auffassung des Berufungsgerichts, dass es im vorliegenden Fall an zureichenden Anhaltspunkten dafür fehlt, dass nach dem Willen der Vertragsparteien den Anlegern ein eigenes, abgespaltenes Forderungsrecht im Sinne des § 328 Abs. 1 BGB eingeräumt werden sollte. Der Mittelverwendungskontrollvertrag enthält keine Bestimmung, dass der Vertrag zugunsten der Gesellschafter abgeschlossen wird und diese hieraus eigene Rechte herleiten können. Auch der Gesellschaftsvertrag ist insoweit unergiebig. Er beschränkt sich in § 16 Nr. 4 auf die Festlegung, dass die Fondsgesellschaft einen Mittelverwendungskontrolleur beauftragt und ein Mittelverwendungskonto, über das die Fondsgesellschaft und der Mittelverwendungskontrolleur auf Grund einer Vereinbarung mit der kontoführenden Bank nur zusammen verfügen können, errichtet wird.
- 21 Der Vertragszweck, die Anleger vor einer nicht vertragskonformen Verwendung des eingezahlten Kommanditkapitals zu schützen, kann indessen auch dadurch erreicht werden, dass diese zwar keine (primären) Leistungsansprüche erwerben, jedoch im Fall von Pflichtverletzungen im Rahmen der Mittelverwendungskontrolle eigene vertragliche (sekundäre) Schadensersatzansprüche geltend machen können, also insoweit in den Schutzbereich des Mittelverwendungskontrollvertrags einbezogen werden. Diese Voraussetzungen liegen unzweifelhaft vor. Denn die Fondsgesellschaft hat ein besonderes Interesse am Schutz der Anleger. Inhalt und Zweck des Vertrags lassen - wie dargelegt - erkennen, dass nach dem Willen der Vertragschließenden diesem Schutzinteresse Rechnung getragen werden soll.
- 22 3. Danach scheiden Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche des Klägers gemäß § 675 Abs. 1 i.V.m. §§ 666, 259 BGB von vornherein aus. Nach diesen Vorschriften treffen den Mittelverwendungskontrolleur Informationspflichten ge-

genüber dem Geschäftsherrn, wobei Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche der Anleger, die nicht Vertragspartei des Mittelverwendungskontrollvertrags sind, unter dem Gesichtspunkt des Vertrags zugunsten Dritter gegeben sein können. Auch wenn der begünstigte Dritte nicht in die Stellung eines Vertragsschließenden einrückt, erwirbt er das Recht, den vertraglichen Leistungsanspruch (auf Kontrolle der Mittelverwendung) geltend zu machen. Dazu gehören auch die Informationsansprüche aus § 666 BGB (Senatsurteil vom 9. November 2017 - III ZR 610/16, WM 2017, 2296 Rn. 21 f mwN). Soweit der Mittelverwendungskontrollvertrag jedoch - wie hier - lediglich als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Anleger ausgestaltet ist, steht diesen kein primärer vertraglicher Leistungsanspruch zu, so dass auch keine Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche nach § 666 BGB gegeben sind (Senat aaO Rn. 24).

- 23 4. a) Bei Verletzung der Pflicht zur Mittelverwendungskontrolle und Annahme eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter kommt allerdings - wie ausgeführt - ein eigener vertraglicher Schadensersatzanspruch der Anleger in Betracht, zu dessen Vorbereitung Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) geltend gemacht werden können. Diese setzen voraus, dass zwischen den Parteien eine Sonderverbindung besteht, bei der es sich auch um einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter handeln kann, und die konkreten Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Anspruchsberechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, während der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderlichen Auskünfte unschwer geben kann (st. Rspr.; vgl. nur Senatsurteil vom 9. November 2017 aaO Rn. 24; BGH, Urteile vom 28. Oktober 1953 - II ZR 149/52, BGHZ 10, 385, 387; vom 17. Mai 1994 - X ZR 82/92, BGHZ 126, 109, 113; vom 17. Juli 2002 - VIII ZR 64/01, NJW 2002, 3771; vom 6. Februar 2007 - X ZR 117/04, NJW

2007, 1806 Rn. 13; vom 1. August 2013 - VII ZR 268/11, NJW 2014, 155 Rn. 20; vom 26. September 2013 - VII ZR 227/12, NJW 2014, 381 Rn. 14; vom 28. Januar 2015 - XII ZR 201/13, NJW 2015, 1098 Rn. 10; vom 14. Juni 2016 - II ZR 121/15, WM 2016, 1533 Rn. 11, 17 und vom 25. Juli 2017 - VI ZR 222/16, NJW 2017, 2755 Rn. 13). Soll das geltend gemachte Auskunftsbegehren einen vertraglichen Schadensersatzanspruch belegen, muss dieser nicht bereits dem Grunde nach feststehen. Ausreichend, aber auch erforderlich ist vielmehr der begründete Verdacht einer Vertragspflichtverletzung und die Wahrscheinlichkeit eines daraus resultierenden Schadens des Anspruchstellers (Senatsurteil vom 9. November 2017 aaO; BGH, Urteile vom 17. Juli 2002; vom 1. August 2013 jew. aaO und vom 14. Juni 2016 aaO Rn. 18). Die Auskunft ist dabei auf den zeitlichen und sachlichen Umfang des Hauptanspruchs begrenzt (Senatsurteil vom 9. November 2017 aaO; vgl. auch BGH, Urteil vom 25. November 2010 - Xa ZR 48/09, NJW 2011, 1438 Rn. 33 ff; Palandt/Grüneberg aaO § 260 Rn. 14).

24 b) Nach diesen Maßgaben hat der Kläger auch auf der Grundlage von Treu und Glauben (§ 242 BGB) keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Erteilung der begehrten Auskünfte.

25 aa) Der Kläger, der - über eine Rechnungslegung im Sinne des § 259 BGB hinausgehend - Auskunft über eine Vielzahl von Detailinformationen betreffend Verfügungen über das Mittelverwendungskonto in dem Zeitraum von Dezember 2002 bis Juli 2011 begehrt, hat keine konkreten Anhaltspunkte für den begründeten Verdacht einer Vertragsverletzung im Zusammenhang mit der Mittelverwendungskontrolle vorgetragen. Er hat lediglich unsubstantiiert vorgebracht, ohne Kenntnis von den einzelnen Tätigkeiten (der Beklagten) könne eine Schadensersatz begründende Pflichtwidrigkeit nicht festgestellt werden.

Für eine konkrete Pflichtverletzung der Mittelverwendungskontrolleurin im Zusammenhang mit den vorgelegten Monatsübersichten ist auch sonst nichts ersichtlich. Bei dieser Sachlage dient das Auskunftsbegehren nach § 242 BGB, das allenfalls auf bloße Mutmaßungen des Klägers "ins Blaue hinein" gestützt wird, allein der unzulässigen Ausforschung (vgl. Senatsurteil vom 9. November 2017 aaO Rn. 28). Würde man dies anders sehen, könnte der Anspruchsteller, der die Voraussetzungen des behaupteten Schadensersatzanspruchs darlegen (und gegebenenfalls beweisen) muss, diese Pflicht durch Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs auf den Schädiger überwälzen (MüKoBGB/Krüger, 7. Aufl., § 260 Rn. 37).

26 bb) Bei einem auf Treu und Glauben gestützten Auskunftsbegehren muss der Anspruchsberechtigte zudem in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen sein und sich die notwendigen Informationen nicht selbst auf zumutbare Weise beschaffen können. Das bedeutet, dass er zunächst alle ihm zumutbaren Anstrengungen unternehmen muss, die Auskunft auf andere Weise zu erlangen. Eine vorrangig zu nutzende Informationsmöglichkeit ist regelmäßig dann gegeben, wenn ein unmittelbarer, nicht auf § 242 BGB gestützter gesetzlicher oder vertraglicher Auskunftsanspruch gegen eine andere Person oder Stelle besteht. Sieht der Berechtigte von vornherein schuldhaft davon ab, auf andere Erkenntnismöglichkeiten zuzugreifen, kann er einen Auskunftsanspruch nicht mehr auf § 242 BGB stützen (MüKoBGB/Krüger aaO Rn. 18; Palandt/Grüneberg aaO § 260 R. 7; s. auch OLG Celle NJW-RR 2003, 1715, 1716). So liegt der Fall hier. Das Berufungsgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, dass der Kläger als Direktkommanditist die Fondsgesellschaft auf Einsicht in die Bücher und Papiere der Gesellschaft und gegebenenfalls auf Auskunft hätte in Anspruch nehmen können. Neben dem Informationsrecht nach § 166 Abs. 1 HGB auf Mitteilung und Nach-

prüfung des Jahresabschlusses der Fondsgesellschaft steht dem Kläger als Direktkommanditisten gemäß § 166 Abs. 3 HGB i.V.m. § 16 des Gesellschaftsvertrags ein außerordentliches Informationsrecht aus wichtigem Grund zu. Dieses außerordentliche Einsichtsrecht, das grundsätzlich gegenüber der Gesellschaft besteht, ist nicht auf die Kontrolle des Rechnungsabschlusses beschränkt, sondern erstreckt sich allgemein auch auf die Geschäftsführung des Komplementärs und die damit zusammenhängenden Unterlagen. Ein wichtiger Grund ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Interessen der Kommanditisten konkret gefährdet erscheinen oder der begründete Verdacht nicht ordnungsgemäßer Geschäfts- oder Buchführung besteht, wobei ein Anlass zu aktuellem Misstrauen genügt (Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 37. Aufl., § 166 Rn. 8 f; MüKoHGB/Grunewald, 3. Aufl., § 166 Rn. 30). Wenn die erforderlichen Angaben nicht aus den Büchern und Papieren der Gesellschaft ersichtlich sind, weil diese zum Beispiel Lücken oder Widersprüche aufweisen, kann das Informationsrecht des Kommanditisten nach § 166 HGB ausnahmsweise zum Auskunftsrecht des einzelnen Gesellschafters erstarken (Baumbach/Hopt/Roth aaO § 118 Rn. 7 und § 166 Rn. 11). Darüber hinaus ist jedenfalls bei Publikumsgeellschaften ein allgemeines Auskunfts- und Einsichtsrecht des Kommanditisten dort anzuerkennen, wo er die Informationen zur Ausübung seiner Rechte in der KG benötigt (vgl. OLG Stuttgart NZG 2002, 1105; Baumbach/Hopt/Roth aaO § 166 Rn. 11; MüKoHGB/Grunewald aaO Rn. 12 jew. mwN; s. auch die dahingehende Tendenz in BGH, Urteil vom 23. März 1992 - II ZR 128/91, NJW 1992, 1890, 1891, wo die Frage allerdings letztlich offen gelassen wird). Schließlich kommt nach §§ 713, 666 BGB i.V.m. § 105 Abs. 3, § 161 Abs. 2 HGB ein (kollektives) Informationsrecht aller Gesellschafter gegen den geschäftsführenden Gesellschafter in Betracht. Dieses Recht ist zwar kein Individualrecht, kann aber von jedem einzelnen Gesellschafter zu Gunsten der Gesellschaft im Wege der *actio pro socio* geltend gemacht werden (Baumbach/Hopt/Roth aaO § 114

Rn. 14, § 118 Rn. 12 und § 166 Rn. 12, jedenfalls soweit es um Informationen geht, derer der Gesellschafter zur Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte bedarf (BGH, Urteil vom 23. März 1992 aaO S. 1892).

27 Da der Kläger nicht geltend gemacht hat, wenigstens den Versuch unternommen zu haben, die von ihm für erforderlich gehaltenen Informationen zur Mittelanforderung durch die Fondsgesellschaft (Überweisungsträger/Überweisungsdatenträger) sowie zu schriftlichen Nachweisen (Investition des Kommanditkapitals) über die ihm gesellschaftsvertraglich zustehenden Informationsrechte gegenüber der Fondsgesellschaft geltend zu machen, ist ihm ein Auskunftsanspruch aus § 242 BGB gegenüber der Beklagten verwehrt.

28 cc) Der auf § 242 BGB gestützte Auskunftsanspruch scheitert ferner daran, dass die Beklagte, deren Tätigkeit als Mittelverwendungskontrolleurin im Jahre 2011 endete, nicht auskunftsfähig ist.

29 Der Verpflichtete muss "unschwer", das heißt ohne unbillige Belastung, in der Lage sein, die begehrte Auskunft zu erteilen (z.B. BGH, Urteile vom 17. Mai 1994 - X ZR 82/92, BGHZ 126, 109, 113 und vom 6. Februar 2007 - X ZR 117/04, NJW 2007, 1806 Rn. 18 mwN, siehe auch Palandt/Grüneberg aaO § 260 Rn. 8 mwN). Ob der Schuldner in diesem Sinne unbillig belastet wird, ist auf Grund einer Abwägung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (BGH, Urteil vom 6. Februar 2007 aaO; MüKoBGB/Krüger aaO § 260 Rn. 20: Art des Rechtsverhältnisses, ggf. Ausmaß und Umfang der Rechtsverletzung, Bedeutung der Sache, Ausmaß der Beweisnot des Berechtigten). Nach den unbeanstandeten Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Beklagte nicht (mehr) im Besitz derjenigen Unterlagen, deren Vorlage der Kläger verlangt. Soweit die Revision in diesem Zusammenhang geltend macht, die Beklagte sei

zur Beschaffung der Unterlagen über die Fondsgesellschaft oder die Komplementärin verpflichtet, übersieht sie, dass jede Auskunftspflicht durch die konkrete Geschäftsbesorgung begrenzt wird (Senatsurteil vom 9. November 2017 - III ZR 620/16, WM 2017, 2296 Rn. 23, 27 f). Weder die Führung des Mittelverwendungskontos noch die lückenlose Dokumentation der im Rahmen der Mittelverwendungskontrolle eingesehenen Nachweise gehörten zum Pflichtenkreis der Beklagten. Nach § 2 Nr. 2.3 MVKV war die Beklagte lediglich verpflichtet, die Verwendung der auf das Mittelverwendungskonto einbezahlten Beträge "auf Übereinstimmung der Anforderung der Mittelfreigabe und der vorzulegenden Nachweise mit §§ 16, 17 und 18 des Gesellschaftsvertrages" zu überprüfen und sicherzustellen, dass Kontoverfügungen nur mit ihrer Zustimmung erfolgten. Dazu reichte - wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat - die Einsichtnahme in die im Einzelfall maßgeblichen Papiere aus. Nicht erforderlich war es, die Originale oder Kopien der jeweils eingesehenen schriftlichen Nachweise (z.B. Verträge, Prognosen, Garantieerklärungen) lückenlos aufzubewahren. Die von der Revision geltend gemachte Beschaffungspflicht der Beklagten scheidet im Übrigen auch daran, dass die Fondsgesellschaft nicht bereit ist, Geschäftsunterlagen der Beklagten zugänglich zu machen, und auch nicht ersichtlich ist, dass der Beklagten nach Beendigung des Mittelverwendungskontrollvertrags weiterhin ein Einsichtsrecht gegenüber der Fondsgesellschaft zusteht, das sie gegebenenfalls gerichtlich durchsetzen könnte.

- 30 5. Da der Kläger keinen Auskunftsanspruch hat, kann er auch nicht die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung verlangen.

31 6. Das Berufungsgericht hat es zu Recht abgelehnt, hinsichtlich der ursprünglich verlangten Auskunft (insbesondere Vorlage der Kontoeröffnungsunterlagen und einer Zusammenstellung der gebuchten Einnahmen und Ausgaben in dem Zeitraum vom 31. Oktober 2001 bis zum 31. Juli 2011) und der insoweit geforderten Abgabe eidesstattlicher Versicherungen die Erledigung der Hauptsache auszusprechen.

32 Die Klage war von Anfang an unbegründet. Der zunächst geltend gemachte Auskunftsanspruch konnte aus den vorgenannten Gründen (II.2-4) weder auf § 675 Abs. 1, § 666 BGB noch auf § 242 BGB gestützt werden. Auch insoweit fehlt Sachvortrag des Klägers zum begründeten Verdacht einer Vertragsverletzung. Die Verwaltung der Gelder auf dem Mittelverwendungskonto war nicht Inhalt des zwischen der Fondsgesellschaft und der Beklagten begründeten Geschäftsbesorgungsverhältnisses. Etwaige Informations- und Einsichtsrechte waren daher vorrangig gegenüber der Fondsgesellschaft als Kontoinhaberin geltend zu machen. Da der Beklagten die Unterlagen, deren Vorlage verlangt wurde, nicht zur Verfügung standen und die Fondsgesellschaft diese nach Beendigung des Mittelverwendungskontrollvertrags nicht zugänglich machen musste, war die Beklagte zur Auskunftserteilung nicht "unschwer" in der Lage. Ergänzend wird auf die Ausführungen in dem Senatsurteil vom 9. November 2017 (III ZR 610/16, WM 2017, 2296 Rn. 26-28, 30-32, 34-36) verwiesen, das identische Anträge zum Gegenstand hatte. Soweit die Beklagte im Hinblick auf ein Urteil des Kammergerichts vom 30. April 2014 (28 U 17/13) während des laufenden Rechtsstreits mit Schreiben vom 9. Juli 2014 Auskünfte erteilt hat, liegt darin kein erledigendes Ereignis, da die Klage zum Zeitpunkt der Auskunftserteilung nicht begründet war (vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 2010 - VIII ZR 58/09, BGHZ 184, 128 Rn. 18).

33 Dass die Beklagte zur Abgabe eidesstattlicher Versicherungen weder nach § 259 Abs. 2 BGB noch nach § 242 BGB verpflichtet war, hat das Berufungsgericht überzeugend ausgeführt. Der Senat nimmt darauf Bezug.

Herrmann

Tombrink

Remmert

Reiter

Pohl

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 09.06.2015 - 31 O 146/14 -

KG Berlin, Entscheidung vom 11.01.2017 - 26 U 80/15 -