



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

III ZR 146/20

vom

2. Dezember 2021

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 2. Dezember 2021 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Herrmann, die Richterinnen Dr. Arend und Dr. Böttcher und die Richter Dr. Herr und Liepin

beschlossen:

Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 3. Juni 2020 - 5 U 20/20 - wird zurückgewiesen, soweit es die Beklagten zu 3, 4, 5 und 7 betrifft.

Der Kläger trägt 2/3 seiner eigenen außergerichtlichen Kosten und der Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sowie die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 3, 4, 5 und 7.

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers wird die Revision gegen das vorgenannte Urteil zugelassen, soweit es die Beklagten zu 2 und 6 betrifft.

Insoweit wird das Urteil gemäß § 544 Abs. 9 ZPO aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die übrigen Kosten des dritten Rechtszugs, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Streitwert für das Verfahren des dritten Rechtszugs wird auf 73.757,17 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Der Kläger begehrt im Zusammenhang mit drei von ihm gezeichneten mittelbaren Beteiligungen an der SHB Innovative Fondskonzepte GmbH & Co. Objekte Fürstenfeldbruck und München Fonds KG (im Folgenden: Fonds) in den Varianten "Immorente Plus" und "Clevere Kombi" Schadensersatz von den Beklagten.
- 2 Der Kläger investierte in die beiden Beteiligungen "Immorente Plus" ratenweise von März 2009 bis Januar 2017 jeweils 12.397,29 € und in die Beteiligung "Clevere Kombi" mittels Einmalzahlungen im März 2009 zuzüglich thesaurierter Ausschüttungen bis Dezember 2012 insgesamt 37.562,59 €, zusammen also 62.357,17 €. Er ist aufgrund eines 2016 abgeschlossenen Vergleichs gegen Zahlung von weiteren 8.400 € aus dem Fonds ausgeschieden.
- 3 Der Fonds war einer von mehreren geschlossenen SHB Immobilienfonds, die zur FIHM Fonds und Immobilien Holding AG München (im Folgenden: FIHM) gehörten. Die Aktienmehrheit an der FIHM wurde 2012 von einer Gesellschaft übernommen, die zu der vom Beklagten zu 1 und dem Beklagten zu 2 aufgebauten und kontrollierten S & K Unternehmensgruppe gehörte. Alleinvertretungsberechtigter Vorstand der FIHM wurde der Beklagte zu 6, der nachfolgend jeweils auch als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der SHB Immobilienfonds und ihrer Komplementärin fungierte.

- 4            Der Kläger nimmt die Beklagten unter dem Vorwurf in Anspruch, dem übernommenen Fonds in erheblichem Umfang Anlegergelder unter dem Vorwand einer Kaufpreiszahlung zu ihrer eigenen Verwendung entzogen zu haben. Konkret sollen sie den Abschluss von Scheinverträgen veranlasst haben, mit dem der Fonds und zwei weitere SHB Immobilienfonds Geschäftsanteile einer zur S & K Unternehmensgruppe gehörenden GmbH kauften, die ein Portfolio von an die Telekom vermieteten Immobilien, das sogenannte "Telekom-Portfolio", hielt. Am 14. Februar 2013 überwies der Beklagte zu 6 auf Anweisung der Beklagten zu 1 und 2 vom Konto des Fonds 4,6 Mio. € auf ein notarielles Treuhandkonto. Am 19. Februar 2013, dem Tag der Festnahme der Beklagten zu 1 und 2, überwies der Beklagte zu 6 auch den Restkaufpreis von 335.000 € auf das Konto der GmbH.
- 5            Der Kläger hat vorinstanzlich Erstattung der von ihm investierten und aufgrund des Vergleichs gezahlten Beträge verlangt und sich hierzu auf ein betrügerisches Handeln der Beklagten zu 1 und 2 und auf eine Untreue des Beklagten zu 6 berufen sowie darauf, dass die übrigen Beklagten diesen als Gehilfen zugearbeitet hätten. Außerdem hat er geltend gemacht, dass seine Fondsbeteiligung durch das Vorgehen der Beklagten wertlos geworden sei. Über das Vermögen des Beklagten zu 1 ist während des erstinstanzlichen Verfahrens im Juli 2019 mit der Wirkung des § 240 Satz 1 ZPO das Insolvenzverfahren eröffnet worden.
- 6            Der Kläger hat zuletzt unter anderem beantragt, die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an ihn, hilfsweise an den Fonds, 73.757,17 € zu zahlen.

7 Das Landgericht hat die Klage gegen die Beklagten zu 2 bis 7 durch Teilurteil mit der Begründung abgewiesen, ein Schadensersatzanspruch könne sich nicht auf einen Betrug oder Kapitalanlagebetrug gründen, da die Beklagten zum Zeitpunkt der Zeichnung der Anlage noch keine Verbindung zur Fondsgesellschaft gehabt hätten und beim späteren Erwerb der Geschäftsanteile der GmbH der verfügende Beklagte zu 6 nicht getäuscht worden sei. Schadensersatzsprüche wegen Untreue oder aus § 826 BGB scheiterten daran, dass dem Kläger kein eigener Schaden entstanden sei, was auch für den behaupteten Wertverlust seiner Beteiligung gelte. Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen.

## II.

8 Das Berufungsgericht hat es dahinstehen lassen, ob die Beklagten in kollusivem Zusammenwirken dem Fonds 4,6 Mio. € für eigene Zwecke entzogen haben, wenn auch die Beklagten zu 1 und 2 in dem gegen sie geführten Strafverfahren eingeräumt hätten, dass die vom Beklagten zu 6 vorgenommenen Überweisungen aufgrund eines (zunächst) nur zum Schein abgeschlossenen Kaufvertrags erfolgt seien. Zwar sei hinsichtlich der Beklagten zu 3 und 4 schon nicht dargetan, mit welchen konkreten Handlungen sie die Taten der übrigen Beklagten gefördert haben sollen, und außerdem zweifelhaft, ob das Geld endgültig verloren sei, da es sich nach dem Klägervortrag noch auf dem notariellen Treuhandkonto befinde. Selbst wenn man die behaupteten Deliktshandlungen unterstelle, habe der Kläger jedoch keinen Anspruch darauf, so gestellt zu werden, als hätte er die Beteiligungen nicht gezeichnet, da der in der Zeichnung der Anlage liegende Schaden nicht auf das spätere Verhalten der Beklagten zurückzuführen sei.

- 9            Soweit der Kläger behauptete, dass der Fonds durch das Handeln der Beklagten in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und seine Beteiligung praktisch wertlos geworden sei, handele es sich um einen - bei ihm nur mittelbar als Reflexschaden entstandenen - Schaden der Fondsgesellschaft, den allein diese gerichtlich geltend machen könne.
- 10            Der Hilfsantrag sei unzulässig, da in Bezug auf Gesellschaftsforderungen gegen Dritte keine Prozessführungsbefugnis für eine actio pro socio bestehe. Der Kläger könne die Beklagten auch nicht als Prozessstandschafter für die Gesellschaft in Anspruch nehmen, weil eine entsprechende Ermächtigung nicht dargelegt sei. Abgesehen davon liege insoweit eine nach § 533 ZPO mangels Einwilligung der Beklagten und wegen fehlender Sachdienlichkeit unzulässige Klageänderung vor, zumal die Fondsgesellschaft bereits einen rechtskräftigen Titel gegen den Beklagten zu 1 auf Rückführung des auf dem notariellen Treuhandkonto befindlichen Betrags erwirkt habe.
- 11            Zwar komme ein Schadensersatzanspruch des Klägers aus § 826 BGB in Betracht. Jedoch habe er zu seinem Schaden, der in der Differenz zwischen dem hypothetischen und dem - nach dem pflichtwidrig veranlassten Vermögensabfluss bei der Fondsgesellschaft verbliebenen - tatsächlichen Wert seines Kommanditanteils bestehe, nicht hinreichend vorgetragen, weshalb keine Anknüpfungstatsachen für ein Sachverständigengutachten gegeben seien.
- 12            Schließlich habe er keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen der von ihm ab September 2012 im Vertrauen auf die Weiterverfolgung der Anlageziele geleisteten Ratenzahlungen. Etwas anderes folge auch nicht aus dem Beschluss des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 8. März 2017 (1 StR 466/16

- BGHSt 62, 72), wonach die Betreiber eines Anlagemodells, die diesem nach der Zeichnung durch die Anleger Kapital in erheblichem Umfang zu eigenen Zwecken entzögen, eine Garantenpflicht aus Ingerenz treffe mit der Folge, dass eine Strafbarkeit wegen Betrugs durch Unterlassen zum Nachteil der Investoren in Betracht komme. Zwar liege in Bezug auf die Ratenzahlungen ein Individualschaden vor. Dieser knüpfe aber hier an das Verschweigen der Überweisung vom 14. Februar 2013 und die dadurch eingetretene Vermögensgefährdung an. Hierüber hätte der Beklagte zu 6 als Geschäftsführer die Anleger informieren müssen, wenn er nicht bereits am 19. Februar 2013 in Untersuchungshaft geraten und aus der Geschäftsführung ausgeschieden wäre. Die Beklagten zu 1 und 2 schieden als Täter eines möglicherweise schon im Herbst 2012 beschlossenen Betrugs aus, weil für die Anleger gar nicht erkennbar gewesen sei, dass sie die Geschicke des Fonds bestimmt hätten und sie zudem infolge ihrer Inhaftierung am 19. Februar 2013 davon hätten ausgehen können, dass die Anleger alsbald von ihrer schädigenden Einflussnahme unterrichtet würden. Hinsichtlich der übrigen Beklagten sei ebenfalls keine Pflicht zur Aufklärung des Klägers erkennbar.

### III.

13            Soweit es die Beklagten zu 3, 4, 5 und 7 betrifft, ist die Nichtzulassungsbeschwerde zurückzuweisen, weil insoweit weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

14 Die mit der Beschwerde vorgebrachten Rügen greifen in Bezug auf die Beklagten zu 3, 4, 5 und 7 schon mangels Entscheidungserheblichkeit nicht durch. Der Vorwurf, der Beklagte zu 6 habe auf Weisung des (vom erstinstanzlichen Teilurteil nicht erfassten) Beklagten zu 1 und des Beklagten zu 2 unter dem Vorwand der Erfüllung eines nur zum Schein geschlossenen und auch aus anderen Gründen jedenfalls unwirksamen Kaufvertrags über die Geschäftsanteile der GmbH, tatsächlich aber zur eigenen Verwendung, insgesamt mehr als 4,9 Mio. € vom Konto des Fonds verschoben, begründet keine Haftung der Beklagten zu 3, 4, 5 und 7 aus § 826 BGB oder aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit (irgend-)einem Straftatbestand. Denn ein wie immer gearteter konkreter (Tat-)Beitrag dieser Beklagten ist nach den insoweit nicht angegriffenen Ausführungen des Berufungsgerichts auf der Grundlage des Sachvortrags des Klägers nicht erkennbar.

15 Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO abgesehen.

#### IV.

16 Soweit es die Beklagten zu 2 und 6 betrifft, hat die Nichtzulassungsbeschwerde indessen Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 9 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Die angefochtene Entscheidung beruht insoweit auf einer Verletzung des Anspruchs des Klägers auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG.

- 17 Mit Erfolg macht die Beschwerde geltend, dass das Berufungsgericht entscheidungserheblichen Sachvortrag des Klägers in den Schriftsätzen vom 22. März 2019 (S. 1 f, GA V 1015 f) und vom 14. April 2020 (S. 8 ff, GA VII 42 ff) nicht hinreichend berücksichtigt hat. In diesen Schriftsätzen hat der Kläger vorgebracht, sein Auseinandersetzungsguthaben bei der Fondsgesellschaft sei negativ und die Beteiligung somit wertlos gewesen, wozu er die Vernehmung von Zeugen und die Einholung eines Sachverständigengutachtens angeboten hat. Ferner hat er unter Vorlage des Geschäftsberichts der Fondsgesellschaft vorgebracht, dass diese am 31. Dezember 2012 noch über liquide Bankguthaben in Höhe von 4,822 Mio. € zuzüglich 595.000 € Guthaben ihrer Objektgesellschaft verfügt habe, von denen 85,03 % am 14. Februar 2013 abverfügt worden seien, weshalb ihm sein gesamter Einlageschaden, mindestens aber 85,03 % davon, zu ersetzen sei. Bis zur "Kaperung" des Fonds und anschließenden Abverfügung fast seines gesamten Vermögens seien die Fondsanteile auf der größten deutschen Zweitmarktbörse im Internet rege gehandelt worden. Nach Bekanntwerden der Transaktion sei die Beteiligung plötzlich ein "Ladenhüter" gewesen und 2013 aus dem Programm der Zweitmarktplattform genommen worden. Mit diesem Vorbringen hat sich das Berufungsgericht nicht hinreichend auseinandergesetzt, was aber erforderlich gewesen wäre.
- 18 1. Zwar gibt es für einen Ersatz des Zeichnungsschadens keine Grundlage. Denn ein sittenwidriges oder deliktisches Handeln der Beklagten zu 2 und 6 ist nach dem eigenen Vorbringen des Klägers erst mehrere Jahre nach der Zeichnung der Beteiligung verübt worden und deshalb für diese nicht ursächlich gewesen.

19 2. Allerdings besteht ein (eigener) Anspruch des Klägers gegen die Beklagten zu 2 und 6 auf Ersatz des Schadens, der sich aus der Wertminderung seiner Kommanditbeteiligung ergibt.

20 a) Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB wegen der behaupteten Wertminderung der Beteiligung - auf die der verfolgte Zahlungsantrag schon in erster Instanz auch gestützt worden ist - scheidet zwar schon auf straftatbestandlicher Ebene aus. Denn das klägerische Verlangen nach Ersatz des Wertminderungsschadens kann sich nicht auf eine - einen Betrug durch Unterlassen begründende - Verletzung der Aufklärungspflicht über den geplanten Kapitalentzug aus der Fondsgesellschaft stützen. Ein Betrug setzt tatbestandlich stets eine täuschungs- und irrumsbedingte Vermögensverfügung des Geschädigten voraus, die den eingeklagten Schaden bewirkt hat. An einer solchen Vermögensverfügung, die die Wertminderung der Beteiligung (auch nur mittelbar beziehungsweise reflexhaft) verursacht hätte, fehlt es vorliegend, da diese ohne Zutun des Klägers automatisch mit der vom Beklagten zu 6 vorgenommenen Überweisung der Mittel aus dem Fondsvermögen eingetreten wäre.

21 Jedoch hat der Kläger insoweit dem Grunde nach einen Anspruch aus § 826 BGB - wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend angenommen hat - und (entsprechend der senatsbekannten rechtskräftigen strafgerichtlichen Verurteilung der Beklagten zu 2 und 6) aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) beziehungsweise Anstiftung zur Untreue (§ 266 Abs. 1, § 26 StGB). Nach der Rechtsprechung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs kann auch die Schädigung des Vermögens einer (Kommandit-)Gesellschaft zu einem Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB führen, wenn sie gleichzeitig das Vermögen der Gesellschafter berührt, sich also - was

bei nicht wertentsprechend ausgeglichenen Entnahmen aus dem Fondsvermögen regelmäßig anzunehmen ist - auch nachteilig auf deren Vermögen auswirkt (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Februar 2012 - 1 StR 586/11, NStZ 2013, 38 Rn. 10; Urteil vom 10. Juli 2013 - 1 StR 532/12, NJW 2013, 3590, 3593 und Beschluss vom 8. März 2017, aaO Rn. 9). Klarzustellen ist, dass es sich dabei um eigene Ansprüche des Klägers handelt, was das Berufungsgericht bei seinen Erwägungen zur Unzulässigkeit des Hilfsantrags teilweise verkannt hat. Denn Verletzter der begangenen Untreue ist nicht die - keine Rechtspersönlichkeit besitzende - Personenhandelsgesellschaft, auf deren Vermögen unmittelbar treuwidrig oder missbräuchlich zugegriffen wird, sondern der Anleger als natürliche Person, bei dem sich der Schaden nur mittelbar verwirklicht (vgl. Senat, Beschluss vom 28. Januar 2021 - III ZR 157/19, WM 2021, 1219 Rn. 22).

22            b) Anders als das Berufungsgericht meint, ist der Kläger auch in Bezug auf den aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266 Abs. 1, (§ 26) StGB folgenden Anspruch befugt, die aus der Minderung des Gesamthandsvermögens der Fondsgesellschaft herrührende Wertminderung seiner Beteiligung gerichtlich geltend zu machen und Zahlung an sich selbst zu verlangen.

23            (1) Zwar schließen nach ständiger Rechtsprechung der Grundsatz der Kapitalerhaltung, die Zweckwidmung des Gesellschaftsvermögens und das Gebot der Gleichbehandlung aller Gesellschafter einen Anspruch des einzelnen Gesellschafters auf Leistung von Schadensersatz an sich persönlich wegen einer Minderung des Werts seiner Beteiligung, die aus einer Schädigung der Gesellschaft resultiert, im Regelfall aus. Vielmehr kann ein Ausgleich dieses sich nur mittelbar bei ihm realisierenden Reflexschadens allein dadurch erfolgen, dass der Gesellschafter die Leistung von Schadensersatz an die Gesellschaft verlangt (vgl. Senat, Urteil vom 21. März 2013 - III ZR 260/11, BGHZ 197, 75 Rn. 34 f; BGH,

Urteile vom 10. November 1986 - II ZR 140/85, NJW 1987, 1077, 1079; vom 29. Juni 1987 - II ZR 173/86, NJW 1988, 413, 415; vom 11. Juli 1988 - II ZR 243/87, BGHZ 105, 121, 130 f; Versäumnisurteil vom 14. Mai 2013 - II ZR 176/10, NJW 2013, 2586 Rn. 16 f). Dies gilt ausnahmsweise nicht, wenn sich der Schadensersatzanspruch des Anlegers seinem Inhalt nach auf die Verletzung gerade ihm gegenüber bestehender Sorgfaltspflichten stützt (vgl. Senat, Urteil vom 21. März 2013, aaO Rn. 33 [Mittelverwendungskontrolleur]) oder die unmittelbar geschädigte Fondsgesellschaft den ihr zustehenden Schadensersatzanspruch nicht verfolgt (vgl. nur BGH, Urteil vom 29. Juni 1987, aaO), was hier aber jeweils nicht zutrifft.

24 (2) Jedoch ist es auch nach diesen Grundsätzen dem Kläger nicht (mehr) verwehrt, wegen seines Wertminderungsschadens Zahlung an sich selbst zu verlangen. Denn er ist bereits während des erstinstanzlichen Verfahrens als mittelbarer Kommanditist aus der Fondsgesellschaft ausgeschieden und hat dadurch seine (indirekte) Gesellschafterstellung verloren. Damit ist nicht nur seine - allenfalls aus dieser Stellung folgende - Befugnis entfallen, Leistung an die Gesellschaft zu verlangen, sondern auch sein Rechtsschutzbedürfnis für eine auf den Wertverlust seiner vormaligen Beteiligung gestützten Klage auf Zahlung von Schadensersatz an den Fonds, zu dem er aufgrund des abgeschlossenen Vergleichs keine Rechtsbeziehungen mehr unterhält. Vielmehr ist durch die Beendigung der Beteiligung seine Berechtigung entstanden, aufgrund seiner eigenen Ansprüche aus § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266 Abs. 1, (§ 26) StGB die Zahlung von Schadensersatz für den Wertverlust seiner vormaligen Anlage an sich selbst zu verlangen (vgl. Senat, Beschluss vom 28. Januar 2021 aaO Rn. 25).

- 25                   c) Danach kommt es entscheidend darauf an, ob der Kläger (auch) seinen Wertminderungsschaden schlüssig dargelegt hat. Dies hätte das Berufungsgericht bei gehöriger Beachtung des - oben im Einzelnen dargestellten - diesbezüglichen klägerischen Vorbringens bejahen müssen. Zur Schadensbemessung ist grundsätzlich nach der Differenzhypothese ein Vergleich der Vermögenslage vor und nach dem haftungsbegründenden Ereignis anzustellen. Danach besteht der hier in Rede stehende Wertminderungsschaden in der Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der klägerischen Beteiligung und ihrem tatsächlichen Wert nach dem pflichtwidrig veranlassten Mittelabfluss bei der Fondsgesellschaft. Maßgeblich für die Beurteilung ist in der Regel der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht (vgl. Senat, Urteil vom 21. März 2013, aaO Rn. 24 und Beschluss vom 28. Januar 2021 aaO Rn. 26), wobei es abweichend davon - wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat - im vorliegenden Fall auf das zeitlich frühere Ausscheiden des Klägers als mittelbarer Gesellschafter ankommt.
- 26                   Mit seiner Ansicht, der Vortrag des Klägers ermögliche keine Berechnung des Differenzschadens, da er keine Anknüpfungstatsachen für ein Sachverständigengutachten biete, hat das Berufungsgericht die Substantiierungsanforderungen überspannt und die Beweiswürdigung in unzulässiger Weise vorweggenommen.
- 27                   Entgegen der Auffassung der Vorinstanz hat der Kläger mit seinem Vorbringen im Schriftsatz vom 14. April 2020 (S. 8 ff, GA VII 42 ff) unter Vorlage des Geschäftsberichts für 2012 hinreichend deutlich und konkret zum Ausdruck gebracht, dass er von einem der Gesamteinlage entsprechenden Wert der Beteiligung vor dem Eingreifen der Beklagten zu 2 und 6 ausgehe. Weiterhin musste der Kläger nach den unstreitigen Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils, auf

die das Berufungsgericht Bezug genommen hat, 2016 noch 8.400 € zahlen, um von seiner Beteiligung loszukommen. Damit hat er hinreichend dargetan, dass diese infolge des Kapitalentzugs aus dem Fonds vollständig wertlos geworden ist.

28

Dass auf der Grundlage dieses klägerischen Vorbringens nicht mit sachverständiger Hilfe geklärt werden könnte, in welchem Umfang eine Wertminderung der Beteiligung infolge des von den Beklagten zu 2 und 6 veranlassten Kapitalabflusses eingetreten ist, ist nicht ersichtlich. Der tatsächliche Wert des Kommanditanteils des Klägers ist unter Berücksichtigung der Vermögenswerte der Gesellschaft und gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Handelskonditionen für eine solche Beteiligung auf dem Zweitmarkt grundsätzlich sachverständig ermittelbar. So muss nach §161 Abs. 2, § 140 Abs. 2 HGB die Vermögenslage einer Personengesellschaft bei Ausscheiden eines Gesellschafters ohnehin festgestellt werden, was in der Regel durch eine Abschichtungsbilanz (Vermögensbilanz) geschieht (vgl. dazu Roth in Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl., § 131 Rn. 8 ff). Die Frage, wie sich der Wert der klägerischen Beteiligung ohne die vorherige "Ausplünderung" der Gesellschaft durch die Beklagten hypothetisch dargestellt hätte, dürfte ebenfalls auf der Grundlage einer Vermögensbilanz der Fondsgesellschaft für den unmittelbar vor der pflichtwidrigen Überweisung liegenden Stichtag 13. Februar 2013 unter Prognose der weiteren geschäftlichen Entwicklung bis zum Ausscheiden des Klägers sachverständig zu beantworten sein. Sollte es hierzu aus Sicht des Berufungsgerichts oder des Sachverständigen noch weiterer konkreter Angaben oder der Vorlage weiterer Unterlagen (wie etwa einer möglicherweise schon 2016 erstellten Abschichtungsbilanz) bedürfen, kann ein entsprechender Hinweis an den Kläger ergehen.

29 3. Schon aus diesem Grund ist das angefochtene Urteil gemäß § 544 Abs. 9 ZPO aufzuheben und der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Hierzu weist der Senat auf Folgendes hin:

30 a) Soweit mit dem Zahlungsantrag auch Schadensersatz wegen der Weiterzahlung der monatlichen Raten auf die Beteiligung "Immorante Plus" begehrt wird, dürfte dem Grunde nach ein Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB wegen eines im Februar 2013 begangenen Betrugs durch Unterlassen zum Nachteil des Klägers bestehen. Anknüpfungspunkt hierfür ist - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - der Beschluss des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 8. März 2017 (aaO Rn. 15 ff), der den Betreibern eines Anlagemodells, die diesem nach der Zeichnung durch die Anleger Kapital in erheblichem Umfang zu eigenen Zwecken entziehen, eine Garantspflicht aus Ingerenz aufbürdet, aus der sich die Verpflichtung ergibt, zumindest die Investoren, die noch künftig Raten zu zahlen haben, über die erfolgte Kapitalentziehung aufzuklären. Diese Aufklärungspflicht obliegt denjenigen Personen, die als Vertretungsorgane der Fondsgesellschaft beziehungsweise der diese vertretenden juristischen Personen fungieren (aaO Rn. 22), was zwar nur auf den Beklagten zu 6 zutrifft. Der Beklagte zu 2 hat aber als Nichtgarant nach dem klägerischen Vorbringen durch aktives Tun den Beklagten zu 6 im Sinne des § 26 StGB zur Begehung des unechten Unterlassungsdelikts angestiftet und damit als Teilnehmer agiert. Danach sind die Erwägungen des Berufungsgerichts, dass in Bezug auf die Ratenzahlungen ein Individualschaden vorliege, der hier allein an das Verschweigen der Überweisung vom 14. Februar 2013 und die dadurch eingetretene Vermögensgefährdung anknüpfe, nicht zu beanstanden. Unzutreffend erscheint indes seine Annahme, die Beklagten habe keine Pflicht zur Aufklärung getroffen beziehungsweise hätten einer solchen nicht zumutbar

nachkommen können. Insoweit verkennt die Vorinstanz, dass sich der Ersatzanspruch des Klägers nicht auf eine zivilrechtliche Aufklärungspflicht gründet, sondern auf eine (aktive) Informationspflicht aus Ingerenz aufgrund einer vorhergegangenen strafbaren Untreue beziehungsweise einer Anstiftung dazu, die nur sehr eingeschränkt Zumutbarkeitserwägungen unterliegt. So hat es der 1. Strafsenat bei Abwägung der beiderseitigen Interessen (sogar) für zumutbar gehalten, dass die Betreiber des Anlagemodells offenlegen müssen, dass sie eine Untreue begangen beziehungsweise sich an ihr beteiligt haben, um sich nicht auch des Betrugs durch Unterlassen schuldig zu machen (aaO Rn. 36 f). Soweit danach ein Ersatzanspruch wegen der ab März 2013 weiter gezahlten Raten in Betracht kommt, dürfte allerdings eine anspruchsmindernde Verletzung eigener Obliegenheiten des Klägers bei der Schadensentstehung nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB zu erwägen sein, da er die Ratenzahlungen erst im Januar 2017 - und damit etwa fünf Jahre nach der pressewirksamen Festnahme der Beklagten und kurz vor Abschluss der Hauptverhandlung gegen sie - eingestellt hat.

- 31            b) Soweit der Kläger - worauf das Berufungsgericht nicht eingegangen ist - auch auf den Schaden verwiesen hat, der ihm dadurch entstanden sei, dass er von den Beklagten über die geplante "Ausplünderung" des Fonds nicht im Vorfeld informiert worden sei und es deshalb unterlassen habe, seine Kommanditanteile rechtzeitig auf dem Zweitmarkt zu veräußern, hätte er, um dies zu erreichen, möglicherweise den Erwerbern der Beteiligung gegenüber diese Pläne verschweigen und sich damit selbst unredlich verhalten müssen. Abgesehen davon, ist nicht ersichtlich, dass er vorinstanzlich konkret zu einem solchen Verkauf und dem dabei mutmaßlich erzielten Erlös vorgetragen hat. Dies wird auch von der Beschwerde nicht (mit einer Gehörsrüge) geltend gemacht.

V.

32 Über die Kosten der Nichtzulassungsbeschwerde hat der Senat, soweit das Rechtsmittel erfolglos geblieben ist, bereits jetzt zu entscheiden, da das Beschwerdeverfahren insoweit abgeschlossen ist. Es bildet keine Einheit mehr mit dem Rechtsmittelverfahren im Übrigen (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2003 - V ZR 343/02, NJW 2004, 1048 Rn. 2), das vorliegend - wegen entscheidungserheblicher Verletzung des Verfahrensgrundrechts auf rechtliches Gehör, insofern gleich einem "regulären" Revisionsverfahren (zu den Gerichtskosten siehe jedoch sogleich) - gemäß § 544 Abs. 9 ZPO fortgeführt wird (§ 544 Abs. 8 Satz 1 ZPO).

33 Die Kostenentscheidung über den erfolglosen Teil der Beschwerde ergeht nach § 97 Abs. 1 ZPO zu Lasten des Klägers, der danach zunächst die außergerichtlichen Kosten der aus dem Rechtsstreit endgültig ausgeschiedenen Beklagten zu 3, 4, 5 und 7 zu tragen hat. Ferner hat er analog § 92 Abs. 1, § 100 Abs. 1 ZPO 2/3 seiner eigenen, im dritten Rechtszug entstandenen außergerichtlichen Kosten sowie der Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren zu tragen.

34 Die Entscheidung über die im dritten Rechtszug entstandenen übrigen Kosten bleibt dem Berufungsgericht vorbehalten.

Herrmann

Arend

Böttcher

Herr

Liepin

Vorinstanzen:

LG Stendal, Entscheidung vom 15.01.2020 - 23 O 164/19 -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 03.06.2020 - 5 U 20/20 -