



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XI ZR 571/21

vom

8. März 2022

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 8. März 2022 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Grüneberg und Dr. Matthias, die Richterin Dr. Derstadt und den Richter Dr. Schild von Spannenberg

beschlossen:

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte.

Gründe:

I.

- 1 Der in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts betriebene geschlossene Immobilienfonds "E. H. GdbR" (nachfolgend: Fonds) - dem der Beklagte nach seiner Gründung beigetreten ist - wurde gemäß dem Gesellschaftsvertrag vom 23. September 1992 durch die G. I. GmbH sowie die G. V. GmbH gegründet. Geschäftsführer beider Gründungsgesellschaften war E. P. , Mehrheitsgesellschafter jeweils J. A. G. . Der Fonds erwarb im September 1992 die Fondsimmoblie für 23.794.000 DM von der T. gesellschaft mbH (nachfolgend: T. GmbH), deren Geschäftsführer ebenfalls E. P. und deren Mehrheitsgesellschafter ebenfalls J. A. G. waren. Die T. GmbH hatte das bereits fertiggestellte und auch vermietete Fondsobjekt drei Tage vor der Veräußerung an den Fonds von Dritten zum Preis von 18.579.442,50 DM erworben,

sodass sie einen Weiterveräußerungsvorteil in Höhe von 5.214.557,50 DM erzielte, ohne dass sie dafür eine irgendwie geartete Leistung erbracht hatte. Dieser Veräußerungsgewinn wurde - wie auch bei von der Initiatorengruppe aufgelegten weiteren Fonds, bei denen vergleichbare Zwischengewinne erzielt worden sind - im Fondsprospekt nicht ausgewiesen.

2 Die Rechtsvorgängerin der früheren Klägerin (nachfolgend einheitlich: Bank) gewährte dem Fonds am 20. November 1992 ein Darlehen über insgesamt 13.626.667 DM. Nach Kündigung des Darlehens aus wichtigem Grund zum 31. Oktober 2008 wegen einer Unterdeckung des Fonds in Höhe von 81.758,82 € nahm die Bank den Beklagten entsprechend seiner Beteiligungsquote wegen eines erstrangigen Teilbetrages in Höhe von 11.741,91 € in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Bank hat das Berufungsgericht ihr stattgegeben.

3 Soweit für die Kostenentscheidung von Bedeutung hat es ausgeführt, die Bank hafte dem Beklagten gegenüber nicht nach §§ 826, 830 BGB, weil Voraussetzung dafür sei, dass der Teilnehmer der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung Kenntnis der Tatumstände und einen auf die Rechtsgutsverletzung gerichteten Willen gehabt habe. Eine solche Kenntnis der Tatumstände und ein auf die Rechtsgutsverletzung gerichteter Wille könne aber für die Bank nicht festgestellt werden. Wesentlich für die Bejahung eines arglistigen Verhaltens der Fondsiniiatoren sei das planmäßige Vorgehen mit der Erzielung eines Zwischengewinns und das Verschweigen des Zwischengewinns im Prospekt gegenüber den Anlegern gewesen. Die Kenntnis hiervon könne aber bei der Bank nicht angenommen werden, da diese nur ein Fondsobjekt des Initiatorenkreises finanziert habe. Insofern habe sie aus dem einmaligen Auseinanderfallen von Ersterwerbskaufpreis und Weiterverkaufspreis an den Fonds nicht den Schluss ziehen müssen, dass eine arglistige Täuschung der Anleger durch die Fondsiniiatoren vorgelegen

habe. Die Tatsache, dass ein Kaufpreis gegebenenfalls vom "Verkehrswert" einer Immobilie abweiche, begründe noch keine Kenntnis von einer arglistigen Täuschung. Insoweit könne auch kein auf die Rechtsgutsverletzung gerichteter Wille der Bank festgestellt werden.

4 Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision hat der Beklagte - gestützt auf einen ihm angeblich zustehenden deliktischen Schadensersatzanspruch gegen die Bank aus §§ 826, 830 BGB - die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erstrebt.

5 Nach Begründung der Revision durch den Beklagten hat das Amtsgericht Ludwigshafen am Rhein mit Beschluss vom 10. Februar 2014 das Insolvenzverfahren über den Fonds eröffnet und den Kläger zum Insolvenzverwalter ernannt. Dieser hat mit der Bank einen Vergleich geschlossen, wonach diese keine weiteren Forderungen im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Fondsgesellschaft mehr geltend macht und sämtliche Gerichtsverfahren gegenüber den Gesellschaftern, die derzeit unterbrochen sind, in der Hauptsache für erledigt erklärt oder in sonstiger sachlicher Form beendet werden sollen. Der Kläger hat das in entsprechender Anwendung des § 17 Abs. 1 Satz 1 AnfG unterbrochene Revisionsverfahren mit Schriftsatz vom 2. Dezember 2021 aufgenommen und den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Der Beklagte wurde auf die Folgen des § 91a Abs. 1 Satz 2 ZPO hingewiesen und hat der Erledigungserklärung nicht widersprochen. Die Parteien haben wechselseitige Kostenanträge gestellt.

II.

6 1. Der Senat hat gemäß § 91a Abs. 1 ZPO über die Kosten des Rechtsstreits zu entscheiden. Der Kläger hat als gesetzlicher Prozessstandschafter gemäß § 93 Abs. 1 InsO für die Gläubiger des Fonds (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2015 - IX ZR 143/13, BGHZ 208, 227 Rn. 13) das durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Fonds entsprechend § 17 Abs. 1 Satz 1 AnfG unterbrochene Revisionsverfahren mit Schriftsatz vom 2. Dezember 2021 wirksam aufgenommen und die Erledigung des Rechtsstreits erklärt.

7 2. Eine Erledigung der Hauptsache kann auch noch im Revisionsverfahren erklärt werden (vgl. BGH, Beschlüsse vom 9. Juni 2010 - XII ZR 183/08, juris Rn. 2 und vom 24. Oktober 2011 - IX ZR 244/09, NJW-RR 2012, 688 Rn. 6).

8 3. Der Richter am Bundesgerichtshof Dr. Schild von Spannenberg ist nicht nach § 41 Nr. 6 ZPO von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen, da er nur an der erstinstanzlichen Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits mitgewirkt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Juli 2012 - II ZR 280/11, NJW-RR 2012, 1341).

III.

9 Ist der Rechtsstreit durch übereinstimmende Erklärungen erledigt, hat der Senat unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen über die Kosten zu entscheiden. Dabei ist der mutmaßliche Ausgang des Revisionsverfahrens zu berücksichtigen (BGH, Beschlüsse vom

14. Mai 2013 - II ZR 262/08, WM 2013, 1331 Rn. 10 und vom 28. Juni 2016 - II ZR 364/13, WM 2016, 1451 Rn. 5).

10 Danach sind die Kosten in vollem Umfang dem Beklagten aufzuerlegen. Eine für den Beklagten günstige Entscheidung über die Kosten könnte nur getroffen werden, wenn nach dem Sach- und Streitstand bei Eintritt des erledigten Ereignisses die Revision Erfolg gehabt hätte (BGH, Beschlüsse vom 1. März 2007 - I ZR 249/02, NJW-RR 2007, 694 Rn. 12 und vom 9. Juni 2010 - XII ZR 183/08, juris Rn. 2). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

11 Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei einen deliktischen Gegenanspruch des Beklagten gegen die Bank bezüglich ihres - in der Revisionsinstanz nicht angegriffenen - Anspruchs gegen den Beklagten in der als erstrangiger Teilbetrag geltend gemachten Höhe auf quotale Rückzahlung der noch offenen Darlehensschuld gemäß §§ 128, 130 HGB analog verneint.

12 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend - was in der Revisionsinstanz nicht mehr im Streit steht - davon ausgegangen, dass dem Beklagten gegen die Fondsiniiatoren, Gründungsgesellschafter und Hintermänner ein deliktischer Schadensersatzanspruch wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung aufgrund des Verschweigens eines Zwischengewinns von rund 5 Mio. DM zusteht (§ 826 BGB). Diese Personen waren nämlich als Prospektverantwortliche verpflichtet, den künftigen Anlegern im Verkaufsprosekt ein zutreffendes Bild über das Beteiligungsobjekt zu vermitteln, das heißt über alle Umstände, die für die Entschließung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, insbesondere über Tatsachen, die den Vertragszweck vereiteln können. Danach sind Angaben erforderlich über Gründungsgesellschaftern, Initiatoren und Hintermännern gewährte Sondervorteile (Senatsurteil vom 3. Dezember 2013 - XI ZR 295/12, WM 2014, 71 Rn. 24). Ein solcher offenbarungspflichtiger Sondervorteil liegt auch vor,

wenn - wie hier - durch den Zwischenerwerb einer Gesellschaft, an der die Initiatoren beteiligt sind, bei dieser ein Gewinn durch die teurere Weiterveräußerung an die Fondsgesellschaft innerhalb kurzer Zeit anfällt. Mit der unterlassenen Aufklärung über die Generierung eines Vermögensvorteils in Höhe von rund 5 Mio. DM bzw. rund 28% des ursprünglichen Kaufpreises durch das reine Verschieben des Fondsobjekts innerhalb der eigenen Reihen binnen dreier Tagen bezweckten die Prospektverantwortlichen, potentielle Anleger über einen Zwischengewinn ohne Gegenleistung und damit über einen an sie fließenden Sondervorteil zu täuschen, weil sich die Anleger - wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt - bei Offenbarung dieses Sondervorteils an dem Fonds nicht beteiligt hätten. Dieses Verhalten der Prospektverantwortlichen ist nach den Maßstäben der allgemeinen Geschäftsmoral und des als "anständig" Geltenden verwerflich und damit sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB (Senatsurteil vom 3. Dezember 2013, aaO).

- 13 Ebenfalls rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht einen Schädigungsvorsatz der Prospektverantwortlichen bejaht. Die Schädigung der Anleger durch den Beitritt zum Fonds haben die Prospektverantwortlichen nach den rechtsfehlerfreien - und in der Revisionsinstanz nicht mehr im Streit stehenden - Feststellungen des Berufungsgerichts gekannt und gewollt. Das Berufungsgericht hat aus dem planmäßigen Vorgehen der Fondsinitiatoren nicht nur bei dem streitgegenständlichen Fonds, sondern auch bei einer Mehrzahl von Fonds, die durch dieselbe Initiatorengruppe aufgelegt und bei denen ebenfalls vergleichbare Zwischengewinne erzielt und verschwiegen wurden, darauf geschlossen, dass sie um die Schädigung der Anleger wussten und dies auch wollten. Zwar stellt auch das nur einmalige sittenwidrige Verschweigen von Sondervorteilen eine vorsätzliche Schädigung der Anleger dar. Erst recht ist aber der Schädigungsvorsatz bei

wiederholter gleichartiger Begehung zu bejahen, sodass die Würdigung des Berufungsgerichts im Ergebnis zutreffend ist (Senatsurteil vom 3. Dezember 2013 - XI ZR 295/12, WM 2014, 71 Rn. 27).

14 2. Ferner hat das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision eine Beihilfe der Bank zu der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigungshandlung der Fondsinitiatoren nach § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB ohne Rechtsfehler verneint.

15 Die Voraussetzungen einer Teilnahme an einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB richten sich nach den für das Strafrecht entwickelten Grundsätzen. Danach verlangt die Teilnahme neben der Kenntnis der Tatumstände wenigstens in groben Zügen den jeweiligen Willen der einzelnen Beteiligten, die Tat gemeinschaftlich mit anderen auszuführen oder sie als fremde Tat zu fördern; objektiv muss eine Beteiligung an der Ausführung der Tat hinzukommen, die in irgendeiner Form deren Begehung fördert und für diese relevant ist. Für den einzelnen Teilnehmer muss ein Verhalten festgestellt werden, das den rechtswidrigen Eingriff in ein fremdes Rechtsgut unterstützt hat und das von der Kenntnis der Tatumstände und dem auf die Rechtsgutsverletzung gerichteten Willen getragen war (Senatsurteil vom 3. Dezember 2013 - XI ZR 295/12, WM 2014, 71 Rn. 29).

16 Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts liegen zwar die objektiven Voraussetzungen einer Teilnahme der Bank an der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung des Beklagten vor, jedoch fehlt es an den erforderlichen subjektiven Voraussetzungen.

17 Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, dass allein aufgrund der Kenntnis der Bank vom Auseinanderfallen des Erwerbspreises durch die

Fondsinitiatoren und des Veräußerungspreises der Immobilie an die Fondsgesellschaft nicht auf die Kenntnis einer arglistigen Täuschung und einen auf die Rechtsgutsverletzung gerichteten Willen als Voraussetzungen der Teilnahme an einer unerlaubten Handlung geschlossen werden kann, hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Die Würdigung des Berufungsgerichts ist revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar. Dass das Berufungsgericht erheblichen Sachenvortrag unberücksichtigt gelassen, angebotene Beweise verfahrensfehlerhaft nicht erhoben hat oder ein Verstoß gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze vorliegt, ist von der Revision nicht aufgezeigt worden.

18 Entgegen der Ansicht der Revision ergibt sich aus dem Senatsurteil vom 22. März 2011 (XI ZR 102/09, juris Rn. 36 f.) nicht, dass das Berufungsgericht die Anforderungen an die Kenntnis des Gehilfen von der rechtswidrigen Haupttat überspannt hat. Dieses Urteil erging zu einem sittenwidrigen Geschäftsmodell eines deutschen gewerblichen Terminoptionsvermittlers, bei dem Beihilfe durch einen in den USA ansässigen Broker geleistet wurde. Damit ist die vorliegende Sachverhaltskonstellation von vornherein nicht vergleichbar.

19 Im Ergebnis beruft sich die Revision darauf, dass sich die Bank nicht darum gekümmert habe, ob die Fondsinitiatoren mit dem Geschäftsmodell eine Täuschung der Anleger und damit zugleich deren sittenwidrige Schädigung beabsichtigt haben. Jedoch verkennt die Revision, dass ein bewusstes Verschließen vor der Erkenntnis sittenwidrigen Handelns der Fondsinitiatoren voraussetzt, dass die Unkenntnis auf einem gewissenlosen oder grob fahrlässigen (leichtfertigen) Handeln beruht, etwa weil die Berufspflichten in solchem Maße leichtfertig verletzt wurden, dass das Verhalten als bedenken- und gewissenlos zu bezeichnen ist (Senatsurteil vom 3. Dezember 2013 - XI ZR 295/12, WM 2014, 71 Rn. 34). Aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns kann sich die Schlussfolgerung ergeben, dass mit Schädigungsvorsatz gehandelt worden ist;

von vorsätzlichem Handeln ist auszugehen, wenn der Schädiger so leichtfertig gehandelt hat, dass er eine Schädigung des anderen Teils in Kauf genommen haben muss. Zu diesen Anforderungen an ein bewusstes Verschließen trägt die Revision nichts vor und verweist auch nicht auf diesbezüglichen Vortrag des Beklagten in den Instanzen. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen war der Bank das planmäßige Vorgehen der Fondsiniiatoren bei mehreren Fonds nicht bekannt, sodass sich ihr bereits aus diesem Grund auch kein sittenwidriges Geschäftsmodell der Fondsiniiatoren aufdrängen musste (Senatsurteil, aaO).

20 Soweit das Berufungsgericht auch den für die Bejahung einer Beihilfe erforderlichen, auf die Rechtsgutsverletzung gerichteten Willen der Bank nicht feststellen konnte, zeigt die Revision keine Rechtsfehler auf; solche sind auch nicht ersichtlich.

Ellenberger

Grüneberg

Matthias

Derstadt

Schild von Spannenberg

Vorinstanzen:

LG Frankenthal, Entscheidung vom 03.02.2011 - 7 O 527/09 -

OLG Zweibrücken, Entscheidung vom 26.11.2012 - 7 U 171/11 -