



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

III ZR 108/08

Verkündet am:  
19. November 2009  
K i e f e r  
Justizangestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

---

BGB § 305 Abs. 1, § 328 Abs. 1

Der im Emissionsprospekt einer Fondsgesellschaft abgedruckte Mittelverwendungskontrollvertrag, der als ein dem Schutz der Anleger dienender Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltet ist, unterliegt auch dann der Inhaltskontrolle nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn er zwischen der Fondsgesellschaft (Versprechensempfänger) und dem als Mittelverwendungskontrollleur eingesetzten Wirtschaftsprüfer (Versprechender) individuell ausgehandelt wurde.

BGH, Urteil vom 19. November 2009 - III ZR 108/08 - OLG München

LG München I

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Oktober 2009 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Dörr, Dr. Herrmann, Hucke und Tombrink

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 3. März 2008 im Kostenpunkt - mit Ausnahme der Kostenentscheidung zu Lasten des Beklagten zu 2 - und insoweit aufgehoben, als die gegen den Beklagten zu 1 gerichtete Klage abgewiesen worden ist.

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

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

- 1 Die Kläger machen gegen den beklagten Wirtschaftsprüfer (vormals Beklagter zu 1, nachfolgend: Beklagter) Ersatzansprüche im Zusammenhang mit einer Beteiligung an der F. Z. GbR geltend, die sie im September 2004 zeichneten.
- 2 Die Anlage wurde anhand eines von der Fondsgesellschaft herausgegebenen Emissionsprospekts vertrieben. Unter anderem nach Nummer 10 der

darin enthaltenen Erläuterungen der rechtlichen Grundlagen des Fonds hatte zur Absicherung der Kapitalanleger ein Wirtschaftsprüfer die Kontrolle über die zweckgerechte Verwendung der Gesellschaftereinlage übernommen. Dem lag ein im Prospekt hinter dem Gesellschaftsvertrag als Anlage 2 abgedruckter Mittelverwendungskontrollvertrag zwischen der F. Z. GbR und dem dort noch nicht benannten Wirtschaftsprüfer zugrunde. Dieser Vertrag enthielt insbesondere folgende Regelungen:

"§ 1 Sonderkonto

- (1) Die Fonds-Gesellschaft richtet ein Sonderkonto bei einem Kreditinstitut ein, über das sie nur gemeinsam mit dem Beauftragten verfügen kann ("Sonderkonto"). Auf das Sonderkonto sind die Gesellschaftereinlagen einzuzahlen und die von der Fonds-Gesellschaft ausgereichten Darlehen zu tilgen.

...

§ 4 Haftung

- (1) Dieser Vertrag wird als Vertrag zu Gunsten Dritter, und zwar zu Gunsten aller Gesellschafter abgeschlossen. Die Gesellschafter können aus diesem Vertrag eigene Rechte herleiten.
- (2) Schadensersatzansprüche gegen den Beauftragten können nur geltend gemacht werden, wenn die Fonds-Gesellschaft oder die Gesellschafter nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermögen."

3 Weiter enthielt der Vertrag in § 1 Abs. 3 die Bedingungen, unter denen Zahlungen von dem Sonderkonto geleistet werden durften und deren Einhaltung der Mittelverwendungskontrollleur zu überwachen hatte.

4 Der Beklagte war Mitte März 2003 als Mittelverwendungskontrolleur gewonnen worden und hatte mit der Fondsgesellschaft den im Prospekt wiedergegebenen Vertrag abgeschlossen.

5 Nachdem bereits Mitte Dezember 2004 wirtschaftliche Schwierigkeiten der Fondsgesellschaft offen gelegt wurden, befindet sich diese seit Ende des Jahres 2005 in Liquidation. Die Kläger begehren von dem Beklagten im Wege des Schadensersatzes unter anderem die Rückzahlung der von ihnen geleisteten Einlagen abzüglich der aus der Liquidation erhaltenen Beträge Zug um Zug gegen Abtretung des weiteren Liquidationserlöses und die Freistellung von den Verpflichtungen aus der Beteiligung. Ferner beantragen sie, den Annahmeverzug des Beklagten wegen der Abtretung und die Erledigung der Hauptsache, soweit sie Gelder aus der Liquidation erhalten haben, festzustellen. Sie werfen dem Beklagten unter anderem vor, er habe die ihm nach dem Vertrag übertragene Mittelverwendungskontrolle nicht ordnungsgemäß ausgeübt. Insbesondere habe die Fondsgesellschaft entgegen § 1 Abs. 1 des Mittelverwendungskontrollvertrags (im Folgenden: MVKV) und den Angaben im Prospekt ohne Mitwirkung des Beklagten über die angelegten Gelder verfügen können.

6 Die Klage ist in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihre Ansprüche weiter.

#### Entscheidungsgründe

7 Die zulässige Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

8 Nach dessen Auffassung scheidet Ansprüche gegen den Beklagten aufgrund der Subsidiaritätsklausel des § 4 Abs. 2 MVKV aus. Diese Klausel unterliege keiner AGB-Kontrolle, da sie zwischen der F. Z. GbR und dem Beklagten individuell ausgehandelt worden sei.

9 Deliktische Ansprüche scheiterten an nicht ausreichendem Sachvortrag.

II.

10 Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

11 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann sich der Beklagte gegenüber den Anlegern - und damit auch gegenüber den Klägern - nicht auf die Subsidiarität seiner Haftung gemäß § 4 Abs. 2 MVKV berufen. Die Klausel ist insoweit nach § 309 Nr. 7 Buchst. b BGB unwirksam.

12 1. Bei § 4 Abs. 2 MVKV handelt es sich um eine der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff BGB unterliegende Klausel. Zwar ist sie vordergründig eine einzeln ausgehandelte Vertragsbestimmung, da sie - nach dem im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sach- und Streitstand - individuell zwischen dem Beklagten und der Fondsgesellschaft vereinbart wurde und den aus einem Vertrag nach § 328 Abs. 1 BGB begünstigten Dritten (hier den Anlegern) nur ein aus dem Vertragsverhältnis zwischen dem Schuldner (hier dem Beklagten) und dem Versprechensempfänger (hier der Fondsgesellschaft) abgespaltenes Forderungsrecht zusteht (z.B.: BGH, Urteile vom 8. Februar 2006 - IV ZR 205/04 -

NJW 2006, 1434, 1437 Rn. 39 und vom 2. Oktober 1969 - KZR 10/68 - DNotZ 1970, 240). Allerdings handelt es sich um eine Bestimmung, die für eine Vielzahl von vertraglichen Verhältnissen vorformuliert ist und die der Beklagte über die zwischen der Fondsgesellschaft und den Anlegern geschlossenen Verträge gegenüber diesen verwendete. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass es für die Anwendbarkeit des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht darauf ankommt, ob derartige Klauseln Bestandteil eines zweiseitigen Vertrags sind. Vielmehr können nach dem Schutzzweck des AGB-Rechts auch vorformulierte Klauseln der Inhaltskontrolle unterliegen, die nicht im engen Sinne Vertragsbedingungen sind, sofern sie im Zusammenhang mit einer vertraglichen Beziehung stehen (so für einseitige Erklärungen des Kunden, die auf einer Vorformulierung des Verwenders beruhen BGHZ 98, 24, 28; 141, 124, 126; BGH, Urteil vom 27. Januar 2000 - I ZR 241/97 - NJW 2000, 2677; zust.: Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl., § 305 Rn. 7; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 305 BGB Rn. 16). Der Schutzzweck der §§ 305 ff BGB gebietet es, auch § 4 Abs. 2 MVKV der Inhaltskontrolle zu unterwerfen.

- 13 a) Zweck der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle ist es, zum Ausgleich ungleicher Verhandlungspositionen und damit zur Sicherung der Vertragsfreiheit Schutz und Abwehr gegen die Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht durch den Verwender zu gewährleisten (BGHZ 130, 50, 57; 126, 326, 332; siehe auch Regierungsbegründung zum Entwurf des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - AGB-Gesetz -, BT-Drucks. 7/3919, S. 13, 22; die Neuregelung durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts hat insoweit zu keinen inhaltlichen Änderungen geführt, vgl. Regierungsbegründung, BR-Drucks. 338/01, S. 344, 351 ff). Das in § 305 Abs. 1 BGB genannte Kriterium der Vorformulierung für eine Vielzahl von Ver-

trägen ist dabei ein formales und in aller Regel auch inhaltlich zutreffendes Indiz für das Vorliegen einer solchen, die Vertragsfreiheit beeinträchtigenden, überlegenen Verhandlungsmacht (Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer aaO, Einl Rn. 19).

14

Bei dem Mittelverwendungskontrollvertrag handelt es sich um derartige vorformulierte Bedingungen, die Ausdruck einer die Vertragsfreiheit einschränkenden überlegenen Verhandlungsmacht des Beklagten und der Fondsgesellschaft gegenüber den Anlegern sind. Die Bedingungen des zwischen dem Beklagten und der Fondsgesellschaft geschlossenen Vertrags sollten nach den übereinstimmenden Vorstellungen der Beteiligten von vornherein gegenüber einer unbestimmten Vielzahl von Anlegern Verwendung finden. Der Mittelverwendungskontrollvertrag war wesentlicher Bestandteil des Gesamtkonzepts der Anlage. Der Vertragstext war dementsprechend ebenso wie die Bedingungen des Gesellschaftsvertrags vorformuliert in dem Emissionsprospekt der Fondsgesellschaft abgedruckt, wobei bei der rechtlichen Beurteilung offen bleiben kann, ob die Fondsgesellschaft oder der Beklagte den Text maßgeblich entworfen hat (vgl. BGHZ 126, 326, 332). Aus Sicht des Anlegers war der Inhalt des Mittelverwendungskontrollvertrags, ebenso wie der des Gesellschaftsvertrags, vorgegeben. Eine Bereitschaft des Beklagten oder der Fondsgesellschaft, über den Inhalt des Vertrags zu verhandeln, war nicht erkennbar. Der Anleger sah sich damit in zumindest gleicher Weise den vorformulierten Bedingungen des Drittschutzes ausgeliefert wie bei einem unmittelbaren Vertragsschluss mit dem Beklagten. Er hatte - wie bei Vertragsverhandlungen mit ungleicher Gestaltungsmacht sonst auch - nur die Wahl, den Beitrittsvertrag abzuschließen und den damit vermittelten Schutz durch die Mittelverwendungskontrolle zu den vorformulierten Bedingungen in Anspruch zu nehmen oder auf beides zu verzich-

ten. Die inhaltliche Gestaltungsmacht lag insoweit einseitig bei dem Beklagten sowie der Fondsgesellschaft.

15            b) Die Interessenlage des Anlegers ist in Bezug auf den Mittelverwendungskontrollvertrag auch sonst mit der eines Vertragsschließenden vergleichbar, der im Hinblick auf die Leistungen der Gegenseite eigene Dispositionen - hier den Beitritt zur Fondsgesellschaft - vornimmt. Die Mittelverwendungskontrolle stellte sich dabei, wie auch dem Beklagten bewusst war, als werbewirksames Merkmal der zu zeichnenden Anlage dar, das neben den Gesellschaftsvertrag trat. Die Anleger erklärten - jedenfalls nach der typischen und von den Parteien des Vertrags über die Mittelverwendungskontrolle vorausgesetzten Interessenlage - zumindest auch aufgrund der Zusage dieses Schutzes den Beitritt zu der Fondsgesellschaft.

16            2.        Die Subsidiaritätsklausel des § 4 Abs. 2 MVKV ist, soweit die Ansprüche der Anleger beschränkt werden, gemäß § 309 Nr. 7 Buchst. b BGB unwirksam. Eine nach § 309 Nr. 7 Buchst. b BGB unzulässige Haftungsbegrenzung liegt unter anderem vor, wenn der Gläubiger auch wegen Ersatzansprüchen aufgrund grob fahrlässiger Pflichtverletzungen darauf verwiesen wird, seine Schadensersatzforderungen zunächst bei anderen, eventuell mithaftenden Personen geltend zu machen (Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 309 Nr. 7 BGB, Rn. 28; MünchKommBGB/Kieninger, 5. Aufl., § 309 Nr. 7, Rn. 23; Wolf in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl., § 309 Nr. 7 Rn. 53; so auch zu § 9 AGBG BGH, Urteil vom 15. Mai 1991 - VIII ZR 123/90 - NJW-RR 1991, 1120, 1123; a.A.: Staudinger/Coester-Waltjen [2006], § 309 Nr. 7 Rn. 23; vgl. auch Senatsurteil vom 29. Mai 2008 - III ZR 59/07 - NJW-RR 2008, 1129, 1134, Rn. 35). So liegt es hier. § 4 Abs. 2 MVKV nimmt Ansprüche aufgrund grob fahrlässiger Pflichtverletzungen nicht von der Haftungsein-

schränkung aus. Eine geltungserhaltende Reduktion auf die Fälle einfacher Fahrlässigkeit wäre unzulässig (vgl. z.B.: BGHZ 153, 293, 300 m.w.N.).

17 3. a) Entgegen der Ansicht des Beklagten ist die Anwendung von § 309 Nr. 7 Buchst. b BGB auf § 4 Abs. 2 MVKV auch nicht aufgrund der Erwägung ausgeschlossen, der durch den Vertrag begünstigte Anleger erwerbe nur ein abgespaltenes Recht, das von vornherein nur in begrenztem Umfang bestehe, so dass er durch die fragliche Klausel nicht in ihm an sich zustehenden Rechten beschränkt werde.

18 § 4 Abs. 2 MVKV begrenzt zwar bei formaler Betrachtung nur eine Zuwendung des Beklagten gegenüber den Anlegern. Begrenzungen der Pflichten des Versprechenden - hier des Beklagten - wirken sich sowohl bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter als auch bei einem Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter nach § 334 BGB regelmäßig auch zu Lasten des Dritten - hier der Kläger - aus. Die Rechte des Dritten können grundsätzlich nicht weitergehen als diejenigen des Vertragspartners (BGHZ 56, 269, 272 m.w.N.).

19 Insbesondere der echte Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB und damit auch § 334 BGB betreffen allerdings üblicherweise Fallgestaltungen, in denen die Interessen des Versprechensempfängers und die des Dritten gleichgerichtet sind (vgl. dazu Senatsurteil BGHZ 127, 378, 386; für eine Differenzierung im Ergebnis ebenfalls: BGH, Urteil vom 13. November 1997 - X ZR 144/94 - NJW 1998, 1059, 1061; Staudinger/Jagmann [2004], § 328 Rn. 94, 111; MünchKommBGB/Gottwald, 5. Aufl., § 328 Rn. 142). In diesen typischen Fällen ist die Interessenlage des Dritten grundsätzlich nicht mit der einer in ihrer Verhandlungsmacht unterlegenen Vertragspartei vergleichbar. Vielmehr werden ihre Interessen bei den Vertragsverhandlungen regelmäßig von dem Verspre-

chensempfänger gegenüber dem Versprechenden gewahrt. Eine darüber hinausgehende Gestaltungsmacht des Dritten zur Sicherung der Vertragsfreiheit ist nicht erforderlich.

20            Diese Gesichtspunkte treffen jedoch auf den Streitfall nicht zu. Vielmehr sind die Interessen der Fondsgesellschaft als Versprechensempfängerin und die der Anleger in Bezug auf die Mittelverwendungskontrolle nicht deckungsgleich, da der Beklagte zur Wahrung der Belange der Anleger gewährleisten sollte, dass die Organe der Gesellschaft ihre Verfügungsbefugnis über die Fondsgelder nur unter den in § 1 Abs. 3 MVKV bestimmten Voraussetzungen ausübten. Der Mittelverwendungskontrollvertrag richtet sich damit im Interesse der Anleger potentiell gegen die Entscheidungsfreiheit der Gesellschaftsorgane.

21            b) Schließlich ist der unter Bezugnahme auf das Senatsurteil vom 22. März 2007 (III ZR 98/06 - ZIP 2007, 873, 875 Rn. 21) gegebene Hinweis des Beklagten, es existiere für Mittelverwendungskontrollverträge kein Leitbild, von dem Allgemeine Geschäftsbedingungen abweichen könnten, unbehelflich. § 4 Abs. 2 MVKV definiert nicht die vom Beklagten aufgrund des Mittelverwendungskontrollvertrags zu erbringenden Leistungen. Vielmehr beschränkt die Bestimmung die Haftungsfolgen einer Verletzung der geschuldeten Pflichten. Insofern gilt jedoch für alle Verträge, gleichgültig, welche Leistungen dem Schuldner obliegen, dass Haftungsbeschränkungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur nach Maßgabe des § 309 Nr. 7 und 8 BGB zulässig sind.

III.

22

Das angefochtene Urteil kann damit keinen Bestand haben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da das Berufungsgericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen zu den dem Beklagten vorgeworfenen Verletzungen seiner aus dem Mittelkontrollvertrag folgenden Pflichten getroffen hat, kann der Senat eine eigene Sachentscheidung nicht treffen. Die Sache war daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird hinsichtlich der Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Haftung des Beklagten auch die im Senatsurteil vom heutigen Tag, das in der Parallelsache III ZR 109/08 ergangen ist, aufgestellten Grundsätze zu beachten haben. Gegebenenfalls wird es sich auch mit den weiteren Rügen der Revision zu befassen haben, auf die näher einzugehen, der Senat im derzeitigen Verfahrensstadium keine Veranlassung sieht.

Schlick

Dörr

Herrmann

Hucke

Tombrink

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 14.08.2007 - 23 O 16300/06 -

OLG München, Entscheidung vom 03.03.2008 - 21 U 4695/07 -