



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Mittelverwendungskontrolle und Dritthaftung“

Dissertation vorgelegt von Heinrich-Alexander Graf von Moltke

Erstgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Werner F. Ebke

Zweitgutachter: Prof. Dr. Andreas Piekenbrock

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

A. Problemaufriss

Das im Mittelpunkt dieser Untersuchung stehende Problem ist in seiner grundsätzlichen Erscheinung nicht unbekannt. Es handelt sich um eine Konstellation in einem Dreiecksverhältnis, die sich im Bereich der Unternehmensprüfungen nicht selten wiederfindet: Ein Anleger investiert in ein Anlageprojekt, dieses Anlageprojekt scheitert, der Anleger versucht, seinen Verlust zu minimieren, indem er Schadensersatzansprüche gegen das Anlagevehikel selbst oder mit der Investition in einem sonstigen Zusammenhang stehende Dritte geltend macht. Da das Scheitern des Anlageprojekts zur Insolvenz des entsprechenden Anlagevehikels führt, verspricht die Geltendmachung gegenüber diesem keinen wirtschaftlichen Erfolg. Selbst wenn und soweit dem Anleger ein Schadensersatzanspruch zuerkannt wird, führt dies nur selten zu einer vollständigen finanziellen Befriedigung. Hinzu kommt, dass der Anleger in vielen Fällen als Anteilsinhaber bzw. Gesellschafter an dem Anlagevehikel beteiligt ist. Bei einer Insolvenz wird er erst nach der vollständigen Befriedigung sämtlicher Gläubiger bedient, sofern dann noch ein Überschuss vorhanden ist, was in der Praxis aber so gut wie nie der Fall ist. Daher ist der Anleger auf der Suche nach anderen solventen Haftungsadressanten, die er für das Scheitern des Anlageprojekts und den Eintritt seines Verlustes verantwortlich machen kann. Die an einem Anlageprojekt Beteiligten rücken in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Neben den Initiatoren, den Prospektverantwortlichen, den Anlageberatern und -vermittlern sowie Unternehmensprüfern wird auch der Mittelverwendungskontrolleur von den Anlegern als möglicher Haftungsadressat erkannt. Da die Mittelverwendungskontrolle in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle von Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern oder Rechtsanwälten vorgenommen wird und diese zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung verpflichtet sind (§ 51 Abs. 1 Satz 1 BRAO, § 54 Abs. 1 Satz 1 WPO, § 67 Abs. 1 StBerG), hat der Anleger berechnete Hoffnungen darauf, seinen Vermögensschaden im Falle einer Pflichtverletzung des Mittelverwendungskontrolleurs von dessen Versicherung erstattet zu bekommen.

Umstritten ist die rechtliche Grundlage der Haftung. Im Zusammenhang mit Unternehmensprüfungen von Wirtschaftsprüfern, Rechtsanwälten und Steuerberatern wird die Haftung gegenüber Dritten sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur ausgiebig besprochen und kontrovers diskutiert. Die Anwendbarkeit des Deliktsrechts ist dabei im Grundsatz unstrittig, wird aber in seiner Reichweite für unzulänglich erachtet. Während die Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt des Anlegerschutzes indes eine Tendenz zur Ausdehnung des Vertrags auch auf Dritte aufweist, spricht sich die Literatur unter dem dogmatischen Verweis auf die Relativität eines vertraglichen Schuldverhältnisses mehrheitlich, wenn auch bei weitem nicht einstimmig, für eine restriktive Handhabung der vertraglichen Dritthaftung aus. Insbesondere wird bemängelt, dass der BGH diese Dritthaftung methodisch und rechtsdogmatisch nicht nachvollziehbar begründe. Auch werde eine Haftung gegenüber einem Dritten begründet, welcher nicht einmal eine Vergütung für die Dienstleistung zahle. Insbesondere die gesetzlich vorgesehenen Jahresabschlussprüfungen nach §§ 316 ff. HGB sind Ausgangspunkt einer grundsätzlichen Diskussion über die Dritthaftung. Aber auch bei gesetzlich nicht vorgeschriebenen Unternehmensprüfungen stellt sich die Frage, inwieweit Dritte in das vertragliche Schuldverhältnis zwischen dem Mittelverwendungskontrolleur und seinem Auftraggeber einbezogen werden. Diese unter dem Stichwort der Berufshaftung oder Expertenhaftung gegenüber Dritten diskutierten Grundsätze sind umstritten.

Vor diesem Hintergrund muss auch die Problematik der Dritthaftung des Mittelverwendungskontrolleurs betrachtet werden. Da die Mittelverwendungskontrolle im Regelfall von Personen mit einer besonderen beruflichen Qualifikation vorgenommen wird, gliedert sich die vorliegende Arbeit ein in die rechtsdogmatische Diskussion um die Grundlage einer Experten- und Berufshaftung. Ausgangspunkt ist die Frage, ob und auf Basis welchen Rechts eine Person gegenüber einer dritten Person auf vertraglicher oder quasivertraglicher Ebene für Schäden haftet, während eine Vertragsbeziehung lediglich mit einer anderen Person besteht. Denn obwohl in einer nicht unerheblichen Anzahl von Anlageprojekten eine Unternehmensbeteiligung über einen Treuhänder, welcher die Beteiligung hält, vereinbart wird, beteiligt sich in einer Vielzahl von Fällen der Anleger direkt an der Anlagegesellschaft. Ein direkter Kontakt zu dem Mittelverwendungskontrolleur besteht dabei in den wenigsten Fällen vor dem Abschluss der Beteiligung. Bei einer Mittelverwendungskontrolle nach dem sog. Mittelfreigabe-Modell erfolgt der Kontakt meist erst mit der Einzahlung der Anlagesumme auf das von dem Mittelverwendungskontrolleur (mit)verwaltete Bankkonto. Für die konkrete Haftung des Mittelverwendungskontrolleurs stellt sich indes zunächst das Problem, dass einheitliche Regelungen zur Gestaltung der Mittelverwendungskontrolle sowie zu Haftungsaspekten fehlen. Obwohl dem Gesetzgeber die Mittelverwendungskontrolle als solche ausweislich der Erwähnung in der Verkaufsprospektverordnung spätestens seit dem Jahr 2012 bekannt ist, hat er weder ihre Erscheinungsformen noch die Haftung des Mittelverwendungskontrolleurs durch Gesetz oder Verordnung normiert. Auch fehlen Vorschriften auf Verbandsebene, etwa durch die berufsständischen Körperschaften der Wirtschaftsprüfer, Steuerberater oder Rechtsanwälte, welche die Ausübung einer Mittelverwendungskontrolle vereinheitlichen würden. Mangels spezialgesetzlicher Regelungen hängt die Haftung des Mittelverwendungskontrolleurs mithin von der konkreten Ausgestaltung der Mittelverwendungskontrolle sowie der vertraglichen Konstellation des Anlageprojekts ab. Dabei ist eine deliktsrechtliche Haftung nach den Vorschriften der §§ 823 ff. BGB ebenso in Betracht zu ziehen wie eine vertragliche oder zumindest quasivertragliche Haftung des Mittelverwendungskontrolleurs gegenüber den Anlegern.

Trotz der zunehmenden Bedeutung in der Praxis hat sich auch die Wissenschaft bisher kaum mit dem Phänomen der vertraglich gestalteten Mittelverwendungskontrolle beschäftigt. Nur wenige Werke widmen der Mittelverwendungskontrolle überhaupt Aufmerksamkeit. Veröffentlichungen, die sich ausschließlich mit der Mittelverwendungskontrolle auseinandersetzen würden, sind bislang nicht ersichtlich. Die Mittelverwendungskontrolle wird - wenn überhaupt - allenfalls als Randerscheinung erwähnt. Die umfangreichsten Beiträge zur Mittelverwendungskontrolle stammen von *Zoller* und *Meixner/Schröder*, welche der Mittelverwendungskontrolle jeweils ein Kapitel in ihren Werken zur Wirtschaftsprüferhaftung widmen. In beiden Werken werden sowohl die Mittelverwendungskontrolle als auch Haftungsgesichtspunkte thematisiert. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Mittelverwendungskontrolle, welche sämtliche Aspekte ansprechen würde, ist darin indes nicht enthalten. So werden etwa die laufende und die nachträgliche Mittelverwendungskontrolle lediglich von *Zoller* und von *Voß* erwähnt. Sonstige Beiträge in der Literatur beschäftigen sich ausschließlich mit der Mittelverwendungskontrolle nach dem Mittelfreigabe-Modell. Ähnliches gilt auch für die Entscheidungen der Rechtsprechung, welche sich ebenfalls in der stark überwiegenden Mehrheit auf das Mittelfreigabe-Modell beziehen.

Dabei gibt es im Bereich der Mittelverwendungskontrolle eine Vielzahl rechtlicher Problematiken, welche eine nähere Betrachtung verdienen. Dies ergibt sich sowohl aus den

vielgestaltigen Erscheinungsformen als auch aus den verschiedenen Parteienkonstellationen. Die Problematik beginnt bereits bei der Eingrenzung des Anwendungsbereichs der Mittelverwendungskontrolle. Durch das Inkrafttreten des KAGB zum 22. Juli 2013 wurde das InvG abgelöst und der Anwendungsbereich der Regulierungen durch die Ausdehnung des Begriffes des Investmentvermögens erweitert. Als Investmentvermögen gelten nunmehr grundsätzlich sämtliche gemeinsame Vermögensanlagen, die von Anlegern Kapital einsammeln, um es nach einer bestimmten Anlagestrategie anzulegen. Für die Verwahrung und Freigabe der Finanzmittel und Vermögensgegenstände ist die Verwahrstelle zuständig. Angesichts dieser Aufgabenstellung erscheint eine vertraglich gestaltete Mittelverwendungskontrolle innerhalb des Anwendungsbereichs des KAGB obsolet. Die Definition des Investmentvermögens erschwert indes eine klare Abgrenzung, weshalb auch der Anwendungsbereich des KAGB nicht eindeutig eingrenzbar ist. Ob und wo es angesichts dieser Ausdehnung noch Raum für eine vertraglich gestaltete Mittelverwendungskontrolle gibt, bedarf daher ebenfalls noch einer Beschreibung. Gleichzeitig stellt sich die Frage, ob die Tätigkeit der Verwahrstelle aufgrund ihrer Stellung und ihrer Aufgaben selbst als gesetzlich ausgestaltete Mittelverwendungskontrolle einzuordnen ist. Die Möglichkeit einer gesetzlich gestalteten Mittelverwendungskontrolle zugrunde legend, drängt sich konsequenterweise die Frage nach weiteren gesetzlich ausgestalteten Mittelverwendungskontrollen auf. Erster Anknüpfungspunkt dafür sind Vorschriften, die eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Aufsicht eines Unternehmens oder auch einer natürlichen Person vorgeben. Die Frage des Anwendungsbereichs der Mittelverwendungskontrolle umfasst ferner die Klärung des Verhältnisses einer Mittelverwendungskontrolle, bei der die Finanzmittel von dem Kontrolleur herausgegeben werden müssen, zu einer schlichten Verwahrung nach den Vorschriften des BeurkG.

Aufgrund der vielfältigen Gestalten, in denen der Mittelverwendungskontrolle zu begegnen ist, bedarf es zugleich insgesamt einer Typisierung. Ausgangspunkt dafür sind die verschiedenen Modelle einer Mittelverwendungskontrolle sowie die Arten der Überwachung, aber auch die unterschiedlichen Vertragskonstellationen. Hier bedarf es einer Darstellung und Bewertung unter dem Gesichtspunkt des damit primär verfolgten Anlegerschutzes.

Der Mittelverwendungskontrolleur tritt nicht nur als von der Anlagegesellschaft bestellte Überwachungsinstanz auf. Nicht selten ist er zugleich Treuhänder der Beteiligung an dem Unternehmen und übernimmt als solcher die Kontrolle der Geschäftsführung für die Anleger. Dabei kann der Abschluss eines Treuhandbeteiligungsvertrags sowohl nach dem Anlagekonzept von der Anlagegesellschaft vorgegeben als auch von den Anlegern selbst initiiert worden sein. Gleichzeitig steht es den Anlegern auch frei, ohne Abschluss einer umfassenden Vollmacht über die Unternehmensbeteiligung eine Person mit der Mittelverwendungskontrolle zu betrauen. Ob damit jeweils ein Treuhandverhältnis begründet wird und welcher Art dieses Treuhandverhältnis ist, ist bislang in der rechtswissenschaftlichen Diskussion kaum erörtert worden. Lediglich *Coing* geht auf eine ausgewählte Form der Mittelverwendungskontrolle ein und klassifiziert diese als Treuhand. Für die Typisierung der Mittelverwendungskontrolle ist die Feststellung hinsichtlich des Treuhandverhältnisses indes für sämtliche Erscheinungsformen erheblich. Bislang gänzlich unbehandelt ist insbesondere die Frage nach der Treuhänderstellung des Mittelverwendungskontrolleurs im Rahmen der laufenden und der nachträglichen Mittelverwendungskontrolle, die im Rahmen einer Typisierung zur Sprache kommen muss. Damit verbunden ist die Einstufung des Mittelverwendungskontrollvertrags als Treuhandabrede.

Probleme ergeben sich auch in Bezug auf den der Mittelverwendungskontrolle zugrundeliegenden Mittelverwendungskontrollvertrag. Hier bedarf es zunächst der Untersuchung, welche Rechtsnatur dieser Vertrag hat. Auch dabei ist eine Unterscheidung nach den verschiedenen Erscheinungsformen und Überwachungsarten zu treffen und der Mittelverwendungskontrollvertrag jeweils zu bewerten. Insbesondere im Verhältnis zu den nicht unmittelbar am Vertrag beteiligten Anlegern sind dessen Einordnung als AGB sowie die Wirkung der AGB gegenüber den Anlegern bislang wissenschaftlich kaum behandelt worden. Zeitgleich ist diese Frage von großer praktischer Relevanz, wie die hierzu ergangenen Urteile zeigen.

Während sich Primärpflichten aus dem Mittelverwendungskontrollvertrag ergeben, hat die Rechtsprechung umfangreiche Nebenpflichten angenommen. Der sich daraus ergebende umfangreiche Pflichtenkatalog ist bisher nur der Kasuistik der Rechtsprechung zu entnehmen und bedarf neben einer Darstellung auch einer kritischen Auseinandersetzung.

Offen sind bislang etwa die Frage nach dem Personenkreis derjenigen, die als Mittelverwendungskontrollleur tätig werden können, sowie die Anforderungen an deren Stellung gegenüber den Anlegern und der Anlagegesellschaft. Auch ob die Berufshaftpflichtversicherung derartige Schäden zu ersetzen verpflichtet ist, ist bislang nicht eingehend erörtert worden. Dieses Problem ist sowohl unter Gesichtspunkten des Anlegerschutzes als auch der Absicherung des Mittelverwendungskontrollleurs von erheblicher praktischer Relevanz. Dies richtet sich letztlich danach, ob die Übernahme der Tätigkeit als Mittelverwendungskontrollleur von dem jeweiligen Berufsbild des handelnden Wirtschaftsprüfers, Steuerberaters oder Rechtsanwalts umfasst ist. Denn sowohl die Versicherungspflicht als auch der Umfang des Versicherungsschutzes erstrecken sich in aller Regel nur auf solche Tätigkeiten, die in das Berufsbild der entsprechenden Berufsgruppe eingeschlossen sind. Ein Anhaltspunkt dafür sind die Beschreibungen des Tätigkeitsbilds in den jeweiligen Berufsordnungen und Kammersatzungen. Da diese die Mittelverwendungskontrolle indes nicht ausdrücklich nennen, bedarf es an dieser Stelle einer genaueren Betrachtung.

Auch sind bislang keine allgemein gültigen Merkmale identifiziert worden, die eine Einstufung einer Tätigkeit als Mittelverwendungskontrolle ermöglichen würden. Solche Merkmale sind indes Grundlage für die Übertragung der Haftungsgrundsätze der Mittelverwendungskontrolle auf die entsprechende Tätigkeit. Auch die Klärung der Frage, ob die Tätigkeit als Mittelverwendungskontrolle in das Berufsbild und damit unter den Schutz der Berufshaftpflichtversicherung fällt, könnte anhand des Abgleichs mit abstrakten Merkmalen einer Mittelverwendungskontrolle erleichtert werden.

B. Gang der Untersuchung

Diese Studie ist in ihrem Aufbau in zwei große Teilbereiche getrennt. Während im ersten Teil der Arbeit die verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten und Formen der Mittelverwendungskontrolle und die mit ihr verbundenen Rechtsprobleme dargestellt und vertieft behandelt werden, ist der zweite Teil der Arbeit der Dritthaftung des Mittelverwendungskontrollleurs gegenüber den Anlegern vorbehalten.

Für die Erörterung der Mittelverwendungskontrolle werden zunächst die Grundfunktion, die mit ihr verbundenen Interessen der verschiedenen Beteiligten und der Anwendungsbereich der vertraglichen und der gesetzlichen Mittelverwendungskontrolle aufgezeigt. Das Kapitel zur vertraglichen Mittelverwendungskontrolle arbeitet zunächst die Erscheinungsformen und die

Überwachungsarten einer Mittelverwendungskontrolle auf und stellt die Vielzahl möglicher Gestaltungs- und Erscheinungsformen dar. Im Anschluss daran wird der Mittelverwendungskontrollvertrag genauer betrachtet und in die bestehende Rechtsordnung eingeordnet. Ein besonderer Fokus liegt dabei auf der Verwendung von AGB, welche auch gegenüber den nicht am Vertragsschluss oder an den Vertragsverhandlungen beteiligten Anlegern Geltung entfalten können. Anschließend werden die möglichen Parteienkonstellationen, die im Zusammenhang mit einer Mittelverwendungskontrolle bei einer Vermögensanlage entstehen können, typisiert und detailliert betrachtet. Nach der Aufzeigung und einer kritischen Würdigung der Pflichten eines Mittelverwendungskontrolleurs, wird letztlich die Person des Mittelverwendungskontrolleurs in den Vordergrund gerückt. Neben den subjektiven Anforderungen wird abschließend anhand der üblicherweise als Mittelverwendungskontrolleure auftretenden Berufsgruppen vor dem Hintergrund einer versicherungsrechtlichen Haftungsübernahme geklärt, ob die Tätigkeit von dem jeweiligen Berufsbild des Wirtschaftsprüfers, Steuerberaters, Rechtsanwalts bzw. Notars umfasst ist. In dem darauffolgenden Kapitel werden die gesetzlich vorgeschriebenen, wenngleich nicht notwendigerweise als solche benannten Formen der Mittelverwendungskontrolle aufgearbeitet. Dabei werden die Gemeinsamkeiten der vertraglichen mit der gesetzlichen Mittelverwendungskontrolle herausgestellt. Nacheinander werden so der Treuhänder des Sicherungsvermögens nach dem VAG, der Treuhänder für der Deckungsmasse nach dem PfandBG, der Sachwalter nach der InsO sowie die Verwahrstelle nach dem KAGB genauer betrachtet. Den Schwerpunkt bildet die Verwahrstelle, deren Anwendungsbereich zunächst von dem der vertraglichen Mittelverwendungskontrolle abgegrenzt wird. Abgeschlossen wird die abstrakte Auseinandersetzung mit den Rechtsproblemen rund um die Mittelverwendungskontrolle mit der Aufarbeitung charakteristischer Merkmale, welche eine Mittelverwendungskontrolle auszeichnen.

Der zweite Teil der Studie beginnt mit einer Auseinandersetzung mit den Grundgedanken der Haftung gegenüber Dritten bei Kapitalanlagen. Neben der Funktion des Schadens- und des Haftungsrechts werden insbesondere auf den Begriff und den Umfang des Schadens eingegangen, welcher dem Anleger im Zusammenhang mit Pflichtverletzungen des Mittelverwendungskontrolleurs entstehen kann. Nach der überblicksweisen Darstellung der Haftung der gesetzlichen Mittelverwendungskontrolleure wird auf die deliktsrechtliche Haftung des Mittelverwendungskontrolleurs eingegangen. Im Anschluss daran werden die verschiedenen quasivertraglichen und vertraglichen Anspruchsgrundlagen unter Darstellung und kritischer Bewertung der dazu ergangenen Rechtsprechung betrachtet. Dabei wird jeweils auf die verschiedenen Modelle der Mittelverwendungskontrolle und deren spezifische Möglichkeiten der Ausgestaltung eingegangen.

C. Zusammenfassung der Forschungsergebnisse

I. Mittelverwendungskontrolle

Die Mittelverwendungskontrolle ist ein Schutzinstrument. Sie dient ihrer Grundfunktion nach dem Schutz sowohl der Anleger als auch der Anlagegesellschaft vor Fehlleitungen des Vermögens der Anlagegesellschaft durch die Geschäftsführung. Obwohl sie aufgrund des mit ihrer Einrichtung verbundenen Aufwands zumeist im Rahmen von Kapitalanlagen in Erscheinung tritt, ist ihr

Anwendungsbereich nicht darauf beschränkt. Von den gesetzlichen Spezialfällen abgesehen, ist sie insbesondere in der notariellen Verwahrung, aber auch in idealistisch motivierten Förderungsmodellen wiederzufinden.

1. Vertraglich ausgestaltete Mittelverwendungskontrolle

Dabei wird grundsätzlich in drei Formen unterschieden: dem Mittelfreigabe-Modell, der laufenden und der nachträglichen Mittelverwendungskontrolle. Das Mittelfreigabe-Modell zeichnet sich dadurch aus, dass eine Verfügung über die Mittel der Anlagegesellschaft nur nach der namensgebenden Freigabe durch den Mittelverwendungskontrolleur erfolgen kann. Geldmittel werden dazu auf ein Anderkonto oder ein Und-Konto eingezahlt. In der Folge kann die Geschäftsführung nicht ohne Mitwirkung des Mittelverwendungskontrolleurs über die Geldmittel verfügen. Die laufende Kontrolle beschränkt sich auf eine Prüfung und Nachvollziehung des Einsatzes der zur Verfügung stehenden Vermögenswerte. Sie ist insofern ein Sonderfall der nachträglichen Kontrolle, als auch sie nur rückblickend eine zweckwidrige Verfügung feststellen kann. Anders als die erst zu Abschluss des Anlageprojekts durchzuführende, nachträgliche Mittelverwendungskontrolle erfolgt die laufende Kontrolle indes bereits im Verlauf des Anlageprojekts.

Eine weitere Unterscheidung erfolgt anhand der Überwachungsart. Diese kann sich auf rein formale Kriterien beschränken oder eine materielle Prüfung mit sich bringen. Während die formale Prüfung klassischerweise nur die Vorlegung von im Vorhinein bestimmten Unterlagen und die Durchsicht auf deren Vollständigkeit hin umfasst, bringt eine materielle Mittelverwendungskontrolle auch eine inhaltliche Prüfung des Einsatzes der Vermögenswerte mit sich. Abhängig von dem Ausmaß der materiellen Prüfungscompetenz muss bei der Einrichtung der Mittelverwendungskontrolle darauf geachtet werden, dass der Geschäftsführung der ihr zustehende Ermessensspielraum verbleibt. Anderenfalls setzt sich der Mittelverwendungskontrolleur dem Risiko aus, selbst als Geschäftsführer betrachtet und dementsprechend haftbar gemacht zu werden.

Der der Mittelverwendungskontrolle zugrunde liegende Mittelverwendungskontrollvertrag ist seiner Rechtsnatur nach ein Geschäftsbesorgungsvertrag nach §§ 675 Abs. 1, 662 ff. BGB, soweit er entgeltlich erfolgt. Ob dieser Vertrag einen Dienstleistungs- oder einen Werkvertragscharakter aufweist, hängt von den vereinbarten Leistungspflichten ab. Während die Mittelverwendungskontrolle nach dem Mittelfreigabe-Modell regelmäßig einen Dienstleistungscharakter innehat, ist im Rahmen einer laufenden und einer nachträglichen Mittelverwendungskontrolle auch die Einstufung als Werkvertrag denkbar. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Mittelverwendungskontrolleur mit der Erstellung eines Prüfberichts und der Abgabe eines Bestätigungsvermerks einen konkret messbaren Erfolg schuldet. Die Einordnung des Mittelverwendungskontrollvertrags als AGB hängt von den konkreten Bedingungen des Vertragsschlusses ab. Eine zwischen der Anlagegesellschaft und dem Mittelverwendungskontrolleur getroffene Vereinbarung ist regelmäßig auf ein spezielles Anlageprojekt bezogen und daher als individuelle Vereinbarung zu klassifizieren. Kommt der Mittelverwendungskontrollvertrag zwischen dem Mittelverwendungskontrolleur und den Anlegern unmittelbar zustande, erfolgt dies in aller Regel in Form von vorformulierten Klauseln, auf deren Inhalt der Anleger keinen Einfluss hat und welche von sämtlichen Anlegern im Zusammenhang mit der Zeichnung der Unternehmensbeteiligung zwingend abzuschließen sind.

Gegenüber den Anlegern sind diese Vereinbarungen indes trotz ihrem Bezug auf das konkrete Anlageprojekt als AGB zu behandeln. Dem steht nicht entgegen, dass der Vertrag nur zwischen der Anlagegesellschaft und dem Mittelverwendungskontrolleur geschlossen wurde, wenn und soweit die Regelungen auch Wirkung für die Anleger entfalten. Denen gegenüber sind die Klauseln des Mittelverwendungskontrollvertrags als AGB zu bewerten. Denn die Anleger haben nur in den wenigsten Fällen überhaupt einen Einfluss auf die Verhandlungen über den Mittelverwendungskontrollvertrag. Gleichzeitig entfaltet der Vertrag eine erhebliche Schutzwirkung auch für sie, mit welcher die Initiatoren auch bewusst werben. Praktische Relevanz entfalten Klauseln, die die gesetzlichen Verjährungsfristen und die Haftung des Mittelverwendungskontrolleurs gegenüber den Anlegern beschränken. Die Rechtsprechung hat solche Klauseln richtigerweise, wenngleich teilweise mit nicht überzeugender Begründung, für unwirksam erklärt.

Der Mittelverwendungskontrolleur nimmt zudem in beinahe sämtlichen Parteienkonstellationen gegenüber den Anlegern eine Stellung als Treuhänder ein. Während er zumeist als echter Treuhänder ein unmittelbares Vollrecht erwirbt, nimmt er insbesondere im Rahmen der laufenden und der nachträglichen Mittelverwendungskontrolle als unechter Treuhänder Aufgaben der Anleger wahr. Dies ergibt sich im Rahmen von Unternehmensbeteiligungen zumeist schon daraus, dass er die Beteiligung an dem Unternehmen nach außen selbst hält und den Anlegern nur intern auf schuldrechtlicher Basis verpflichtet ist. Auch abseits der Unternehmensbeteiligung ist der Mittelverwendungskontrolleur als echter Treuhänder tätig, soweit er die Finanzmittel nach dem Mittelfreigabe-Modell von einem Ander- oder einem Und-Konto freigeben muss. Die laufende und nachträgliche Mittelverwendungskontrolle beinhaltet unterdessen eine unechte Treuhand. Der Mittelverwendungskontrolleur wird im Auftrag und im Interesse der Anleger tätig. Auch leitet er regelmäßig seine Befugnisse von denen der Anleger ab. Auch im Verhältnis zur Anlagegesellschaft handelt der Mittelverwendungskontrolleur treuhänderisch.

Die Pflichten des Mittelverwendungskontrolleurs ergeben sich zunächst aus dem Mittelverwendungskontrollvertrag und damit verbunden mit der Wahl der Form und Überwachungsart. Ist der Mittelverwendungskontrolleur zugleich als Beteiligungstreuhand beauftragt, erweitert sich dieser Aufgabenkreis entsprechend. Darüber hinaus ergeben sich aus der Rechtsnatur des Mittelverwendungskontrollvertrags als Geschäftsbesorgungsvertrag Auskunfts- und Benachrichtigungspflichten gemäß § 666 BGB. Diese bestehen sowohl gegenüber den Anlegern als auch gegenüber der Anlagegesellschaft. Beide müssen durch den Mittelverwendungskontrolleur über relevante Umstände im Zusammenhang mit dem Einsatz der Finanzmittel in Kenntnis gesetzt werden. Damit sollen sie in die Lage versetzt werden, ihrerseits Konsequenzen ziehen und gegebenenfalls die Geschäftsführung austauschen zu können. Auch Herausgabepflichten nach § 667 BGB sind grundsätzlich denkbar. Diese sind praktisch indes selten. Obwohl bei der Vereinbarung einer ausschließlich formalen Prüfung teilweise ausdrücklich festgelegt wird, dass über den explizit vereinbarten Umfang hinausgehende Pflichten nicht bestehen sollen, nimmt die Rechtsprechung umfangreiche Nebenpflichten des Mittelverwendungskontrolleurs an, soweit es sich bei dem Mittelverwendungskontrollvertrag um einen Vertrag zugunsten Dritter oder mit Schutzwirkung zugunsten Dritter handelt. Diese umfassen vornehmlich Aufklärungspflichten gegenüber den Anlegern, erstrecken sich aber auch auf die Prüfungspflichten. Dabei stellt sich insbesondere die praktische Schwierigkeit, den namentlich unbekanntem Anlegern bereits im Vorfeld einer Investitionsentscheidung die erforderlichen Informationen zukommen zu lassen. Die Rechtsprechung geht insofern wenig

überzeugend davon aus, dass notfalls eine mittelbare Kontaktaufnahme über die Fachpresse erfolgen muss, womit sich der Mittelverwendungskontrolleur indes in einen Interessenkonflikt begibt und einem hohen Haftungsrisiko aussetzt. Der Mittelverwendungskontrolleur ist ferner verpflichtet, in tatsächlicher Hinsicht die Einrichtung der Voraussetzungen für eine effektive Mittelverwendungskontrolle zu überprüfen. Ferner muss er nach Ansicht der Rechtsprechung auch bei einer eingeschränkten Prüfungscompetenz stets das Anlageprojekt als Ganzes berücksichtigen. Dies muss indes spätestens dort an Grenzen stoßen, wo der Mittelverwendungskontrollvertrag eine ausdrückliche Begrenzung der Pflichten vorsieht.

Hinsichtlich den Anforderungen an die Person des Mittelverwendungskontrolleurs bestehen grundsätzlich keine Vorgaben. Mittelbar ist dennoch eine persönliche Eignung und Zuverlässigkeit erforderlich. Diese ergibt sich aus den berufsrechtlichen Vorschriften für die als Mittelverwendungskontrolleur tätig werdenden Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Rechtsanwälte und Notare. Die Zulassung zu diesen Berufsgruppen ist an bestimmte Voraussetzungen gebunden, deren Gemeinsamkeiten sich in der persönlichen Eignung und einer gewissen Sachkunde vereinheitlichen lassen. Diese sind auch in den Vorgaben zu den jeweiligen allgemeinen Berufspflichten normiert und gelten somit nicht nur für die Zulassung, sondern auch für die Ausübung des Berufs. Unabhängig von diesen berufsrechtlichen Voraussetzungen muss ein Mittelverwendungskontrolleur in jedem Fall in persönlicher, rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht von der Geschäftsführung unabhängig sein. Ein gewisser Abstand der Überwachungsinstanz ist in jedem Fall als konstitutives Merkmal erforderlich, um eine unbeeinflusste Überwachung zu ermöglichen.

Die vor allem vor dem versicherungsrechtlichen Hintergrund interessante Frage, ob die Tätigkeit als Mittelverwendungskontrolleur von dem Berufsbild der üblicherweise handelnden Berufsgruppen umfasst ist, lässt sich bejahen. Sowohl dem Wirtschaftsprüfer als auch dem Steuerberater stehen treuhänderische Tätigkeiten, wirtschaftliche Beratungen sowie die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen offen. Aufgrund der bereits festgestellten Treuhänderstellung des Mittelverwendungskontrolleurs besteht insoweit eine Übereinstimmung. Selbiges gilt auch für den Notar, welche als Treuhänder insbesondere die Mittelverwendungskontrolle nach dem Mittelfreigabe-Modell durchführen darf. Anders die Tätigkeit des Rechtsanwalts. Dieser darf nach § 1 Abs. 2 RVG für treuhänderische Tätigkeiten keine Vergütung verlangen. Auch beinhaltet die Mittelverwendungskontrolle nicht die für eine anwaltliche Tätigkeit erforderliche, rechtliche Subsumtion unter einen Einzelfall. Vielmehr handelt es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit. Obwohl der Rechtsanwalt diese Tätigkeit mangels Verbots vornehmen darf, kann sie weder nach dem RVG abgerechnet werden, noch fällt sie in den Schutzbereich seiner Berufshaftpflichtversicherung.

2. Gesetzliche Mittelverwendungskontrolle

Neben der von den Vertragsparteien gestalteten Mittelverwendungskontrolle hat auch der Gesetzgeber die Überwachung der Geschäftsführung hinsichtlich des Einsatzes von Finanzmitteln geregelt.

Das betrifft zunächst die Vermögensanlagen nach dem Vermögensanlagengesetz. Hinsichtlich dieser besteht nach § 6 VermAnlG die Pflicht zu Veröffentlichung eines Verkaufsprospekts. Die inhaltlichen Vorgaben der VermVerkProspV umfassen nach § 4 Satz 3 auch den Abdruck eines Mittelverwendungskontrollvertrags. Damit wird deutlich, dass zumindest dem Verordnungsgeber

die Existenz und die Relevanz der Mittelverwendungskontrolle bekannt sind. Trotz des missverständlichen Wortlauts ist diese Regelung indes nicht so zu lesen, dass die Einrichtung einer Mittelverwendungskontrolle für Vermögensanlagen verpflichtend vorgesehen sein soll. Eine solche wesentliche Pflicht hätte der Verordnungsgeber aufgrund der damit verbundenen Konsequenzen ausführlicher geregelt.

Die Mittelverwendungskontrolle wird auch im Bereich des Versicherungsrechts sichtbar. Versicherungsunternehmen, deren Versicherungsschutz die Kernbereiche Gesundheit und Leben umfassen, müssen zumeist ein Sicherungsvermögen einrichten. Dieses Vermögen dient der Auszahlung der Ansprüche von Versicherungsnehmern im Insolvenzfall. Diese Form einer Mittelverwendungskontrolle ist die deutlichste Form einer auf einen abgrenzbaren Teil des Gesamtvermögens gerichteten Mittelverwendungskontrolle. Sie bezieht sich ausschließlich auf das Sicherungsvermögen. Aufgrund der übereinstimmenden Interessenkonstellationen sind die Versicherungsnehmer hinsichtlich der Überwachung des Sicherungsvermögens einem Anleger gleichsetzbar. Mit der Überwachung des Sicherungsvermögens sowie mit der Herausgabe der Vermögensgegenstände wird ein Treuhänder beauftragt. Die Überwachung ist als materielle Prüfung ausgestaltet und enthält sowohl Elemente des Mittelfreigabe-Modells als auch der laufenden Mittelverwendungskontrolle.

Die Mittelverwendungskontrolle tritt auch im Bereich des Pfandbriefrechts in Erscheinung. Pfandbriefbanken müssen für die von ihnen emittierten Pfandbriefe eine Deckungsmasse vorhalten, an deren Höhe und Zusammensetzung das PfandBG konkrete Anforderungen richtet. Diese Deckungsmasse dient der Absicherung der Rückzahlung des Nominalwerts der ausgegebenen Pfandbriefe nebst Zinsen an die Pfandbriefgläubiger im Insolvenzfall der Pfandbriefbank. Mit dieser Form der Mittelverwendungskontrolle wird erneut deutlich, dass sich die Mittelverwendungskontrolle auch nur auf einen abgrenzbaren Teil des Gesamtvermögens richten kann. Sie bezieht sich im Pfandbriefgeschäft ausschließlich auf die Deckungsmasse. Aufgrund der übereinstimmenden Interessenkonstellationen sind die Pfandbriefgläubiger hinsichtlich der Überwachung der Deckungsmasse einem Anleger gleichsetzbar. Mit der Überwachung der Deckungsmasse sowie mit der Eintragung der Deckungswerte in das Deckungsregister wird ein Treuhänder beauftragt. Die Überwachung ist als laufende Mittelverwendungskontrolle ausgeformt, wobei nur noch im Ansatz Elemente des Mittelfreigabe-Modells zu erkennen sind. Die Überwachungsart ist als materielle Prüfung ausgestaltet.

Auch das Insolvenzrecht nutzt die Schutzwirkung einer Mittelverwendungskontrolle. Wird mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zugleich die Eigenverwaltung angeordnet, bestellt das Insolvenzgericht einen Sachwalter. Anders als ein Insolvenzverwalter ist der Sachwalter nur mit der Überwachung beauftragt und nimmt keine geschäftsführenden Aufgaben wahr. Gegenstand der Mittelverwendungskontrolle ist das Vermögen des Insolvenzschuldners. Die Überwachung erfolgt grundsätzlich als laufende Mittelverwendungskontrolle. Eine Überwachung kann zudem in Form einer Mittelfreigabe stattfinden, wenn der Sachwalter die Kassenführung des Insolvenzschuldners übernimmt oder der Insolvenzschuldner Verbindlichkeiten eingehen will, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören. Auch die Anordnung des Insolvenzgerichts, dass bestimmte Geschäfte nur mit Zustimmung des Sachwalters vorgenommen werden dürfen, hat eine Verlagerung hin zu einem Mittelfreigabe-Modell zur Folge. Dem Sachwalter obliegt eine materielle Prüfung.

Über den ausgedehnten Anwendungsbereich des KAGB wird die Verwahrstelle von Investmentvermögen zu dem größten Konkurrenten der vertraglich ausgestalteten

Mittelverwendungskontrolle. Mit der Ausdehnung des Anwendungsbereichs des KAGB sollte auch der sog. graue Kapitalmarkt einer einheitlichen und strengeren Regulierung unterworfen werden. Die für die Eingrenzung des Anwendungsbereichs maßgebliche Definition des Investmentvermögens in § 1 Abs. 1 KAGB lässt indes einen Raum für die vertragliche Mittelverwendungskontrolle offen. Übereinstimmungen bestehen insofern, als auch Vermögensanlagen, der Definition des Investmentvermögens entsprechend, der gemeinsamen Anlage von zuvor eingesammeltem Kapital zum Nutzen der Anleger nach einer bestimmten Strategie dienen sollen. Die Investmentvermögen dürfen unterdessen weder operativ tätige Unternehmen sein noch sich außerhalb des Finanzsektors bewegen. An diesen beiden Merkmalen eröffnet sich ein Freiraum für Kapitalanlagen, deren Vermögenswerte nicht zwingend von einer Verwahrstelle verwahrt und überwacht werden müssen. Ein solcher Freiraum entspricht auch der Intention des Gesetzgebers. Dieser normierte mit der Änderung der VermVerkProspV im Jahre 2012 und mithin während des laufenden Gesetzgebungsprozesses und nur kurze Zeit vor der Einführung des KAGB im Jahr 2013 die Pflicht zum Abdruck der Mittelverwendungskontrolle. Eine solche Pflicht hätte keiner Normierung bedurft, wäre ein allumfassender Anwendungsbereich des KAGB beabsichtigt gewesen.

Die Anforderungen an die Verwahrstellen richten sich nach dem Investmentvermögen, welches als OGAW oder als AIF aufgelegt wird. Jedes Investmentvermögen verfügt dabei über eine einzige Verwahrstelle, während die Verwahrstelle mehrere Investmentvermögen betreuen kann. Zielrichtung dieser Verwahrstelle ist wie schon bei der vertraglich ausgestalteten Mittelverwendungskontrolle der Schutz der Anleger vor rechtswidrigem Einsatz und Fehlleitungen der Vermögensmittel durch die geschäftsführende Kapitalverwaltungsgesellschaft. Gegenstand der Überwachung ist das gesamte Investmentvermögen. Die OGAW-Verwahrstelle verwahrt sämtliche Vermögenswerte und wird auf Weisung der Kapitalverwaltungsgesellschaft tätig. Dabei prüft die Verwahrstelle die Weisung einerseits auf Rechtmäßigkeit und andererseits auf die Übereinstimmung mit den Anlagebedingungen des Investmentvermögens und grenzt sich dadurch von einer reinen Verwahrungseinrichtung und Geldsammelstelle ab. Damit verbunden ist eine materielle Prüfungskompetenz. Die Mittelverwendungskontrolle erfolgt bei der OGAW-Verwahrstelle teilweise im Wege der Mittelfreigabe, teilweise als laufende Kontrolle. Als Zahlstelle des Investmentvehikels verfügt sie allein über die Vermögenswerte respektive erteilt ihre Zustimmung zu bestimmten Rechtsgeschäften, die von der Kapitalverwaltungsgesellschaft vorgenommen werden. Zugleich ist sie zur Überwachung der Zahlungsströme des Investmentvehikels berufen, welche börsentäglich erfolgen muss und insbesondere der Feststellung einer möglichen Verletzung der Anlagegrenzen dient. Während ein OGAW lediglich in Wertpapiere und bestimmte Finanzinstrumente investieren kann, kann ein AIF grundsätzlich in jedes Finanzinstrument am Finanzsektor investieren. Aufgrund des weiteren Anwendungsbereichs sind die Anforderungen an die AIF-Verwahrstelle im Grundsatz denen der OGAW-Verwahrstelle ähnlich. Abweichungen bestehen hingegen in den Details. So ist die AIF-Verwahrstelle insbesondere nicht die Zahlstelle des Investmentvehikels und auch hinsichtlich der Verwahrung der Vermögenswerte gelten Besonderheiten. Dennoch wird die Mittelverwendungskontrolle auch bei der AIF-Verwahrstelle sowohl in Form der Mittelfreigabe als auch der laufenden Kontrolle vorgenommen.

3. Wesentliche Merkmale der Mittelverwendungskontrolle

Nach Betrachtung sowohl der vertraglichen als auch der gesetzlichen Mittelverwendungskontrolle können die wesentlichen Merkmale zusammengefasst aufgeführt werden. Dabei ist zwischen der Mittelverwendungskontrolle und den Anforderungen an den Mittelverwendungskontrolleur zu unterscheiden.

Die Schutzrichtung der Mittelverwendungskontrolle muss in erster Linie auf den Schutz der Anleger vor schädigenden Verfügungen über das Vermögen der Anlagegesellschaft gerichtet sein. Daneben werden aber auch die Interessen der Anlagegesellschaft selbst geschützt, welche vor dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bewahrt werden soll. Gegenstand der Mittelverwendungskontrolle sind die Vermögenswerte der Anlagegesellschaft. Die Mittelverwendungskontrolle muss dafür eingerichtet und bestimmt sein, Dispositionen der Geschäftsführung über diese Vermögenswerte einer Kontrolle zu unterziehen. Die Personen, die die Geschäftsführung bilden, sollen indes selbst nicht von der Überwachung umfasst sein. Die Rechtsgrundlage der Mittelverwendungskontrolle ist stets ein Auftrag nach §§ 662 ff. BGB oder eine Geschäftsbesorgung nach §§ 675 ff. BGB. Die vertragliche Verbindung kommt dabei in aller Regel zwischen der Anlagegesellschaft und dem Mittelverwendungskontrolleur zustande. Lediglich bei einer treuhänderisch gehaltenen Unternehmensbeteiligung übernimmt der von dem Anleger beauftragte Treuhänder zugleich auch die Mittelverwendungskontrolle. Die Mittelverwendungskontrolle muss eine Freigabe der überwachten Mittel in Form einer tatsächlichen Herausgabe oder der Zustimmung zu einer Disposition beinhalten. Alternativ ist eine nachträgliche Kontrolle des Einsatzes der Vermögenswerte möglich, die als abschließende oder durchgängig laufende Prüfung erfolgen muss. In jedem Fall muss die Handlungsfreiheit der Geschäftsführung durch die Überwachung eingeschränkt werden.

In Bezug auf den Mittelverwendungskontrolleur ist neben einer regelmäßig auftauchenden gewissen Sachkunde vor allem dessen Unabhängigkeit von der überprüften Geschäftsführung konstitutiv. Außerdem nimmt er in der einen oder anderen Form eine Treuhänderstellung ein.

II. Dritthaftung

Die ursprüngliche Funktion des Haftungsrechts bestand in dem Ausgleich eines erlittenen Schadens. Mit Unterstützung der Rechtsprechung wandelte sich diese Funktion im Rahmen von Kapitalanlagen immer weiter in Richtung einer Schadensverteilung auf ein Kollektiv. Gleichzeitig wird mit dem Argument des Anlegerschutzes die Haftung Dritter, die nicht unmittelbar an der Vertragsbeziehung zwischen Anleger und Anlagegesellschaft beteiligt sind, stetig ausgedehnt. Ist davon der Mittelverwendungskontrolleur betroffen, so machen die Anleger entweder ihren Zeichnungsschaden oder einen Durchführungsschaden geltend. Der Geltendmachung eines Zeichnungsschadens wird indes zutreffend entgegengehalten, dass die Kausalität zwischen Fehlern bei der Mittelverwendungskontrolle und der Investitionsentscheidung zweifelhaft ist. Auch spiegelt die Erstattung des Zeichnungsschadens nicht die Realisierung des mit einer Mittelverwendungskontrolle verbundenen Risikos wider. Denn mit der Investitionsentscheidung geht der Anleger das Risiko eines wirtschaftlichen Misserfolgs ein, während mit der Mittelverwendungskontrolle das Risiko einer Fehlleitung der Finanzmittel verbunden ist.

Die gesetzlichen Mittelverwendungskontrolleure haften gegenüber den Anlegern für Pflichtverletzungen. Bei dem Treuhänder des Sicherungsvermögens nach dem VAG ergibt sich diese Haftung aus dem Deliktsrecht. Für den Treuhänder der Deckungsmasse nach dem PfandBG wurde die Haftung durch § 7 Abs. 5 PfandBG geregelt. Daneben haftet er ebenfalls aus dem Deliktsrecht. Der Insolvenzverwalter haftet zusätzlich nach §§ 274 Abs. 1, 60 InsO gegenüber allen Beteiligten und somit auch Dritten gegenüber. Bei den Verwahrstellen nach dem KAGB richtet sich die Haftung nach §§ 77, 88 KAGB. Von der Haftung umfasst sind sowohl das Investmentvermögen selbst als auch die Anleger.

Eine Sonderstellung zwischen der Haftung eines gesetzlichen und eines vertraglichen Mittelverwendungskontrolleurs nimmt die Notarhaftung ein. Obwohl der Notar als vertraglicher Mittelverwendungskontrolleur einzustufen ist, knüpft seine Haftung an einer Amtspflichtverletzung an. Ausschließliche Grundlage für eine Haftung ist § 19 BNotO i.V.m. der jeweiligen Amtspflichtverletzung.

Da für den vertraglichen Mittelverwendungskontrolleur keine Haftungsnorm geschaffen wurde, sind die allgemeinen Haftungsvorschriften des BGB anzuwenden. Dabei sind die von der Rechtsprechung und der Literatur zur Dritthaftung bei gesetzlich nicht vorgeschriebenen Unternehmensprüfungen entwickelten Grundsätze zu beachten. Denn insbesondere die laufende und die nachträgliche Mittelverwendungskontrolle weisen erhebliche Parallelen zu einer gesetzlich nicht vorgeschriebenen Unternehmensprüfung auf. Die Geltendmachung von Schadensersatz durch die Anleger auf Grundlage des § 823 Abs. 1 BGB ist mangels Verletzung eines geschützten Rechtsguts ausgeschlossen. Die Haftung des Mittelverwendungskontrolleurs nach § 823 Abs. 2 BGB bei vorsätzlicher Verletzung eines Schutzgesetzes ist möglich. Als Schutzgesetze kommen dabei indes vornehmlich Vorschriften des StGB in Betracht. Namentlich die berufsrechtlichen Rechtsnormen entfalten dagegen keine spezifische Schutzwirkung für den Einzelnen. Eine Ausweitung hat die deliktsrechtliche Haftung des Mittelverwendungskontrolleurs durch eine extensive Ausdehnung des Tatbestands von § 826 BGB durch die Rechtsprechung erfahren. Während der Wortlaut der Norm eine vorsätzliche Schädigung durch eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung vorsieht, verwässert die Rechtsprechung die Unterscheidung zwischen einem vorsätzlichen Verhalten und einem sittenwidrigen Verhalten. Zudem rückt die Rechtsprechung auch zunehmend von dem Vorsatzerfordernis ab und lässt leichtfertiges Handeln des Mittelverwendungskontrolleurs ausreichen. Die Rechtsprechung will mit dieser Auslegung dem Anlegerschutz Vorschub leisten und dem Anleger einen Anspruch an die Hand geben. Abgesehen von den offensichtlichen dogmatischen Mängeln erweist sie den Anlegern damit jedoch einen Bärendienst. Denn mit der Annahme eines vorsätzlichen Verhaltens entfällt der Versicherungsschutz des Mittelverwendungskontrolleurs. In der Folge hat der Anleger einen rechtlichen Anspruch ohne wirtschaftlichen Wert.

Aufgrund der Unzulänglichkeiten der deliktsrechtlichen Haftung ist eine nicht-deliktsche Haftung des Mittelverwendungskontrolleurs auf vertraglicher oder quasivertraglicher Grundlage von besonderer Relevanz. Anknüpfungspunkt für die jeweilige Haftung des Mittelverwendungskontrolleurs gegenüber den Anlegern ist die konkrete Ausgestaltung des Mittelverwendungskontrollvertrags. Die Rechtsprechung ist in der Bewertung der Mittelverwendungskontrolle und der ihr zugrundeliegenden Vertragskonzepten uneinheitlich. Das liegt nur zum Teil an den vielgestaltigen Erscheinungsformen der Mittelverwendungskontrolle. Auch bei der in ihrer Erscheinung gleichgelagerten Mittelverwendungskontrolle hat die Rechtsprechung die Haftung des Mittelverwendungskontrolleurs gegenüber den Anlegern

unterschiedlich bewertet. In der Folge hat sich eine stark divergierende Kasuistik gebildet. Einheitliche, rechtsdogmatisch überzeugende Richtlinien zur Anwendung auf diese Fallkonstruktionen sind daraus indes nicht ersichtlich. Angesichts der vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten der Anlagemodelle und der Mittelverwendungskontrollverträge ist es bis zu einem gewissen Grad nachvollziehbar, dass eine einheitliche Beurteilung des Verhältnisses von Mittelverwendungskontrolleur zu Anlegern die Gerichte vor eine Herausforderung stellt. Dennoch wäre es wünschenswert, dass sich die Rechtsprechung in den fraglichen Konstruktionen auf einige grundsätzliche Erwägungen festlegen würde. Stattdessen wird für im Grundsatz gleich konstruierte Modelle der Mittelverwendungskontrolle sowohl der Abschluss eines unmittelbaren Vertrags mittels eines Stellvertreters, ein Vertrag zugunsten Dritter oder ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter angenommen. Hinsichtlich der Mittelverwendungskontrolle ist die Ausdehnung der Haftungsgrundsätze durch die Rechtsprechung nicht immer gerechtfertigt.

Der Wille der Rechtsprechung, den Anleger um jeden Preis zu schützen, wird auch aus der dogmatisch nicht nachvollziehbaren Annahme vorvertraglicher Schuldverhältnisse erkennbar. Auf vorvertraglicher Ebene fehlt es bereits an einer Kontaktaufnahme des Mittelverwendungskontrolleurs mit den Anlegern. Eine Haftung auf Grundlage der in § 311 Abs. 2 BGB normierten culpa in contrahendo ist damit ausgeschlossen. Auch nimmt der Mittelverwendungskontrolleur kein besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch, welches nach § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB eine Einbeziehung in das Vertragsverhältnis zwischen Anlagegesellschaft und Mittelverwendungskontrolleur rechtfertigen könnte. Auch eine Prospekthaftung i.e.S. kommt mangels Verantwortlichkeit des Mittelverwendungskontrolleurs für den Verkaufsprospekt nicht in Betracht.

Insbesondere bei der Begründung eines eigenen Vertragsverhältnisses zwischen dem Dritten und dem Mittelverwendungskontrolleur ist Zurückhaltung geboten. Einem eigenständigen, wie auch immer gearteten Schuldverhältnis zwischen dem Mittelverwendungskontrolleur und den Anlegern steht regelmäßig der mangelnde Wille des Mittelverwendungskontrolleurs entgegen, ein solches Rechtsgeschäft abzuschließen. Zunächst ist bereits in den seltensten Fällen ein ausdrücklich geäußerter Rechtsbindungswille seitens des Mittelverwendungskontrolleurs ersichtlich. Aus dem Aufgabenkreis des Mittelverwendungskontrolleurs einen konkludenten Willen herzuleiten, stößt sehr schnell an die Grenzen des rechtlich Vertretbaren. Die Annahme eines Vertrags wird damit gleichsam in die Nähe einer reinen Fiktion gerückt. Mit dieser von dem tatsächlichen Willen der Beteiligten abweichenden Einschätzung würde die Rechtsprechung nicht dort eine Haftung begründen, wo eine Haftungsgrundlage besteht, sondern dort, wo nach der Vorstellung der Gerichte aus Billigkeitsgründen eine Haftung bestehen sollte.

Eine Einbeziehung der Anleger in den Mittelverwendungskontrollvertrag ist gegeben, wenn der Mittelverwendungskontrollvertrag als Vertrag zugunsten Dritter i.S.d. §§ 328 ff. BGB ausgestaltet ist. Von den Fällen einer ausdrücklichen Benennung abgesehen, ergibt sich diese Einordnung mittels Auslegung des Vertragswerks. Anhaltspunkt dafür sind die dem Anleger eingeräumten Rechte gegenüber dem Mittelverwendungskontrolleur. Ein nicht als Vertrag zugunsten Dritter auszulegender Mittelverwendungskontrollvertrag ist in der Regel als Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter einzuordnen. Der Anleger wird damit ebenfalls in den Mittelverwendungskontrollvertrag zwischen der Anlagegesellschaft und dem Mittelverwendungskontrolleur einbezogen. Während dem BGH im Zusammenhang mit gesetzlich nicht vorgeschriebenen Unternehmensprüfungen teilweise vorgeworfen wird, die Einstufung des Prüfauftrags als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter würde auf reinen

Billigkeitserwägungen fußen, ist die Einbeziehung im Rahmen der Mittelverwendungskontrolle indes zutreffend und dogmatisch fundiert. Ausgangspunkt ist sowohl das Vertrauen der Anleger in die Effektivität der Mittelverwendungskontrolle als auch das Einbeziehungsinteresse der Parteien. Denn namentlich die allseits ersichtliche Ausnutzung des werbenden Effekts der Mittelverwendungskontrolle aber auch der besondere Schutzzweck der Mittelverwendungskontrolle zugunsten der Anleger kann nur den Schluss zulassen, dass dem Anleger von den Parteien ein Instrument zu Durchsetzung von Schadenersatzrechten bei Fehlern ebener Mittelverwendungskontrolle eingeräumt werden soll. Wenngleich das besondere Vertrauen der Anleger in den Mittelverwendungskontrolleur kein vorvertragliches Schuldverhältnis zu begründen vermag, so ist es dennoch der Ausgangspunkt für die dogmatisch nachvollziehbare Einbeziehung in das bestehende Vertragsverhältnis.