

**OLG Stuttgart Urteil vom 13.5.2008, 12 U 132/07****Tenor**

1. Der Beitritt der Nebenintervenientinnen wird zugelassen.
2. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 1. August 2007 - 27 O 4/07 - wird zurückgewiesen.
3. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens. Die durch die Nebeninterventionen verursachten Kosten tragen die Nebenintervenientinnen selbst.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
5. Die Revision wird zugelassen.

Streitwert des Berufungsverfahrens: 30 Mio. EUR

**Tatbestand****A.****I.**

- 1 Die Klägerin macht gegen die beklagte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit einer gemäß § 44 Abs. 1 Satz 2 KWG durchgeführten Sonderprüfung der P. K. GmbH (P.), einem Wertpapierhandelsunternehmen, geltend.
- 2 Die Klägerin ist eine Entschädigungseinrichtung gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes (im folgenden: ESAEG). Ihr ist die Gruppe derjenigen Institute i.S.d. § 1 Abs. 1 ESAEG zugeordnet, die keine Einlagenkreditinstitute sind (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 ESAEG). Wenn bei einem der Klägerin zugeordneten Institut der Entschädigungsfall festgestellt wird, obliegt es dieser, die Gläubiger dieses Instituts für nicht zurückgezahlte Einlagen oder für nicht erfüllte Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften zu entschädigen. Die Mittel hierfür sind von den ihr zugeordneten Instituten aufzubringen, zu denen sowohl die Nebenintervenientinnen als auch P. gehören. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben sind der Klägerin gegenüber den ihr zugeordneten Instituten u.a. gesetzliche Prüfungsbefugnisse zur Einschätzung der Gefahr des Eintritts des Entschädigungsfalles eingeräumt. Prüfungen können nach Satz 1 der Ziffer 5.1 der Prüfungsrichtlinien der Klägerin - über deren Geltung vor dem Jahr 2004 Streit besteht - in der Regel alle drei Jahre durchgeführt werden, bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen (vgl. Ziffer 5.1 Satz 2, Ziffer 5.2 ) auch in kürzeren Abständen. Soweit die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (im Folgenden: BaFin) Prüfungen durchführt oder anordnet, sieht Ziffer 5.3 vor, dass eine Prüfung über denselben Gegenstand frühestens etwa zwei Jahre nach dem Stichtag der Prüfung der BaFin vorgenommen wird, sofern nicht Ziffer 5.2. eingreift. Wegen der Einzelheiten wird auf die Prüfungsrichtlinien (Anlage K14) Bezug genommen.
- 3 Mit Blick auf die Möglichkeit, ihre Prüfungsbefugnisse einem geeigneten Dritten zu übertragen, wandte sich die Klägerin mit Schreiben vom 08.03.2002 (Anlage K18; nach Bl. 190 d.A.) unter Übersendung ihrer Prüfungsrichtlinien an die Beklagte und bat diese, bei Bereitschaft zur Durchführung entsprechender Prüfungen ein Angebot zu unterbreiten. In Antwort auf diese allgemein gehaltene, d.h. keine konkrete Prüfung betreffende Anfrage bekundete die Beklagte mit von den Zeugen H. und M. unterzeichnetem Schreiben vom 12.03.2002 (Anlage K19, nach Bl. 190 d.A.) ihr Interesse und teilte ihre Konditionen mit.
- 4 Seit 1992 bot P. die zum Finanzkommissionsgeschäft und zur Finanzportfolioverwaltung berechtigt, aber kein Einlagenkreditinstitut war, zumindest schwerpunktmäßig das Produkt P. (PMA) an. Hierbei wurden Zahlungen der Anleger in einer Kollektiveinlage vermischt, die P. als Gemeinschaftstreuhandkonten für gemeinsame Rechnung aller Kunden gesondert von ihrem übrigen Vermögen und anderen

Kundengeldern führte, ohne jedoch jedem Anleger ein eigenes Konto zuzuweisen. Die Führung dieser sog. „Omnibuskonten“ hatte das Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel als Verstoß gegen das Gebot der getrennten Verwahrung von Kundengeldern gemäß § 34a WpHG gewertet und P. mit Bescheid vom 21.03.2000 aufgegeben, die Verwendung von Kundengeldern im Rahmen des PMA im eigenen Namen für fremde Rechnung einzustellen und künftig zu unterlassen, soweit die Kundengelder nicht unverzüglich getrennt von den Geldern des Unternehmens und von anderen Kundengeldern auf Treuhandkonten bei entsprechenden Einlagekreditinstituten verwahrt werden. Die gegen diesen Bescheid ergriffenen Rechtsbehelfe blieben erfolglos; mit Urteil vom 24.04.2002 (ZIP 2002, 1569) wies das Bundesverwaltungsgericht die Sprungrevision gegen das klagabweisende Urteil des Verwaltungsgerichts F. zurück.

- 5 Wenige Monate nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ordnete die BaFin, die durch das Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG) an die Stelle der Bundesaufsichtsämter für den Wertpapierhandel sowie das Kredit- und Versicherungswesen getreten ist, mit Bescheid vom 07.08.2002 gegenüber P. eine Prüfung gemäß § 44 Abs. 1 Satz 2 KWG an und zwar u.a. bezogen auf folgende Bereiche:
- 6 *„a) Ordnungsmäßigkeit der Buchführung und des Meldewesens  
In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Zeitnähe der Buchungsvorgänge und die Zuverlässigkeit der Berechnung der Grundsätze I und II zu überprüfen.  
b) getroffene organisatorische Vorkehrungen gem. § 25a Abs. 1 KWG zur Kontrolle und Steuerung der  
- Marktrisiken, die aus den für fremde Rechnung geschlossenen Geschäften resultieren,  
- Ausfallrisiken und operationelle Risiken, die aus der Geschäftsbeziehung zu den abwickelnden Brokerhäusern erwachsen, ...“*
- 7 Wegen der Einzelheiten wird auf den Bescheid vom 07.08.2002 (Anlage K6) Bezug genommen.
- 8 Mit der Durchführung der Prüfung beauftragte die BaFin die Beklagte. Im Auftrags schreiben vom 07.08.2002 (Anlage K5), auf das wegen der Details verwiesen wird, führte sie aus:
- 9 *„Weiterhin beauftrage ich Sie, mir alle Umstände mitzuteilen, die Ihnen im Rahmen oder bei Gelegenheit der Prüfung bekannt werden, soweit sie für die Einschätzung der Situation des Institutes bzw. aus sonstigen bankaufsichtlichen Gründen für mich von Bedeutung sein können.  
(...)  
Die Nr. 8 Abs. 1 S. 3 (Verweisung auf die Haftungsbeschränkung für Mängelfolgen) und 9 (Haftung) der allgemeinen Auftragsbedingungen für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften finden keine Anwendung.“*
- 10 Die allgemeinen Auftragsbedingungen für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften (im folgenden: AAB IDW) vom 01.01.2002 enthalten in Ziff. 7 Abs. 1 folgende Regelung:
- 11 *„Die Weitergabe beruflicher Äußerungen des Wirtschaftsprüfers (Berichte, Gutachten und dgl.) an einen Dritten bedarf der schriftlichen Zustimmung des Wirtschaftsprüfers, soweit sich nicht bereits aus dem Auftragsinhalt die Einwilligung zur Weitergabe an einen bestimmten Dritten ergibt.“*
- 12 Die Sonderprüfung wurde im Zeitraum Oktober/November 2002 durchgeführt, Saldenbestätigungen holte die Beklagte dabei nicht ein. Aus dem der BaFin zugeleiteten und von den Zeugen H. und M. unterzeichneten Prüfungsbericht der Beklagten vom 31.03.2003, auf den wegen der Einzelheiten verwiesen wird (Anlage K8), ergaben sich verschiedene Unregelmäßigkeiten, u.a. Verstöße gegen § 34a

WpHG sowie eine Tätigkeit von P. außerhalb der nach § 32 KWG erteilten Erlaubnis. Demgegenüber war dem Bericht nicht zu entnehmen, dass von den diversen Treuhandkonten, die P. nach ihren Geschäftsunterlagen bei dem Broker M. F. Ltd. unterhielt, eines, nämlich das für die wirtschaftliche Situation von P. entscheidende Konto ... nicht existierte.

- 13 Zwei Jahre nach der Sonderprüfung kam es im Zuge eines Wechsels in der Geschäftsleitung bei P. zu unternehmensinternen Recherchen, die dazu führten, dass P. am 10.03.2005 der BaFin mitteilte, das Konto ... habe es nie gegeben, über all die Jahre hinweg seien sämtliche das Konto betreffenden Unterlagen gefälscht worden. Die BaFin beantragte daraufhin am 14.03.2005 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der P. und stellte am Folgetag gemäß § 5 ESAEG den Entschädigungsfall fest.
- 14 Im Dezember 2006 trat die BaFin an die Klägerin Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte aus der Durchführung der Sonderprüfung bis zur Höhe der von der Klägerin zu leistenden Anlegerentschädigung und der eigenen Aufwendungen der Klägerin im Zusammenhang mit dem Entschädigungsverfahren ab. Wegen der Einzelheiten wird auf die Abtretungsvereinbarung vom 14./19.12.2006 (Anlage K13) sowie auf die innerhalb nachgelassener Frist vorgelegte Ergänzungsvereinbarung vom 09./14.04.2008 (BK 5, Bl. 788 d.A.) verwiesen.

## II.

- 15 Die Klägerin hat erstinstanzlich behauptet, die Täuschung der P. darüber, dass keine Gewinne, sondern ausschließlich Verluste gemacht worden seien, sei nur mit Hilfe des Kontos ... möglich gewesen. Dieses Konto habe nicht existiert, der angeblich darüber abgewickelte Optionshandel nie stattgefunden. Sämtliche den Prüfern vorgelegten Belege zu diesem Konto seien gefälscht gewesen. Hätte die Beklagte die gebotene Sorgfalt walten lassen, wären die unlauteren Machenschaften im Zuge der Sonderprüfung aufgedeckt worden. Da sowohl die BaFin als auch sie selbst - informiert von der BaFin - den Sonderprüfungsbericht erhalten und gelesen hätten, hätte die BaFin reagiert und den Entschädigungsfall entweder abgewendet oder aber bereits im Mai 2003 festgestellt. Stattdessen habe die Beklagte einen Sonderprüfungsbericht vorgelegt, der weder ihr noch der BaFin Anlass zu weiteren Prüfungen oder sonstigen Maßnahmen gegeben habe. Die aufgrund dessen erst zwei Jahre später erfolgte Feststellung des Entschädigungsfalles verursache höhere Entschädigungsleistungen, Verwaltungs- und Personalkosten.
- 16 Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, der Beklagten falle eine Verletzung ihrer vertraglichen Pflichten zur Last. Der in den IDW PS 300 dokumentierte Prüfungsstandard gelte angesichts des von der BaFin angeordneten Gegenstands der Sonderprüfung entsprechend. Im Rahmen der Prüfung der organisatorischen Vorkehrungen gemäß § 25a Abs. 1 KWG zur Kontrolle und Steuerung der Ausfallrisiken und operationellen Risiken, die aus der Geschäftsbeziehung zu den abwickelnden Brokerhäusern erwachsen, hätte u.a. für das Konto ... eine Saldenbestätigung eingeholt werden müssen. Überdies habe dieses Konto sowie der vermeintlich darüber abgewickelte Handel massive Auffälligkeiten gezeigt, weshalb die Beklagte bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte feststellen müssen, dass es sich bei den vorgelegten Belegen um Fälschungen gehandelt habe und das Konto frei erfunden gewesen sei.
- 17 Für den hierdurch entstandenen Schaden hafte ihr die Beklagte aus dem zwischen dieser und der BaFin geschlossenen Vertrag über die Durchführung der Sonderprüfung nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Die Leistungsnähe ergebe sich aus dem konkreten Prüfauftrag. Das Ergebnis der Sonderprüfung habe die Beurteilung zugelassen, ob ein Entschädigungsfall anzunehmen ist. Durch die verspätete Feststellung eines Entschädigungsfalles drohe ihr regelmäßig ein Schaden. Zudem könne eine Sonderprüfung der BaFin für gewisse Zeit eine eigene Prüfung nach § 9 ESAEG entbehrlich machen. Sie sei schutzbedürftig und die BaFin habe ein konkretes Interesse an ihrer Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrages gehabt. Abgesehen davon, dass ihre Aufgaben und diejenigen der BaFin

ineinander griffen und sich ergänzten, komme der BaFin aufgrund der gesetzlichen Aufgaben eine Sachwalterstellung für ihre, der Klägerin, Vermögensinteressen zu. Dem stehe § 4 Abs. 4 FinDAG nicht entgegen, da der Schutz ihres Vermögens im öffentlichen Interesse liege. Das Einbeziehungsinteresse der BaFin sei für die Beklagte auch erkennbar gewesen, da es sich aus den gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere aus § 9 Abs. 1 Satz 4 Nr. 5 KWG sowie aus Ziff. 5.3 der Prüfungsrichtlinien ergebe, die der Beklagten bekannt gewesen seien. Dass dies für ihre Einbeziehung in den Schutzbereich ausreiche, folge aus der Notwendigkeit, die Grundsätze zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter richtlinienkonform, d.h. mit Blick auf die Einlagensicherungsrichtlinie (94/19/EG) sowie die Anlegerentschädigungsrichtlinie (97/9/EG) auszulegen. Zudem habe ein etwaiges Haftungsrisiko für die Beklagte bei der Vertragsgestaltung keine Rolle gespielt, denn obgleich § 4 Abs. 4 FinDAG die Haftung für Schäden des zu prüfenden Instituts nicht ausschließe und die Europarechts- und Verfassungskonformität der Vorschrift streitig gewesen sei, sei - was unstreitig ist - eine Haftungsbeschränkung nicht vereinbart worden.

18 Die Klägerin hat ferner den Standpunkt vertreten, selbst wenn man einen eigenen vertraglichen Anspruch verneine, könne sie aus abgetretenem Recht von der Beklagten Schadensersatz verlangen, da die BaFin den ihr, der Klägerin, entstehenden Schaden im Wege der Drittschadensliquidation geltend machen könne. Das Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz habe die Einlagensicherungsrichtlinie und die Anlegerentschädigungsrichtlinie umgesetzt und dadurch dazu geführt, dass § 4 Abs. 4 FinDAG als mit Europarecht vereinbar anzusehen sei. Durch dieses Gesetz sei folglich das Haftungsrisiko von der - sonst nach Amtshaftungsgrundsätzen haftenden - BaFin auf die Entschädigungseinrichtungen gem. § 6 ESAEG verlagert worden. Dies sei eine neue, der obligatorischen Gefahrentlastung vergleichbare und anzuerkennende Fallgruppe der Drittschadensliquidation.

19 Die Klägerin hat beantragt,

20 festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr den Schaden zu ersetzen, der dadurch entstanden ist, dass die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht aufgrund der fehlerhaften Sonderprüfung den Entschädigungsfall bei der P. K. GmbH nicht spätestens am 29.05.2003, sondern erst am 15.03.2005 festgestellt hat.

21 Die Beklagte hat beantragt,

22 die Klage abzuweisen.

23 Die Beklagte hat sich auf Verjährung berufen, die Einrede gem. §§ 255, 273 BGB erhoben und die Auffassung vertreten, die Feststellungsklage sei mangels Feststellungsinteresse bereits unzulässig, weil ein Schaden - und dabei insbesondere eine Entschädigungspflicht nach §§ 3, 4 ESAEG - nicht ersichtlich sei und der Vorrang der Leistungsklage eingreife.

24 Die Klage sei überdies unbegründet. Der Vertrag über die Durchführung der Sonderprüfung bei P. entfalte keine Schutzwirkung zugunsten der Klägerin, da diese nicht in den Schutzbereich einbezogen sei. Es fehle an der Leistungsnähe ebenso wie am Schutzbedürfnis, dem Einbeziehungsinteresse, der Erkennbarkeit der für die Einbeziehung maßgebenden Umstände und schließlich auch am Einbeziehungswillen. Die Beklagte sei keinesfalls bereit gewesen, ein unkalkulierbares Haftungsrisiko zu übernehmen. Dieses Ergebnis werde durch § 4 Abs. 4 FinDAG bestätigt, denn wenn danach die Anleger und die nach § 8 ESAEG zur Finanzierung der Entschädigung verpflichteten Institute nicht vom Schutzbereich des Vertrages erfasst würden, habe dies für die Klägerin, die letztlich die Anlegerschäden im Wege der Beitragserhebung auf die ihr zugeordneten Institute umlege und daher weniger schutzbedürftig sei, erst recht zu gelten. Hinzu komme, dass der Sonderprüfungsbericht der Klägerin nicht als Entscheidungsgrundlage für Vermögensdispositionen habe dienen sollen, für sie, die Beklagte, die Weitergabe des Prüfungsberichts an die Klägerin nicht erkennbar gewesen sei und der BaFin gerade keine Sachwalterstellung gegenüber der Klägerin zukomme, da das Gesetz dieser ausreichende eigene

Kontrollbefugnisse einräume. Letztlich könne es im Ergebnis auch keinen Unterschied machen, ob die BaFin selbst prüfe oder die Durchführung einem anderen übertrage. Eine Haftung der Beklagten liefe der in § 4 Abs. 4 FinDAG zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertentscheidung zuwider. Europarecht sei nicht zu berücksichtigen, weil es sich um eine Frage der Vertragsauslegung handele.

- 25 Im Wege der Drittschadensliquidation könne Schadensersatz ebenfalls nicht verlangt werden. Bei der BaFin sei der Eintritt eines Schadens wegen § 4 Abs. 4 FinDAG von vornherein ausgeschlossen und die Klägerin selbst erleide keinen Schaden, da die Entschädigung für Schäden der Anleger gezahlt werde und die Klägerin die hierfür entstehenden Kosten an die Institute weitergebe. Zudem bestehe kein Rechtsverhältnis, aufgrund dessen ein typischerweise bei der BaFin entstehender Schaden auf die Klägerin verlagert werden könne.
- 26 Im Übrigen falle ihr keine Verletzung vertraglicher Pflichten zur Last. Der Auftrag habe lediglich eine routinemäßige, auf Teilbereiche beschränkte und nicht auf die Klärung der Voraussetzungen des Entschädigungsfalles gerichtete Sonderprüfung zum Gegenstand gehabt. Die von der Klägerin angeführten Prüfungsstandards fänden keine Anwendung. Die ordnungsgemäße Erfüllung des Auftrages habe nicht erfordert, Saldenbestätigungen einzuholen, denn es habe weder der Existenz- oder Bestandsprüfung noch der Bewertung des Treuhandvermögens bedurft. Mit einem - ohnehin nicht ersichtlichen - Schaden der Klägerin bestünde überdies kein Ursachenzusammenhang, denn die BaFin habe bereits auf die im Prüfbericht enthaltenen Warnhinweise nicht reagiert und wäre auch bei weiteren Hinweisen untätig geblieben.
- 27 Zudem hat die Beklagte die Ansicht vertreten, es fehle am Pflichtwidrigkeitszusammenhang, weil der Zweck des Auftrages zur Durchführung der auf Teilbereiche beschränkten Routineprüfung nicht die Pflicht beinhaltet habe, die Klägerin vor möglichen Folgen kriminellen Handelns zu schützen. Jedenfalls sei der Zurechnungszusammenhang in mehrfacher Weise unterbrochen, denn die BaFin habe trotz der deutlichen Hinweise im Prüfungsbericht keine Maßnahmen ergriffen und ebenso wenig wie die Klägerin eine gebotene weitergehende Prüfung veranlasst; vielmehr hätten BaFin und Klägerin dem kurze Zeit nach dem Sonderprüfungsbericht vorgelegten Bericht des Wirtschaftsprüfers Dr. P. über die Prüfung des Jahresabschlusses zum 31.12.2002 vertraut.
- 28 Letztlich falle ihr kein Verschulden, der BaFin und der Klägerin aber durch deren Untätigkeit jedenfalls ein so weitgehendes Mitverschulden zur Last, dass ein Schadensersatzanspruch insgesamt entfalle.
- 29 Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen H. und M. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 13.06.2007 (Bl. 228ff d. A.) Bezug genommen.

### III.

- 30 Mit Urteil vom 01.08.2007 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Ein eigener vertraglicher Schadensersatzanspruch unter dem Gesichtspunkt des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter stehe der Klägerin nicht zu. Da deren Einbeziehung das Haftungsrisiko der Beklagten unkalkulierbar erhöhe und es nicht der Zweck des Vertrages über die Durchführung der Sonderprüfung gewesen sei, die Klägerin - durch Übersendung des Prüfberichts - mit der Prüfungsleistung in Berührung zu bringen, könne ein Einbeziehungswille der Beklagten nicht angenommen werden. Ein Anspruch aus abgetretenem Recht scheide aus, weil der BaFin selbst kein Schaden entstanden sei und die Voraussetzungen der Drittschadensliquidation nicht vorlägen. Weder sei eine der anerkannten Fallgruppen einschlägig, noch bestehe eine vergleichbare Interessenlage.
- 31 Das landgerichtliche Urteil, auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird (vgl. Bl. 324ff d.A.), ist der Klägerin am 02.08.2007 zugestellt worden. Sie hat mit am Folgetag bei Gericht eingegangenen Schriftsatz vom 23.08.2007 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 13.11.2007 mit am 13.11.2007 eingegangenen Schriftsatz vom

07.11.2007 begründet. Mit Schriftsatz vom 06.11.2007 haben die Nebenintervenientinnen erklärt, dem Rechtsstreit auf Seiten der Klägerin beizutreten.

#### IV.

32 Die Klägerin ist der Auffassung, die Beitritte seien unzulässig. Die Streithelferinnen hätten angesichts der Unabhängigkeit der Beitragspflicht gem. § 8 ESAEG vom vorliegenden Verfahren und der fehlenden Bindungswirkung in einem nachfolgenden Verwaltungsprozess lediglich ein rein wirtschaftliches, nicht aber ein rechtliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreits. Überdies seien die Beitritte offensichtlich rechtsmissbräuchlich. Diese hätten nur den Zweck, sie in ihrer Aufgabenwahrnehmung zu behindern und sich Informationen zu beschaffen. Hierzu behauptet die Klägerin - was unstreitig ist -, Auszüge ihrer Schriftsätze seien bereits veröffentlicht und in anderen Verfahren eingeführt worden.

33 Die Klägerin beantragt,

34 den Beitritt der Nebenintervenientinnen 1. - 3. als unzulässig zurückzuweisen.

35 Die Nebenintervenientinnen beantragen,

36 die Nebenintervention zuzulassen.

37 Die Nebenintervenientinnen sind der Auffassung, das Interventionsinteresse sei gegeben, weil nach der gesetzlichen Konzeption der Betrag, der nicht von der Beklagten getragen werde, von den Instituten aufgebracht werden müsse, die der Klägerin zugeordnet seien, mithin auch von ihnen. Rechtsmissbräuchlich seien die Beitritte nicht, weil ihnen an der Reduzierung der (Sonder-) beitragsbelastung gelegen sei.

#### V.

38 In der Sache selbst wiederholt und vertieft die Klägerin ihr erstinstanzliches Vorbringen, insbesondere auch zum Einfluss des Europarechts.

39 Ergänzend trägt sie vor, sie und die BaFin hätten den Sonderprüfungsbericht nicht nur gelesen, vielmehr habe die BaFin der P. die festgestellten Mängel mit Schreiben vom 24.06.2003 vorgehalten. Soweit die Beklagte Unstimmigkeiten bei P. aufgezeigt habe, hätten sich diese im Sonderprüfungsbericht nicht als gravierende Missstände, sondern als Marginalien dargestellt, so dass man aus dem Umstand, dass diesen gegebenenfalls nicht weiter nachgegangen worden sei, nicht ableiten könne, auch bei Nichtvorlage angeforderter Saldenbestätigungen betreffend das Treuhandvermögen wären keine Nachforschungen erfolgt. Ferner habe die BaFin die Durchsetzung der Verfügung vom 21.03.2000 betrieben, jedoch habe diese weitgehend feststellenden Charakter gehabt. P. hätten deshalb keine konkreten Maßnahmen vorgegeben werden können, weshalb eine zeitaufwendige, bis zur Insolvenz von P. noch nicht abgeschlossene Korrespondenz habe geführt werden müssen. Aber selbst bei Durchsetzung des Bescheids wäre der Betrug nicht aufgefallen, weil P. den Sachverhalt durch gefälschte Saldenbestätigungen weiterhin hätte verschleiern können.

40 Die Klägerin ist der Ansicht, der Bundesgesetzgeber würde unangemessen in seinem Wahlrecht nach Art. 87 GG eingeschränkt, wenn man ihre Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrages verneinte, da dann die Trennung von Aufsicht und Entschädigungseinrichtung künftig praktisch nicht mehr aufrechterhalten werden könne. Dass die Sonderprüfung auch gezielt ihrem Interesse habe dienen sollen, ergebe sich aus dem Schutzauftrag der BaFin gegenüber der Klägerin, der in zahlreichen gesetzlichen Bestimmungen zum Ausdruck komme. Der Einbeziehungswille folge bereits aus der Erkennbarkeit von Leistungsnähe, Schutzbedürfnis und Schutzinteresse. Selbst wenn man mit dem Landgericht noch darüber hinausgehende Anforderungen stelle, stehe das Haftungsrisiko der Beklagten dem Einbeziehungswillen nicht entgegen. Die im Urteil herangezogene Rechtsprechung zur Haftung von Jahresabschlussprüfern sei angesichts der Unterschiede von Jahresabschlussprüfungen und

Sonderprüfungen in Zweck, Umfang, Adressatenkreis und Kompetenzen des Prüfenden nicht übertragbar. Das Haftungsrisiko habe die Beklagte in seiner Höhe anhand der vorhandenen Kundengelder und der in der Vergangenheit eingetretenen Wertzuwächse abschätzen können. Das Risiko sei damit kalkulierbar, versicherbar und nicht existenzgefährdend gewesen. § 4 Abs. 4 FinDAG spreche nicht gegen eine Dritthaftung der Beklagten, da diese als Verwaltungshelfer tätig geworden sei und solchen die haftungsausschließende Wirkung nach Sinn und Zweck der Vorschrift nicht zugute komme. Die Dritthaftung sei vielmehr zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Prüfung geboten, weil anderenfalls die Beklagte lediglich bei Rüge vermeintlicher Missstände ein Haftungsrisiko einginge, da in diesem Fall Schäden des geprüften Unternehmens drohten, niemals aber dann, wenn sie gegebene Missstände übersehe. Dass sie aber für ihre Fehler einstehen müsse, entspreche Treu und Glauben, denn es habe ihr frei gestanden, den Auftrag gar nicht oder nur zu bestimmten Bedingungen zu übernehmen.

- 41 Auch die Voraussetzungen der Drittschadensliquidation lägen vor. Die erforderliche Sonderbeziehung zwischen ihr und der BaFin werde durch § 4 Abs. 4 FinDAG und die Anlegerentschädigungsrichtlinie vermittelt. Die Zufälligkeit der Schadensverlagerung folge aus dem durch Art. 87 GG gegebenen Recht, zwischen verschiedenen Organisationsformen zu wählen. Entgegen der Auffassung der Beklagten trete der Schaden durch den Entschädigungsfall auch nicht bei den Anlegern, sondern originär bei ihr ein. Mit der Feststellung des Entschädigungsfalles werde die Forderung des Anlegers gegen das Institut durch eine Forderung gegen die Entschädigungseinrichtung ersetzt.
- 42 Im Übrigen sei die Konstellation nicht nur der Fallgruppe der obligatorischen Gefahrentlastung vergleichbar, sondern auch derjenigen der mittelbaren Stellvertretung, der Obhut für fremde Sachen und der Treuhandverhältnisse.
- 43 Die Streithelferinnen schließen sich dem Vortrag der Klägerin grundsätzlich an. Sie verweisen zudem auf die Schutzbedürftigkeit der der Klägerin zugewiesenen Institute, die letztlich ohne Einwirkungs- und Versicherungsmöglichkeit die mit den Entschädigungsfällen verbundenen Kosten zu tragen hätten und daher auf eine ordnungsgemäße Prüfung existenziell angewiesen seien. Es sei wesensmäßiger Zweck der Sonderprüfung gewesen, das Risiko eines Entschädigungsfalles auch im Interesse der Klägerin zu ermitteln.
- 44 Sie vertreten die Ansicht, die BaFin habe einen eigenen Schaden, da diese gegenüber der Klägerin aus Geschäftsführung ohne Auftrag hafte. Jedenfalls aber seien die Voraussetzungen der Drittschadensliquidation gegeben. Die Möglichkeit der Klägerin, die Kosten an die ihr zugeordneten Institute weiterzuleiten, lasse den Schaden unberührt und dieser werde auch zufällig verlagert. Zufall sei sowohl die organisatorische Trennung zwischen Klägerin und BaFin als auch der Umstand, dass die BaFin und nicht die Klägerin die Prüfung der Phoenix veranlasst habe.
- 45 Die Klägerin und die Nebenintervenientinnen beantragen,
- 46 1. das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 01.08.2007, Az.: 27 O 4/07, abzuändern;
- 47 2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr dadurch entstanden ist, dass die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht aufgrund der fehlerhaften Sonderprüfung der Beklagten den Entschädigungsfall bei der P. K. GmbH nicht spätestens am 29.05.2003, sondern erst am 15.03.2005 festgestellt hat;
- 48 hilfsweise,
- 49 das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 01.08.2007, Az. 27 O 4/07, aufzuheben und den Rechtsstreit an das Landgericht Stuttgart zurückzuverweisen.
- 50 Die Beklagte beantragt,

- 51 die Berufung zurückzuweisen.
- 52 Sie greift ihr erstinstanzliches Vorbringen auf und trägt vor, auch die - nicht geschuldete - Einholung von Saldenbestätigungen hätte nicht zur Aufdeckung eines etwaigen Betruges geführt, da ihr in diesem Falle - ebenso wie dem Abschlussprüfer Dr. P. - nicht als solche erkennbare Fälschungen zugeleitet worden wären. Selbst wenn angeforderte Saldenbestätigungen überhaupt nicht vorgelegt worden wären, hätte dies die BaFin und die Klägerin nicht dazu veranlasst, der Angelegenheit weiter nachzugehen.
- 53 Im Übrigen sei der Zurechnungszusammenhang jedenfalls deswegen unterbrochen, weil die BaFin es versäumt habe, die Verfügung vom 21.03.2000 durchzusetzen. Hätte sie den Verstoß von P. gegen § 34a WpHG ausgeräumt, wären die unlauteren Machenschaften bei P. aufgedeckt worden, zumindest hätte den Neuanlegern ein werthaltiges Aussonderungsrecht gem. § 47 InsO zugestanden.
- 54 Des weiteren vertritt die Beklagte die Ansicht, durch Nr. 7 AAB IDW und die Mitteilung der BaFin, das Ergebnis der Prüfung der P. bekannt zu geben, sei mit der BaFin vereinbart worden, dass weder die Klägerin noch sonstige Dritte durch den Vertrag geschützt werden sollten.
- 55 Entgegen der Ansicht der Klägerin sei das - durchaus existenzgefährdende - Haftungsrisiko nicht erkennbar gewesen, da es von zukünftigen Umständen, nämlich der Entwicklung des Bestandes der Anlegergelder nach Durchführung der Sonderprüfung abgehangen habe. Mangels Kalkulierbarkeit habe man das Risiko auch nicht versichern können. Bis 2005 seien sog. Einzelversicherungspolice für haftungsträchtige Mandate nach ihrer Kenntnis nur bis zu einer Versicherungssumme von 50 Mio. EUR angeboten worden und dies zu einem Preis von ca. 200.000 EUR zuzüglich Versicherungssteuer. Der Abschluss einer solchen Versicherung hätte ihre Vergütung in Höhe von - unstreitig - 117.132,99 EUR netto vervielfacht.
- 56 Die für die Drittschadensliquidation erforderliche Verlagerung eines Schadens erfolge allenfalls von den Anlegern, nicht jedoch von der BaFin auf die Klägerin. Wenn die BaFin Anlegerschäden nicht liquidieren könne, ändere sich daran auch nichts, wenn die Klägerin die Anleger entschädige. Es entspreche nach der gesetzlichen Systematik dem Willen des Gesetzgebers, dass nicht die BaFin, sondern die Klägerin die Anlegerschäden liquidiere und zwar durch Umlage auf die ihr zugeordneten Institute. Letztere seien daher die endgültig Geschädigten. Entgegen der Ansicht der Klägerin könne sie sich als Erfüllungsgehilfin wie die BaFin auf § 4 Abs. 4 FinDAG berufen.
- 57 Für den weiteren Vortrag der Parteien und Nebenintervenientinnen wird auf deren Schriftsätze sowie die protokollierten Erklärungen verwiesen.

## Entscheidungsgründe

### B.

- 58 Die Nebeninterventionen waren zuzulassen (I.), die Berufung war zurückzuweisen (II.).

### I.

- 59 Die Beitritte der Nebenintervenientinnen waren gem. § 71 ZPO im Wege des Zwischenurteils, das mit dem Endurteil verbunden werden konnte (BGH NJW 82, 2070), zuzulassen.
- 60 Der zulässige Antrag der Klägerin auf Zurückweisung der Nebeninterventionen ist unbegründet, da die persönlichen Prozesshandlungsvoraussetzungen der Beigetretenen ebenso vorliegen wie die besonderen Voraussetzungen der Nebenintervention. Die Nebenintervenientinnen haben ein rechtliches Interesse am Obsiegen der Klägerin (vgl. 1.), der Beitritt ist auch nicht rechtsmissbräuchlich (vgl. 2.).

61

1. Das von § 66 Abs. 1 ZPO geforderte rechtliche Interesse am Obsiegen einer Partei ist anzunehmen,

wenn die Entscheidung des Rechtsstreits durch Inhalt oder Vollstreckung mittelbar oder unmittelbar auf die privat- oder öffentlich-rechtlichen Verhältnisse des Beitretenden rechtlich günstig oder ungünstig einwirkt (Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 66 Rn. 8).

- 62 Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Entgegen der Ansicht der Klägerin haben die Nebenintervenientinnen nicht nur ein - für § 66 Abs. 1 ZPO nicht genügendes - rein wirtschaftliches Interesse, weil Schadensersatzleistungen der Beklagten lediglich den durch Jahres- und Sonderbeiträge gem. § 8 Abs. 2 ESAEG zu deckenden Bedarf der Klägerin minderten, indessen die öffentlich-rechtlichen Beitragsverpflichtungen der Streithelferinnen gemäß § 8 ESAEG unabhängig vom vorliegenden Verfahren entstünden und nur in ihrer Höhe von einer Schadensersatzleistung der Beklagten beeinflusst werden könnten.
- 63 Die Entscheidung des Rechtsstreits beeinflusst vielmehr die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen der Nebenintervenientinnen.
- 64 Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 ESAEG werden die Mittel für die Durchführung der Entschädigung durch Beiträge der Institute erbracht. Diese sind verpflichtet, an die Entschädigungseinrichtung, der sie zugeordnet sind, Beiträge zu entrichten, die u.a. die Ansprüche gegen die Entschädigungseinrichtungen decken (§ 8 Abs. 1 Satz 3 ESAEG). Hierzu sind zum einen Jahresbeiträge vorgesehen, zum anderen Sonderbeiträge. Letztere hat die Entschädigungseinrichtung zu erheben, wenn dies zur Durchführung des Entschädigungsverfahrens erforderlich ist (§ 8 Abs. 2 ESAEG). Bei den Sonderbeiträgen handelt es sich, ebenso wie bei den Jahresbeiträgen um Sonderabgaben mit Finanzierungszweck, für deren Erhebung ein Bedürfnis bestehen muss (vgl. zu den Jahresbeiträgen BVerwG NJW 2004, 3198 (3200)). Angesichts der verfassungsrechtlichen Vorgaben ist die Bestimmung des § 8 Abs. 2 Satz 4 ESAEG mithin nicht nur als Verpflichtung zu sehen, Sonderbeiträge zu erheben, wenn das Entschädigungsverfahren dies erfordert, sondern zugleich als eine Begrenzung dahingehend, dass Sonderbeiträge dann nicht erhoben werden dürfen, wenn dies nicht notwendig ist. Danach hängt die Verpflichtung zur (Sonder-)Beitragszahlung gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 ESAEG nach Grund und Höhe davon ab, ob Sonderbeiträge zur Durchführung des Entschädigungsverfahrens benötigt werden. Diese wären dann nicht oder nur in geringerem Maße erforderlich, wenn die Klägerin von der Beklagten Schadensersatz erlangen könnte. Dies lässt sich auch nicht mit der Überlegung in Frage stellen, dass die Institute selbst im Falle der Haftung der Beklagten zu Sonderbeitragszahlungen herangezogen werden müssen, wenn die Zahlung der Beklagten zu spät erfolgt. In diesem Falle stehen Rückerstattungsforderungen der Institute im Raum, denn es dürfte rechtlich nicht möglich sein, die ursprünglich rechtmäßig erhobenen, aber letztlich für das Entschädigungsverfahren nicht erforderlichen Sonderbeiträge für künftige Entschädigungsfälle und den allgemeinen Verwaltungsaufwand zurückzubehalten. Dies folgt aus der Diskrepanz des durchschnittlichen Bedarfs der Klägerin einerseits und dem Volumen der im Fall P. drohenden Sonderbeiträge andererseits. Die Klägerin hat nach ihren eigenen - bestrittenen - Angaben in der Klageschrift seit 1998 16 Entschädigungsfälle mit Entschädigungszahlungen von (nur) rund 13 Mio. EUR abgewickelt. Demgegenüber erweisen sich die angeforderten und noch zu erwartenden Sonderzahlungen im Vergleich zu den Jahresbeiträgen als exorbitant hoch. So hatte die Streithelferin Ziffer 1 2007 einen Jahresbeitrag von 10.336,94 EUR zu erbringen (Bl. 412 d.A.) und sieht sich nunmehr alleine im ersten Verfahrensabschnitt der Sonderbeitragshebungen einer Forderung von 68.300 EUR ausgesetzt.
- 65 Wenn die Klägerin mit Blick auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 16.06.1993 (VIII ZR 222/92 - NJW 1993, 2539) meint, die Interventionswirkung nach §§ 74, 68 ZPO könne nicht eintreten, da für das Verfahren über die Verpflichtung zur Zahlung der Sonderbeiträge der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sei, ist anzumerken, dass für ein rechtliches Interesse nicht erforderlich ist, dass die Urteilswirkungen im Hauptprozess auf das Rechtsverhältnis des Dritten zu einer der Hauptparteien verbindlich einwirken. Der Dritte muss nur die Gefahr einer erschwerten Prozessführung im Hinblick auf

sein Rechtsverhältnis abwenden können, wofür es beispielsweise ausreicht, wenn bei Unterliegen der Hauptpartei der Dritte selbst befürchten muss, anstatt des bisherigen Beklagten oder neben diesem in Anspruch genommen zu werden (h.M., z.B. Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 66 Rn. 14a). Vor allem lässt dieser Ansatz der Klägerin aber unberücksichtigt, dass im Verwaltungsprozess zu prüfen ist, ob die Durchführung der Entschädigung die Erhebung von Sonderbeiträgen erfordert. Auch wenn die Entscheidung des hiesigen Rechtsstreits im Verhältnis der Klägerin zu den Beigetretenen nicht in Rechtskraft erwächst und keine Interventionswirkung eintritt, also das Verwaltungsgericht insoweit nicht gebunden ist, hat dieses bei der entscheidenden Frage, ob sich die Klägerin bei der Beklagten schadlos halten kann, die Entscheidung im hiesigen Verfahren zu Grunde zu legen, denn zwischen der Klägerin und der Beklagten wird rechtskräftig festgestellt, ob ein Schadensersatzanspruch besteht oder nicht. Die Wirkung, die der Entscheidung des hiesigen Rechtsstreits zukommt, ähnelt daher im Kern einer Tatbestandswirkung des Urteils. In diesem Falle muss sich zwar das Interesse des Dritten gerade auf die Entscheidung eines materiellen Rechtsverhältnisses beziehen, an dem der Dritte beteiligt ist, jedoch genügt eine mittelbare Beteiligung, die bereits anzunehmen ist, wenn die rechtskräftige Klärung des Rechtsverhältnisses zwischen den Hauptparteien die Gefahr einer erschwerten Prozessführung für den Dritten begründet (vgl. Stein/Jonas/Bork, a.a.O. Rn. 21, 23).

- 66 Die Prozessführung ist im Falle der Klagabweisung für die Streithelfer insofern erschwert als im nachfolgenden Verwaltungsrechtsstreit der Vortrag, ein Bedarf für die Erhebung von Sonderbeiträgen sei gar nicht oder nur in geringerem Umfang gegeben, weil die Klägerin von der Beklagten Schadensersatz verlangen könne, ohne jede Bedeutung wäre, da zwischen den Parteien des hiesigen Rechtsstreits rechtskräftig geklärt wäre, dass ein solcher Anspruch nicht besteht.
- 67 Die Annahme des ohnehin weit auszulegenden rechtlichen Interesses entspricht auch dem Sinn und Zweck der Nebenintervention, die dem Dritten ermöglichen soll, seine Rechte, die durch ein Streitverfahren zwischen anderen Personen berührt sein können, umfassend wahrzunehmen (BGH NJW 2006, 773). Wollte man vorliegend das Beitrittsrecht verneinen, hätte dies zur Folge, dass die Beigetretenen ihre Rechte im Grunde gar nicht vertreten könnten, denn im Verwaltungsrechtsstreit käme - wie gezeigt - jegliche Interessenwahrnehmung hinsichtlich der Frage der Erforderlichkeit der Sonderbeiträge zu spät.
- 68 2. Die Beitritte sind auch nicht rechtsmissbräuchlich. Dass diese - wie die Klägerin annimmt - nur den Zweck hätten, Informationen aus dem hiesigen Prozess zu gewinnen, die die Klägerin bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen Entschädigungsaufgabe zu behindern und das Entschädigungsverfahren im Fall P. zu obstruieren, kann nicht festgestellt werden. Weder die auszugsweise Veröffentlichung von Schriftsätzen der Klägerin und deren Verwendung in anderen Verfahren noch - nach Meinung der Klägerin - rechtlich neben der Sache liegende und teilweise im Widerspruch zur Hauptpartei stehende Ausführungen lassen den Schluss zu, es komme den Streithelferinnen nicht darauf an, im Wege des Beitritts ihre Rechte zu wahren. Da zwischen der Klägerin, der an der baldigen Durchsetzung der Sonderbeiträge gelegen ist, und den Beigetretenen, die möglichst nichts zahlen wollen, zwangsläufig Interessengegensätze bestehen, ist es unumgänglich und hinzunehmen, dass diese Gegensätze außerhalb und - in den von § 67 ZPO gesetzten Grenzen - auch innerhalb des vorliegenden Prozesses ausgelebt werden.
- 69 Im Übrigen liegt ein Rechtsmissbrauch besonders fern, weil das Interesse der Beigetretenen an der Haftung der Beklagten dasjenige der Klägerin noch übersteigen dürfte, denn diese sind es, die letztlich mit den Kosten des Entschädigungsverfahrens belastet werden.

## II.

- 70 Die Berufung der Klägerin war zurückzuweisen, da sie zulässig, aber unbegründet ist.

- 71 Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Dabei kann hinsichtlich der Zulässigkeit der Feststellungsklage dahinstehen, ob - was die Beklagte in erster Instanz in Frage gestellt, das

Landgericht allerdings aus guten Gründen angenommen hat - die erforderliche Schadenswahrscheinlichkeit gegeben ist und der Vorrang der Leistungsklage dem Feststellungsantrag nicht entgegensteht. Beide Erfordernisse stellen besondere Ausprägungen des Feststellungsinteresses dar, dessen Fehlen nicht am Erlass eines Sachurteils hindert, wenn - wie vorliegend - die Klage in der Sache selbst abweisungsreif ist (Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 256 Rn. 7 m.w.N.). Die Klägerin ist nicht berechtigt, Schadensersatz von der Beklagten zu verlangen. Ein Anspruch aus eigenem Recht steht ihr nicht zu, weil ein zwischen der BaFin und der Beklagten geschlossener Vertrag über die Durchführung der Sonderprüfung bei P. für sie keine Schutzwirkung entfaltet (hierzu 1.) und für einen deliktsrechtlichen Anspruch nichts vorgetragen ist. Ein Anspruch aus abgetretenem Recht scheidet daran, dass die zederte Forderung nicht besteht, weil die BaFin selbst keinen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte hat (hierzu 2.).

- 72 1. Aus der Rechtsbeziehung zwischen der Beklagten und der BaFin kann die Klägerin keine eigenen Rechte herleiten. Dabei bedarf es keiner Entscheidung, ob dieser Rechtsbeziehung ein privatrechtlicher Vertrag zugrunde liegt bzw. eine vertragliche Haftung gegenüber der Klägerin von vornherein durch analoge Anwendung des § 839a BGB ausgeschlossen ist, weil die Beklagte hier als „Sachverständige“ in einem Verwaltungsverfahren tätig wurde (für alleinige deliktische Haftung wohl Palandt, BGB, 67. Aufl., § 328 Rn. 34; offen gelassen in BGH, Urt. v. 26.06.2001 - X ZR 231/99 - Rn. 13, zitiert nach juris; eine analoge Anwendung des § 839a BGB ablehnend MüKo/Wagner, BGB, 4. Aufl., § 839a Rn. 14; siehe auch Staudinger/Wurm (2007), BGB, § 839a Rn. 35). Ebenso kann dahinstehen, ob der Beklagten eine Pflichtverletzung zur Last fällt. Selbst wenn ein privatrechtlicher Vertrag anzunehmen wäre, käme ein Anspruch der an dem Vertrag nicht beteiligten Klägerin vorliegend lediglich unter dem Gesichtspunkt des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Betracht. Einen solchen Drittschutz entfaltet der Vertrag über die Durchführung der Sonderprüfung für die Klägerin indessen nicht.
- 73 Als Ausnahme von dem Grundsatz, dass dem Schuldner Vertragspflichten nur gegenüber dem Gläubiger obliegen, setzt die Einbeziehung eines Dritten in vertragliche Pflichten voraus, dass diesem die Leistung nach dem Inhalt des Vertrages bestimmungsgemäß zugute kommen soll oder die Umstände des Einzelfalles ansonsten konkrete Anhaltspunkte für den Parteiwillen ergeben, dem Schutz- und Sicherheitsbedürfnis des Dritten Rechnung zu tragen (vgl. BGH, Urt. v. 30.03.1995 - II ZR 205/94 - Rn. 70 m.w.N., zitiert nach juris).
- 74 Beides ist nicht der Fall. Es mag dahinstehen, ob die Klägerin schutzbedürftig war und die BaFin Interesse an ihrer Einbeziehung hatte. Bereits die erforderliche Leistungsnähe ist zu verneinen (hierzu a)), jedenfalls scheitert eine Einbeziehung aber deshalb, weil die vorgenannten Merkmale für die Beklagte nicht erkennbar waren (hierzu b)) und es darüber hinaus am Einbeziehungswillen fehlte (hierzu c)).
- 75 a) Die Rechtsgüter der Klägerin wurden nach der objektiven Interessenlage im Einzelfall durch die Vertragsleistung der Beklagten mit Rücksicht auf den Vertragszweck nicht („bestimmungsgemäß, typischerweise“) beeinträchtigt (vgl. hierzu Zugehör, Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Aufl., Rn. 1647), die Klägerin kam mithin nicht „typischerweise“ (so MüKo/Gottwald, BGB, 5. Aufl., § 328 Rn. 120) bzw. „bestimmungsgemäß“ (so Staudinger/Jagmann, BGB, 2004, § 328 Rn. 98) mit der geschuldeten Leistung in Berührung.
- 76 Als bestimmungsgemäße Leistungsberührung kommt zum einen die behauptete Übersendung des Prüfberichts seitens der BaFin in Betracht (hierzu aa)), zum anderen der Umstand, dass der Gegenstand der Sonderprüfung - möglicherweise - zur Einschätzung der Gefahr des Eintritts des Entschädigungsfalles geeignet war (hierzu bb)). Beide Gesichtspunkte sind im Ergebnis nicht tragfähig.
- 77 aa) Zwar hat die Klägerin nach ihrem - bestrittenen - Vortrag, den Prüfbericht von der BaFin erhalten, für die Leistungsnähe ist aber erforderlich, dass durch die vertragliche Leistung die Rechtsgüter des Dritten

gefährdet werden können.

- 78 Eine der von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte hat Verträge zum Gegenstand, mit denen der Auftraggeber von einer anerkannt sachkundigen Person ein Gutachten bestellt, um davon gegenüber einem Dritten Gebrauch zu machen. Dabei kommt es für die Annahme einer Schutzwirkung wesentlich darauf an, dass die von Sachkunde geprägte Stellungnahme oder Begutachtung den Zweck hat, Vertrauen eines Dritten zu erwecken und - für den Sachkundigen hinreichend deutlich erkennbar - Grundlage einer Entscheidung mit wirtschaftlichen Folgen zu werden (BGH, Urteile vom 06.04.2006 - III ZR 256/04, NJW 2006, 1975).
- 79 Der vorliegende Sachverhalt ist dem nicht vergleichbar. Abgesehen davon, dass die BaFin die Prüfung nicht deshalb durchführen ließ, um der Klägerin den Prüfungsbericht zu übersenden, wollte die BaFin mit diesem bei der Klägerin kein Vertrauen erwecken und der Bericht sollte auch nicht Grundlage einer Entscheidung mit wirtschaftlichen Folgen werden. Die etwaige Übersendung des Berichts erfolgte im Rahmen der normalen Zusammenarbeit, sozusagen „mit der Bitte um Kenntnisnahme“ bzw. „zum dortigen Verbleib“. Der Klägerin stand allenfalls die Entscheidung offen, im Hinblick auf Ziffer 5.3 ihrer Prüfungsrichtlinien infolge der Sonderprüfung der BaFin auf weitere eigene Prüfungsmaßnahmen zu verzichten. Weitergehendes lag nicht in der Hand der Klägerin, insbesondere obliegt die Feststellung des Entschädigungsfalles gemäß § 5 Abs. 1 ESAEG der BaFin.
- 80 Wollte man - anders als der Senat - in der Übersendung des Prüfberichts dennoch eine ausreichende Leistungsberührung sehen, stellte sich des weiteren die Frage, ob diese nach dem Vertragszweck bestimmungsgemäß war. Dies ist zu verneinen, da der Auftrag der BaFin auf die Durchführung einer Sonderprüfung gemäß § 44 Abs. 1 Satz 2 KWG gerichtet war, er diene daher der Erfüllung eigener bankenaufsichtlicher Aufgaben der BaFin. Auch ohne Übersendung des Prüfberichts war die Leistung der Beklagten uneingeschränkt sinnvoll und weder hat die BaFin gegenüber der Beklagten vor Vertragsschluss erklärt, den Bericht der Klägerin zu übersenden, noch bestimmt eine gesetzliche Vorschrift, dass der Prüfbericht der Klägerin zu übersenden ist. Eine vertragstypische Leistungsberührung kann in der Weiterleitung des Berichts nicht allein deshalb gesehen werden, weil mit ihr aufgrund der Zusammenarbeit der Institutionen im Rahmen des ESAEG und des KWG, insbesondere wegen Ziff. 5.3 der Prüfungsrichtlinien zu rechnen war.
- 81 bb) Der zweite Ansatz zur Begründung der Leistungsnähe folgt aus der Formulierung der Prüfungsanordnung. Wenn der Gegenstand der Sonderprüfung so gewählt wurde, dass eine ordnungsgemäße Prüfung die Beurteilung zulässt, ob der Entschädigungsfall festzustellen ist - was die Klägerin behauptet und die Beklagte bestreitet -, ist ein Berührungspunkt insofern gegeben als etwaige Schäden aus einer verspäteten Feststellung des Entschädigungsfalles angesichts des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes einerseits und § 4 Abs. 4 FinDAG andererseits, nicht bei der BaFin, sondern stets bei der Klägerin eintreten. Jedoch ist die Klägerin auch insofern nicht unmittelbar betroffen als die BaFin in eigener Verantwortung beurteilt, ob der Entschädigungsfall eingetreten ist (vgl. § 5 Abs. 1 ESAEG). Wenngleich der Prüfbericht die maßgebliche Sachverhaltsgrundlage bilden dürfte, wird erst durch die Entscheidung der BaFin der Bezug zur Klägerin hergestellt. Dies genügt für die Bejahung der Leistungsnähe nicht.
- 82 b) Selbst wenn man die Schutzbedürftigkeit der Klägerin, das Einbeziehungsinteresse der BaFin und - entgegen der Auffassung des Senats - die Leistungsnähe unterstellt, ist eine Einbeziehung der Klägerin in den Schutzbereich des Vertrages abzulehnen. Die vorgenannten Umstände und damit der Kreis der geschützten Personen müssen für den Schuldner erkennbar sein. In dem Zeitpunkt, in dem sich der Schuldner vertraglich bindet, muss er das Haftungsrisiko übersehen, berechnen und versichern können. Nur unter dieser Voraussetzungen kann der vertragliche Schutz eines Dritten auch auf den Vertragswillen des Schuldners zurückgeführt werden (vgl. Zugehör, Handbuch der Anwaltschaftung, 2. Aufl., Rn. 1650). Wie weit diese Erkennbarkeit zu gehen hat, ist eine Frage des Einzelfalles und hängt von

der mit der Haftungserweiterung verbundenen Risikoerhöhung ab (vgl. hierzu Staudinger/Jagmann, BGB, 2004, § 328 Rn. 105). Bei Einbeziehung der Klägerin steigt das Haftungsrisiko der Beklagten in erheblicher und unkalkulierbarer Weise an (hierzu aa)). Vor diesem Hintergrund waren die Umstände, die auf eine Einbeziehung der Klägerin hindeuteten, für die Beklagte nicht hinreichend erkennbar (hierzu bb)).

- 83 aa) Das Haftungsrisiko der Beklagten gegenüber der BaFin war insoweit reduziert als sich die BaFin wegen § 4 Abs. 4 FinDAG keinen Amtshaftungsansprüchen der Anleger ausgesetzt sieht. Wenn die Klägerin einwendet, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses hätten - angesichts verschiedener Stimmen in der Literatur und der Vorlage des Bundesgerichtshofs an den Europäischen Gerichtshof in Sachen B.-Bank - Zweifel an der Vereinbarkeit des § 4 Abs. 4 FinDAG mit Verfassungs- und Europarecht bestanden, ist dem entgegenzuhalten, dass die Beklagte bis zu einer anderweitigen Entscheidung - ebenso wie die BaFin - davon ausgehen durfte, dass die in Kraft gesetzte Regelung auch zur Anwendung kommt, was sich letztlich auch bestätigt hat.
- 84 Es drohten der BaFin daher nur Ansprüche der P.. Dieses Risiko ist aber im Vergleich zur Haftung für Anlegerschäden überschaubar. Die Schadensersatzpflicht wird in diesen Fällen regelmäßig dadurch ausgelöst, dass der die Sonderprüfung Durchführende zu Unrecht Mängel feststellt und dies behördliche Maßnahmen nach sich zieht. Zutreffend weist die Beklagte darauf hin, dass in diesen Fällen eine Schadensvermeidung oder -begrenzung häufig dadurch möglich sein dürfte, dass das Institut gegen die Maßnahmen vorgeht. Hinzu kommt, dass sich der mit der Durchführung der Prüfung Betraute über die Berechtigung einer Beanstandung gezielt ein zweites Mal vergewissern kann, während dem „Übersehen“ von Missständen, das regelmäßig Auslöser von Anlegerschäden ist, nicht durch eine punktuell begrenzte zweite Prüfung begegnet werden kann.
- 85 Bei Einbeziehung der Klägerin hätte sich das Haftungsrisiko der Beklagten in elementarer Weise erhöht. Selbst wenn man die Zweifel hinsichtlich der Wirksamkeit oder Anwendbarkeit des § 4 Abs. 4 FinDAG in Rechnung stellen wollte, hätte sich die „eventuelle“ Haftung in eine sichere Haftung gewandelt, was dem Risiko eine andere Dimension verleiht.
- 86 Der der Klägerin drohende Schaden lag nicht nur im Millionenbereich, er war vor allem höhenmäßig unbegrenzt, d.h. bei Vertragsschluss unkalkulierbar, da er von der Geschäftstätigkeit der P. nach Abschluss der Sonderprüfung abhing. Wenn die Klägerin dennoch meint, die Beklagte habe ihr Haftungsrisiko kalkulieren können, weil hierfür die zum Prüfungstichtag vorhandenen Kundengelder einerseits und die Wertzuwächse in der Vergangenheit andererseits eine hinreichende Grundlage böten, ist das nicht richtig. Das Haftungsrisiko bestimmte sich danach, in welchem Umfang nach § 3 ESAEG entschädigungsberechtigte Anleger zeitlich nach der Prüfung Gelder anlegten. Das aber hängt von zahlreichen Determinanten ab. Selbst wenn man im schnelllebigen Finanzgeschäft die Ergebnisse früherer Jahre als hinreichend valide ansähe, um als Basis tragfähiger Prognosen zu dienen, lässt die Klägerin außer Acht, dass es für die Höhe des Schadens maßgeblich darauf ankam, wie lange es P. gelingen würde, das Betrugssystem aufrecht zu erhalten. Dieser Zeitfaktor war für die Beklagte nicht abzuschätzen.
- 87 Ob das Haftungsrisiko versicherungsfähig gewesen wäre, ist zwischen den Parteien ebenso streitig wie die Frage, ob eine etwaige Haftung die Beklagte in existenzielle Nöte bringen würde. Jedenfalls war das Haftungsrisiko in massiver Weise erhöht und eine etwaige Versicherung wäre mit beträchtlichen Kosten verbunden gewesen.
- 88 bb) Von der Erkennbarkeit der Einbeziehung der Klägerin kann bei einer Gesamtschau der Umstände auch dann nicht ausgegangen werden, wenn man zugrunde legt, dass sich die Beklagte als große Wirtschaftsprüfungsgesellschaft durch die für sie handelnden Personen mit den Bestimmungen über die zuständigen Stellen, deren Aufgaben und Zusammenarbeit auskennen muss. Es reicht nicht aus, dass

die Beklagte die objektiven Umstände der Einbeziehung erst durch intensive Überlegungen zum Zusammenspiel verschiedener Normen errahnen bzw. erraten kann. Zu mehr war aber die Beklagte nicht in der Lage.

- 89 Mit der Sonderprüfung gem. § 44 Abs. 1 Satz 2 KWG hat die BaFin von ihren Befugnissen im Rahmen der Bankenaufsicht Gebrauch gemacht und damit primär ihre eigene Aufsichtsaufgabe gegenüber P. wahrgenommen. Die Aufgabe der Bankenaufsicht ist umfassender als der Tätigkeitsbereich der Klägerin und so zielen die Sachverhaltsermittlungsrechte nach §§ 44 bis 44c KWG allgemein darauf ab, etwaige Verstöße gegen Vorschriften und Anweisungen festzustellen sowie Tatsachen und Entwicklungen zu ermitteln, die für die Beaufsichtigung der Institute von Bedeutung sind (BFS/Braun, KWG, 2. Aufl. § 44 Rn. 2). Nicht jede Maßnahme nach § 44 Abs. 1 Satz 2 KWG hat den Zweck, das Risiko des Eintritts eines Entschädigungsfalles abzuklären und dementsprechend weist nicht jede Sonderprüfung einen Bezug zur Klägerin auf. Mögen die Ergebnisse der Sonderprüfung gegebenenfalls die Beurteilung zugelassen haben, ob bzw. inwieweit die Gefahr des Eintritts des Entschädigungsfalles gegeben ist, war dem Wortlaut der Prüfungsanordnung jedenfalls nicht zu entnehmen, dass diese Einschätzung ein Hauptziel der Maßnahme sein sollte und nicht nur ein beiläufig eintretender Nebeneffekt.
- 90 Die weiteren Umstände der Auftragserteilung ließen ebenfalls keine entsprechenden Rückschlüsse zu. Die Prüfungsanordnung gegenüber P. enthielt den Hinweis, es handele sich um eine Routineprüfung ohne besonderen Anlass. Die BaFin schloss bei der Auftragserteilung zwar zwei andere Bestimmungen der AAB IDW aus, nicht aber Nr. 7 Abs. 1 - in der die Weitergabe des Prüfungsergebnisses an Dritte von der Zustimmung der Beklagten abhängig gemacht wird - und es ist nicht vorgetragen, dass die Klägerin im Zusammenhang mit dem Prüfauftrag jemals Erwähnung fand.
- 91 Auch mit dem Argument, dass der BaFin nicht nur die Bankenaufsicht obliegt, sondern ihr nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz insbesondere die Aufsicht über die Entschädigungseinrichtungen und die Feststellung des Entschädigungsfalles zukommt, lässt sich die gebotene Erkennbarkeit der Einbeziehung der Klägerin in den Schutzbereich des Prüfauftrages nicht annehmen. Abgesehen davon, dass Bankenaufsicht und Anlegerentschädigung unterschiedliche Tätigkeitsbereiche darstellen, ist der BaFin auch im letzteren Bereich nicht die vorrangige Funktion zugewiesen, für die Klägerin „fürsorgerisch“ tätig zu werden. § 9 ESAEG räumt den Entschädigungseinrichtungen zur Einschätzung der Gefahr eines Entschädigungsfalles eigene Prüfungsrechte ein und gibt diesen damit die Möglichkeit, ihre Interessen eigenständig zu wahren und dies im Rahmen des Erlaubnisverfahrens nach § 32 Abs. 1 Satz 2 KWG sogar gegenüber der BaFin selbst (§ 9 Abs. 4 ESAEG). Prinzipiell sind die Entschädigungseinrichtungen daher zu eigenverantwortlicher Tätigkeit aufgerufen, d.h. nicht darauf ausgelegt, dass andere für sie tätig werden. Dementsprechend finden Sonderprüfungen nach § 44 KWG unabhängig von Prüfungen durch Entschädigungseinrichtungen statt (vgl. BFS/Braun, KWG, 2. Aufl., § 44 KWG, Rn. 25).
- 92 Die Erkennbarkeit kann schließlich auch nicht aus den sonstigen gesetzlichen Bestimmungen abgeleitet werden.
- 93 Eine besondere Verbindung zwischen der Klägerin und der BaFin als ihrer Aufsichtsbehörde sowie eine Nähe zur vertraglichen Leistung der Beklagten lassen die gesetzlichen Bestimmungen zumindest nicht unmittelbar erkennen. Dass die BaFin für den Schutz der Klägerin Sorge zu tragen hätte, ist nicht ausdrücklich normiert. Wenn die Klägerin hierfür wiederholt auf § 7 Abs. 3 Satz 2 ESAEG abstellt, überzeugt dies nicht. Zum einen ist auf die Klägerin nur § 6 ESAEG, nicht § 7 ESAEG anwendbar, da diese keine beliebige Entschädigungseinrichtung, d.h. keine juristische Person des Privatrechts ist, der die Aufgaben und Befugnisse einer Entschädigungseinrichtung zugewiesen sind. Zum anderen ergibt sich aus dem Zusammenhang mit § 7 Abs. 3 Satz 1 ESAEG, dass der dortige Satz 2 die Aufsicht über die Entschädigungseinrichtung regelt. Die Sätze 2 und 3 der Bestimmung geben der BaFin mit der Verpflichtung zur Ausübung der Fachaufsicht zugleich eine Rechtsgrundlage für ein entsprechendes

Tätigwerden gegenüber der Entschädigungseinrichtung (vgl. auch BT-Drs. 13/10188).

- 94 Abgesehen vom fehlenden ausdrücklichen Schutzauftrag bestimmen die Gesetze auch nicht, dass die Prüfberichte der BaFin der Klägerin zugänglich gemacht werden. Während die Klägerin gem. § 26 Abs. 2 KWG ihre Prüfberichte der BaFin zu übersenden hat, existiert für die BaFin eine solche gesetzliche Pflicht nicht. Aus § 9 Abs. 1 Satz 4 Nr. 5 KWG lässt sich allenfalls folgern, dass der Übersendung von Prüfberichten die Verschwiegenheitspflicht nicht entgegensteht, die BaFin ihre Prüfberichte daher - auf freiwilliger Basis - der Klägerin überlassen kann. Des weiteren gibt es im Verhältnis der BaFin zur Klägerin keine allgemeine „übergreifende“ Vorschrift über das Zusammenwirken, wie dies beispielsweise mit §§ 7 und 8 KWG für die Zusammenarbeit der BaFin mit der Bundesbank und diversen anderen Stellen der Fall ist.
- 95 Alles in allem kann daher nicht davon die Rede sein, dass es der Beklagten hinreichend erkennbar gewesen ist, dass nach dem Willen der BaFin auch dem Schutz- und Sicherheitsbedürfnis der Klägerin Rechnung getragen werden sollte, zumal die BaFin mit der Anordnung der Sonderprüfung „ureigene“ Verwaltungsaufgaben wahrgenommen hat und sich Behörden gewöhnlich auf ihren eigenen Aufgabenkreis zu beschränken pflegen.
- 96 c) Über das Vorstehende hinaus ergibt die Auslegung auch nicht, dass der Wille der Vertragspartner auf die Einbeziehung der Klägerin gerichtet war.
- 97 Während die Literatur eine etwaige Schutzwirkung zugunsten Dritter auf den Grundsatz von Treu und Glauben im Rechtsverkehr (§ 242 BGB) stützt, leitet sie sich nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus dem Vertragswillen ab. Bieten dabei die Vertragserklärungen und das Verhalten der Vertragspartner keine Anhaltspunkte für einen Drittschutz, so kann sich eine Schutzwirkung des Vertrages zugunsten Dritter im Wege einer - notfalls ergänzenden - Vertragsauslegung gem. § 157 BGB nur dann ergeben, wenn die gebotene Abwägung der sich aus dem Vertragszweck ergebenden Interessen der Vertragspartner und des dadurch betroffenen Dritten dies mit Rücksicht auf Treu und Glauben nahelegt. Dabei sind an die Feststellung einer vertraglichen Schutzwirkung für Dritte strenge Anforderungen zu stellen; nur in Ausnahmefällen darf das Institut dazu dienen, Unzulänglichkeiten des deliktischen Vermögensschutzes zu beheben (vgl. zum Ganzen Zugehör, Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Aufl., Rn. 1651; Zugehör, NJW 2008, 1105 (1110)).
- 98 Vorliegend kommt ein Drittschutz der Klägerin allenfalls im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in Betracht, denn eine Regelung der Einbeziehungsfrage haben die Vertragspartner nicht getroffen. Für eine konkludente Vereinbarung fehlt jeglicher Anhalt. Die Klägerin behauptet selbst nicht, dass ihr Name im Verhältnis der BaFin zur Beklagten auch nur einmal gefallen sei oder dass es vertragliche Regeln gäbe, die Rückschlüsse auf ihre Einbeziehung zuließen. Der bloße Umstand, dass die gegenüber P. erlassene Prüfungsanordnung (möglicherweise) so formuliert ist, dass die Prüfung die Beurteilung des Vorliegens eines Entschädigungsfalles zulässt, enthält nicht die schlüssige Erklärung, die Klägerin solle in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen sein.
- 99 Bei der ergänzenden Vertragsauslegung ist der hypothetische Parteiwille Grundlage für die Ergänzung des Vertragsinhalts. Es ist darauf abzustellen, was die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten (vgl. Palandt, BGB, 67. Aufl., § 157 Rn. 7 mit Nachweisen auf die Rechtsprechung).
- 100 Wenn die Klägerin hierbei zu der Annahme neigt, der (hypothetische) Einbeziehungswille liege bereits dann vor, wenn Leistungsnähe, Schutzinteresse und Einbeziehungsinteresse erkennbar seien, ist ihr zuzugeben, dass regelmäßig alleine aus der Erkennbarkeit der genannten Umstände die Einbeziehung in den Schutzbereich abgeleitet wurde. Einen Automatismus gibt es insoweit aber nicht. Die

Interessenlage und der Vertragszweck sind in jedem Einzelfall einer neuen eingehenden Prüfung zu unterziehen (Staudinger/Jagmann, BGB (2004), § 328 Rn. 94). Eine Einbeziehung der Klägerin wäre der Beklagten danach aber nicht zuzumuten gewesen. Der Vertragszweck erforderte die Einbeziehung ebenso wenig wie gesetzgeberische Wertungen (aa) und dem der Einbeziehung der Klägerin entgegenstehenden Interesse der Beklagten (bb) ist im Rahmen der Abwägung der Vorrang einzuräumen (cc).

- 101 aa) (1) Der Vertragszweck gebietet die Einbeziehung der Klägerin in den Schutzbereich des Prüfungsauftrages nicht.
- 102 Sofern man eine Leistungsberührung annehmen will - sei es durch die Überlassung des Prüfberichts oder dadurch, dass das Ergebnis der Prüfung auch Rückschlüsse auf das Vorliegen des Entschädigungsfalles zulässt - war diese Leistungsberührung nicht der eigentliche Sinn des Prüfauftrages. Es wurde bereits ausgeführt, dass die Durchführung der Sonderprüfung der Erfüllung eigener Aufgaben der Bankenaufsicht diene, Sonderprüfungen nach § 44 Abs. 1 Satz 2 KWG nicht den primären Zweck haben, die Entschädigungseinrichtungen zu schützen und die Sonderprüfung nicht gerade deshalb durchgeführt wurde, um der Klägerin den Prüfbericht zukommen zu lassen. Auch ohne die Berührungspunkte zur Klägerin und den Schutz derselben blieb der seitens der BaFin erteilte Prüfauftrag uneingeschränkt sinnvoll.
- 103 (2) Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung gesetzgeberischer Wertungen. Weder Art. 87 Abs. 3 GG (hierzu (a)) noch Europarecht (hierzu (b)) drängen dazu, einen Drittschutz der Klägerin anzuerkennen.
- 104 (a) Die Klägerin meint, die Versagung des vertraglichen Drittschutzes schränke den Bundesgesetzgeber unangemessen in seinem Wahlrecht aus Art. 87 Abs. 3 GG ein. Hätte der Bund sich nicht dafür entschieden, die Aufgaben zwischen ihr als unselbständiges Sondervermögen des Bundes und der BaFin als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts zu verteilen, sondern zur Aufgabenerfüllung die unmittelbare Bundesverwaltung gewählt, würde sich das Problem der Haftung der Beklagten nicht stellen, da Auftraggeber und zugleich Geschädigter der Bund wäre. Wollte man ihre Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrages zwischen BaFin und Beklagter verneinen, könne der Bund die sinnvolle Trennung zwischen Aufsicht und Entschädigungseinrichtung nicht mehr aufrechterhalten und müsse entweder die BaFin in eine Bundesoberbehörde umwandeln oder keine Sonderprüfungsaufträge mehr an Dritte mehr vergeben.
- 105 Das überzeugt nicht. Für eine Einbeziehung der Klägerin in den Schutzbereich des Prüfauftrages lässt sich aus Art. 87 Abs. 3 GG nichts ableiten. Die Überlegung der Klägerin läuft darauf hinaus, dem Gesetzgeber das Recht zuzubilligen, die Form der Verwaltung frei zu wählen, alle mit der Wahl verbundenen Vorteile auszunutzen, aber von den mit ihr einhergehenden Nachteilen verschont zu bleiben. Ein solches Privileg gewährt Art. 87 Abs. 3 GG jedoch nicht. Der Bund hat die mit seiner Wahl verbundenen Konsequenzen auf einfachrechtlicher Ebene hinzunehmen, d.h. ihm kommen die jeweiligen Vorteile zugute, dafür treffen ihn aber auch die Nachteile.
- 106 Es besteht zudem, anders als die Klägerin annimmt, bei Ablehnung der Einbeziehung kein faktischer Zwang für die eine oder andere Verwaltungsform, denn es steht der BaFin frei, etwaige Nachteile durch eine ausdrückliche Einbeziehung der Klägerin in den Schutzbereich des Prüfauftrages zu vermeiden. Auch könnte die Klägerin Prüfungen, die der Einschätzung der Gefahr des Eintritts des Entschädigungsfalles dienen, selbst anordnen (§ 9 Abs. 1 Satz 3 ESAEG) und den Auftrag zu deren Durchführung erteilen.
- 107 (b) Auch aus dem Europarecht lässt sich für eine Einbeziehung nichts ableiten.
- 108 Die Klägerin argumentiert, § 4 Abs. 4 FinDAG sei mit Europarecht nur vereinbar, solange die

europarechtlich vorgesehene Mindestentschädigung der Anleger sichergestellt sei. Entfalle diese Voraussetzung, sei die BaFin Haftungsansprüchen ausgesetzt und die Beklagte hierfür gem. Art. 34 Satz 2 GG regresspflichtig. Es sei nicht einzusehen, weshalb die Beklagte in diesem Falle hafte, nicht aber dann, wenn die Entschädigung nicht durch die BaFin, sondern durch einen ebenfalls hoheitlich tätig werdenden Dritten geleistet werde. Hier gilt das zu Art. 87 GG Ausgeführte entsprechend, d.h. die zwangsläufigen und mitunter nachteiligen Konsequenzen der Schaffung verschiedener selbständiger Institutionen sind hinzunehmen.

- 109 Die Klägerin meint ferner, der Grundsatz des Effet-Utile gebiete ihre Einbeziehung, denn anderenfalls müsse der Schaden von den beitragspflichtigen Instituten getragen werden, was verfassungsrechtlich bedenklich sei, da Sonderabgaben dem Maßstab der Zumutbarkeit unterlägen. Dies wirke sich auf die Funktionsfähigkeit des Anlegersicherungssystems aus.
- 110 Auch damit lässt sich indessen die Einbeziehung nicht begründen. Es ist bereits zweifelhaft, inwieweit dem Grundsatz des Effet-Utile im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung Bedeutung zukommt. Jedenfalls ergibt sich - wie das Landgericht ausführlich und zutreffend begründet hat (vgl. II.1.f)cc), S. 25ff des Urteils) - weder aus der Einlagensicherungs- noch aus der Anlegerentschädigungsrichtlinie, dass der Klägerin vertraglicher Drittschutz zu gewähren wäre.
- 111 Dass sich das Prinzip des Effet-Utile nicht zugunsten der Klägerin auswirken kann, wird insbesondere daran deutlich, dass es der BaFin nach § 4 Abs. 3 FinDAG freisteht, (Sonder-)prüfungen durch eigenes Personal oder durch andere Personen durchführen zu lassen. Der Senat verkennt nicht, dass in der Praxis die Heranziehung Dritter, insbesondere von Wirtschaftsprüfern der Regelfall ist. Dies ändert jedoch nichts daran, dass nach der gesetzlichen Regelung beide Möglichkeiten gleichberechtigt nebeneinander stehen. Bei Durchführung der Prüfung durch eigenes Personal schließt § 4 Abs. 4 FinDAG eine Haftung der BaFin - auch gegenüber der Klägerin - aus. Begegnet aber dieser Haftungsausschluss keinen europarechtlichen Bedenken, fordert das Europarecht folglich auch keine Haftung des Dritten, wenn die BaFin von § 4 Abs. 3 FinDAG Gebrauch macht. Eine Differenzierung ließe sich nicht begründen.
- 112 Entgegen der Ansicht der Klägerin stellt vorstehende Überlegung keinen unzulässigen Verweis auf den hypothetischen Kausalverlauf im konkreten Fall dar. Es kommt nicht darauf an, was die BaFin bei P. bei Durchführung der Prüfung mit eigenem Personal festgestellt hätte. Entscheidend ist, dass nach dem Gesetz Sonderprüfungen sowohl von eigenem Personal der BaFin als auch von Dritten durchgeführt werden können und sich eine unterschiedliche Beantwortung der Frage, ob eine Haftung europarechtlich gefordert wird, nicht rechtfertigen lässt. Was europarechtlich zu verlangen ist, hängt im Übrigen nicht davon ab, ob § 4 Abs. 4 FinDAG und damit nationales Recht einer Haftung von Sonderprüfern entgegensteht oder nicht. Letzteres bedarf daher in diesem Zusammenhang keiner Erörterung.
- 113 bb) Gebieten Vertragszweck und gesetzgeberische Wertentscheidungen den Drittschutz der Klägerin nicht, spricht auch die Interessenlage gegen deren Einbeziehung.
- 114 (1) Die Kalkulierbarkeit und Versicherbarkeit des Haftungsrisikos ist als maßgeblicher Aspekt im Rahmen der Beurteilung, ob ein Dritter in den Schutzbereich eines Vertrages einbezogen ist, allgemein anerkannt (vgl. u.a. BGH, Urt. v. 26.11.1968 - VI ZR 212/66 - Rn. 16, zitiert nach juris; BGH, Urt. v. 20.04.2004 - X ZR 250/02 -; NJW 2004, 3035, 3038). Der Schuldner muss in dem Zeitpunkt, in dem er sich vertraglich bindet, das Haftungsrisiko übersehen, berechnen und versichern können. Nur unter dieser Voraussetzung kann der vertragliche Schutz eines Dritten auch auf den Vertragswillen des Schuldners zurückgeführt werden (Zugehör, a.a.O. Rn. 1650; Staudinger/Jagmann, BGB (2004), § 328 Rn. 105). Wie unter 1.b)aa) dargelegt wurde, erhöht sich das Haftungsrisiko der Beklagten bei einem Drittschutz der Klägerin in unkalkulierbarer Weise, was gegen deren Einbeziehung in den Schutzbereich des

Vertrages zwischen der BaFin und der Beklagten spricht.

- 115 Wenn die Klägerin meint, der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 02.04.1998 (III ZR 245/96) entnehmen zu können, ein unbegrenztes Haftungsrisiko stehe der Einbeziehung nicht entgegen, ist anzumerken, dass in dem Urteil darauf abgestellt wird, die Vertragspartner seien übereinstimmend davon ausgegangen, dass die Prüfung auch im Interesse eines bestimmten Dritten durchgeführt werden und das Ergebnis diesem Dritten als Entscheidungsgrundlage dienen solle (Rn. 11f, zitiert nach juris). Ein solcher übereinstimmender Wille liegt hier aber gerade nicht vor, vielmehr haben BaFin und Beklagte hierüber auch nicht andeutungsweise eine Regelung getroffen, weshalb die Einbeziehung der Klägerin - wie ausgeführt - nur über eine ergänzende Vertragsauslegung möglich ist.
- 116 (2) Ein Einbeziehungsinteresse der BaFin kann man allerdings mit der Begründung annehmen, dass dieser nach § 6 KWG die Institutsaufsicht obliegt, die unter anderem der Gefahrenabwehr dient, d.h. dem Schutz der Institutsgläubiger in ihrer Allgemeinheit vor Verlusten und damit dem Schutz des Vertrauens der Öffentlichkeit in die Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft (vgl. BFS, KWG, 2. Aufl., § 6 Rn. 2). Der der Aufsicht der BaFin unterliegenden Klägerin kommt ebenfalls die Aufgabe zu, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Finanzmärkte zu erhalten, weshalb man sozusagen „am gleichen Strang“ zieht. Am Schutz der Klägerin besteht daher ein gewisses Interesse der BaFin.
- 117 cc) Die Abwägung dieser widerstreitenden Interessen ergibt, dass nicht davon auszugehen ist, dass die BaFin und die Beklagte nach Treu und Glauben als redliche Vertragsparteien die Einbeziehung der Klägerin in den Schutzbereich des Prüfauftrages vereinbart hätten, wenn diesen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses diese Frage bewusst gewesen wäre.
- 118 Vor dem Hintergrund der unkalkulierbaren und damit unzumutbaren Erweiterung des Haftungsrisikos gebieten auch die Interessen der Klägerin eine Einbeziehung nicht. Dies insbesondere deswegen nicht, weil dieser bei einer Prüfung durch eigenes Personal der BaFin ebenfalls keine vertraglichen Ansprüche zugestanden hätten. Weshalb diese Erwägung, wie die Klägerin meint, mit dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14.10.2004 (III ZR 169/04) in Widerspruch stehen soll, ist nicht ersichtlich. Dort hatte der Bundesgerichtshof entschieden, dass als Verwaltungshelfer herangezogenen selbständigen privaten Unternehmern die Regressbeschränkung des Art. 34 Satz 2 GG auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nicht zugute kommt. Vorliegend geht es nicht darum, der Beklagten eine Rückgriffsbeschränkung einzuräumen, denn nachdem die BaFin selbst nicht haftet, stellt sich die Frage des Regresses nicht. Zu beurteilen ist vielmehr, ob die Interessen der Klägerin eine Einbeziehung erfordern. Hat diese aber bei Prüfung durch eigenes Personal der BaFin keinen Anspruch, ist nicht zu erkennen, weshalb bei Prüfung durch die Beklagte die Versagung der Einbeziehung unzumutbar sein sollte.
- 119 Wenn die Klägerin schließlich meint, ihre Einbeziehung sei deswegen geboten, weil der Beklagten ein gravierender Pflichtverstoß zur Last falle und der Drittschutz im Interesse einer ordnungsgemäßen Prüfung liege, da der Beklagten anderenfalls für das Übersehen von Missständen beim geprüften Unternehmen keine Haftung drohe, vermag der Senat dem nicht zu folgen.
- 120 Das Vorliegen eines Pflichtverstoßes und dessen Gewicht sind grundsätzlich kein Kriterium bei der Prüfung, ob ein Dritter in den Schutzbereich eines Vertrages einbezogen ist. Die Frage, ob der Beklagten ein Pflichtverstoß zur Last fällt, konnte daher offengelassen werden.
- 121 Es mag im Interesse einer sorgfältigen Prüfung sachdienlich sein, dass der Prüfende eine Haftung gewärtigen muss, wenn er bestehende Missstände fahrlässig nicht aufdeckt. Dennoch ist nicht anzunehmen, dass redliche Vertragspartner alleine deswegen der Beklagten ein gesteigertes und vorliegend sogar unkalkulierbares Haftungsrisiko ohne Gewährung eines Ausgleichs aufgebürdet hätten.

- 122 In diesem Zusammenhang sei abschließend darauf hingewiesen, dass selbst wenn die Klägerin in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen worden wäre, dies jedenfalls nicht im Sinne einer unbeschränkten Haftung angenommen werden könnte. Bei dem Vertrag der Beklagten mit der BaFin wurden die AAB IDW einbezogen. Zwar hat die BaFin die Haftungsbeschränkungsklausel abbedungen, jedoch kann im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung nicht davon ausgegangen werden, dass auch gegenüber der Klägerin eine unbegrenzte Haftung vereinbart worden wäre. Nach dem Vortrag der Klägerin galten ihre Prüfungsrichtlinien (K 14) bereits zum Zeitpunkt der Auftragserteilung im Jahr 2002. Dort ist aber in Ziffer 3.1 bestimmt, dass die Prüfungen in „sinngemäßer Anwendung der Allgemeinen Auftragsbedingungen für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in der jeweils gültigen Fassung durchzuführen“ sind. Akzeptiert aber die Klägerin bei der Vergabe eigener Prüfaufträge die Haftungsbeschränkungsklausel, kommt eine weitergehende Haftung aus dem Vertrag zwischen der BaFin und der Beklagten ebenfalls nicht in Betracht, wobei dahinstehen kann, ob in diesem Falle schon die Schutzbedürftigkeit der Klägerin nur höhenmäßig begrenzt anzunehmen ist oder ob man im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung dazu kommt, dass redliche Parteien bezüglich der Klägerin nur eine beschränkte Haftung vereinbart hätten, die letztlich dem Schutz entspricht, den die Klägerin für sich selbst für ausreichend hält.
- 123 2. Ebenso wenig wie aus eigenem Recht kann die Klägerin aus gem. § 398 BGB abgetretenem Recht gegen die Beklagte vorgehen. Die Abtretung ging ins Leere, weil kein Anspruch der BaFin bestand. Auch hier bedarf es keiner Entscheidung, ob der Beklagten eine Pflichtverletzung zur Last fällt, denn aus §§ 634 Nr. 4, 675, 280 Abs. 1 BGB konnte die BaFin jedenfalls mangels eines Schadens keine Rechte herleiten. Ihr selbst ist kein Schaden entstanden (vgl. hierzu a)) und die Drittschadensliquidation ist nicht zuzulassen (hierzu b)).
- 124 a) Die BaFin hat durch eine etwaige Pflichtverletzung der Beklagten keinen Schaden erlitten, denn sie ist keinen Ansprüchen Dritter, insbesondere keinen Forderungen der Anleger (vgl. aa)) oder der Klägerin (vgl. bb)) ausgesetzt.
- 125 aa) Amtshaftungsansprüche der Anleger gemäß § 839 BGB, Art. 34 GG sind durch § 4 Abs. 4 FinDAG ausgeschlossen.
- 126 bb) Die Klägerin kann von der BaFin ebenfalls keinen Schadensersatz verlangen, insbesondere nicht nach den Grundsätzen der Amtshaftung (vgl. (1)) oder der Geschäftsführung ohne Auftrag (vgl. (2)).
- 127 (1) Ein Amtshaftungsanspruch gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG besteht nicht.
- 128 Die Klägerin als nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes ist nicht Dritter im Sinne von § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB. Voraussetzung hierfür wäre, dass der für die BaFin Handelnde bei Erledigung seiner Dienstgeschäfte der Klägerin in einer Weise gegenübertritt, die für das Verhältnis zwischen der BaFin und dem für diese Handelnden einerseits und dem Staatsbürger andererseits charakteristisch ist. Dies ist aber nicht der Fall. Sonderprüfungen nach § 44 KWG sind spezielle Maßnahmen der in § 6 Abs. 1 KWG normierten Institutsaufsicht, die letztlich auch dem Schutz des Vertrauens der Öffentlichkeit in die Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft dient (vgl. BFS-KWG/Fülbier, 2. Aufl., § 6 Rn. 2). Gerade die Erhaltung des Vertrauens in das Finanzsystem wird auch durch die Anlegerentschädigung bezweckt (vgl. Erwägungsgrund 4 der Anlegerentschädigungsrichtlinie, Absatz 4 der Erwägungsgründe der Einlagensicherungsrichtlinie) und der Klägerin sind zur Erfüllung ihrer Aufgaben gemäß § 9 ESAEG gegenüber den Instituten Prüfungsbefugnisse eingeräumt, die sich im Ergebnis als ein kleinerer Ausschnitt der Befugnisse der BaFin darstellen. § 26 Abs. 2 KWG sieht vor, dass die Prüfberichte der Klägerin der BaFin vorgelegt werden und auch der Übersendung der Prüfberichte der BaFin an die Klägerin steht die Verschwiegenheitspflicht gemäß § 9 Abs. 1 Satz 4 Nr. 5 KWG nicht entgegen, soweit die Klägerin die Informationen zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigt. Insofern wirken die BaFin und die

Klägerin bei der Erfüllung einer ihnen gemeinsam übertragenen Aufgabe nicht in Vertretung einander widerstreitender Interessen, sonder gleichsinnig derart zusammen, dass sie im Rahmen dieser Aufgabe als Teil eines einheitlichen Ganzen erscheinen, weshalb die Pflichten, die im Interesse der Förderung des gemeinsam angestrebten Zieles bestehen, nicht als „drittgerichtete“ Amtspflichten angesehen werden können (vgl. zum Ganzen BGH, Urt. v. 12.12.1991 - III ZR 18/91 - Rn. 11, zitiert nach juris).

- 129 Ein Amtshaftungsanspruch scheidet ferner an § 4 Abs. 4 FinDAG, wonach die BaFin ihre Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahrnimmt. Es mag dahinstehen, ob das „öffentliche Interesse“ im Sinne von „allgemeines öffentliches Interesse“ zu verstehen ist, so dass die Amtspflichten generell ebenso wenig wie dem Schutz der Anleger dem Schutz einzelner Verwaltungsinstitutionen dienen. Jedenfalls sind die Amtspflichten nach Sinn und Zweck des § 4 Abs. 4 FinDAG nicht auf den Schutz der Klägerin gerichtet. Mit der Regelung sollte klargestellt werden, dass eine Amtshaftung nur gegenüber den beaufsichtigten Instituten und anderen, den Eingriffsbefugnissen ausgesetzten Personen in Betracht kommt. Eine weitergehende Haftung, insbesondere eine Haftung gegenüber den Anlegern, sollte ausgeschlossen werden, weil ein erhöhtes Haftungsrisiko zu weit gehende, marktwirtschaftlich unerwünschte Aufsichtsmaßnahmen befürchten lässt (vgl. BT-Drs 10/1441, S. 20). Eine Schadensersatzpflicht der BaFin gegenüber der Klägerin würde sich aber - worauf das Landgericht zutreffend hingewiesen hat - als eine, wenngleich im Umfang begrenzte, mittelbare Haftung für Anlegerschäden darstellen und hätte damit im Wesentlichen dieselben negativen Konsequenzen wie eine „direkte“ Haftung gegenüber den Anlegern.
- 130 (2) Entgegen der Ansicht der Streithelferinnen haftet die BaFin der Klägerin auch nicht aus Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677, 280 Abs. 1 BGB.
- 131 Wenn die Nebenintervenientinnen zum Beleg für ihre Auffassung auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20.06.1963 (VII ZR 263/61 - Funkenflug) abstellen, ist anzumerken, dass in der dortigen Konstellation die von der Gemeinde unterhaltene Feuerwehr das privatrechtliche Geschäft eines Dritten geführt hatte, was der Bundesgerichtshof als privatrechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag einordnete. Vorliegend kommt aber ausschließlich eine öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag in der Form in Betracht, dass eine Behörde (BaFin) für eine andere öffentlich Institution (Klägerin) im hoheitlichen Bereich tätig wird. Diese Form der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag steht stets im Konflikt mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Eine Geschäftsführung ohne Auftrag scheidet daher nach dem Grundsatz des Gesetzesvorrangs aus, wenn eine Befugnisnorm besteht, aufgrund der die Verwaltung im Rahmen ihrer Kompetenzen tätig wird (vgl. Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Band 2, 6. Aufl., § 55 Rn. 11; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., § 29 Rn. 11). Dies ist vorliegend der Fall. Die BaFin hat durch die Prüfungsanordnung von der Eingriffsermächtigung des § 44 Abs. 1 Satz 2 KWG Gebrauch gemacht. Abgesehen davon sind Kompetenzen und Zusammenarbeit der BaFin und der Entschädigungseinrichtung gesetzlich klar und abschließend definiert. Die BaFin ist nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht befugt, die Rechte der Entschädigungseinrichtungen nach § 9 ESAEG auszuüben. Die Prüfungen nach § 44 KWG finden unabhängig von den Prüfungen der Entschädigungseinrichtungen statt (vgl. BFS/Braun, KWG, 2. Aufl., § 44 Rn. 25). Die BaFin hat danach ausschließlich ihre eigene Aufgabe wahrgenommen. Eine öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag wäre angesichts der gesetzlichen Verteilung der Zuständigkeiten und der Eingriffsbefugnisse selbst bei entsprechendem Fremdgeschäftsführungswillen der BaFin nicht zulässig gewesen.
- 132 b) Hat die BaFin - wie unter a) ausgeführt - keinen eigenen Schaden, so kann sie darüber hinaus auch nicht nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation einen etwaigen (Mehr-)aufwand der Klägerin ersetzt verlangen.
- 133 Dass der Sachverhalt keiner der Fallgruppen unterfällt, in denen die Drittschadensliquidation allgemein zugelassen wird (mittelbare Stellvertretung, Treuhandverhältnisse, Obhutspflicht für fremde Sachen,

obligatorische Gefahrentlastung, Vereinbarung), stellt die Klägerin nicht in Abrede, sie meint jedoch, vor Inkrafttreten des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes sei § 4 Abs. 4 FinDAG nicht europarechtskonform und daher unanwendbar gewesen. Durch dieses Gesetz sei folglich das Haftungsrisiko von der - sonst nach Amtshaftungsgrundsätzen haftenden - BaFin auf die Entschädigungseinrichtungen verlagert worden. Dies sei eine neue, der obligatorischen Gefahrentlastung vergleichbare und anzuerkennende Fallgruppe der Drittschadensliquidation. Ferner sei der Sachverhalt aber auch allen anderen Fallgruppen, mit Ausnahme derjenigen der Vereinbarung, vergleichbar.

- 134 Diese Ansicht vermag der Senat nicht zu teilen. Zwar ist der Klägerin zuzugeben, dass die bislang anerkannten Fallgruppen der Drittschadensliquidation nicht abschließend sind. Wenngleich die Literatur Erweiterungen teilweise kritisch gegenüber steht (vgl. Staudinger/Schiemann, BGB (2005), Vorbem. zu §§ 249-254 Rn. 76), kommt bei vergleichbarer Interessenlage die Drittschadensliquidation auch in anderen Konstellationen in Betracht (vgl. MüKo/Oetker, BGB, 5. Aufl., § 249 Rn. 278). Hierbei ist jedoch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Vertragspartner den aufgrund einer Vertragsverletzung entstehenden Schaden grundsätzlich nur insoweit geltend machen kann, als er bei ihm selbst eingetreten ist. Die Drittschadensliquidation als Ausnahme von diesem Grundsatz ist nach der Rechtsprechung nur in ganz besonders gelagerten Fällen zuzulassen, in denen das durch den Vertrag geschützte Interesse infolge besonderer Rechtsbeziehungen zwischen dem aus dem Vertrag berechtigten Gläubiger und dem Träger des Interesses dergestalt auf den Dritten verlagert ist, dass der Schaden ihn und nicht den Gläubiger trifft (vgl. BGH NJW 1996, 2734 (2735) m.w.N.; BGH, Urte. v. 04.12.1997 - IX ZR 41/97 - Rn. 6, zitiert nach juris).
- 135 Erforderlich ist danach ein bestimmter einheitlicher Schaden, der sich bei dem Vertragsgläubiger ausgewirkt hätte, wenn nicht - aus der Sicht des Schädigers zufällig - ein Dritter Träger des geschützten Rechtsguts wäre (vgl. Zugehör, a.a.O., Rn. 1717). Es muss sich mit anderen Worten um ein und denselben Schaden handeln, der statt beim Ersatzberechtigten beim Dritten eintritt (vgl. MüKo/Oetker, BGB, 5. Aufl., § 249 Rn. 280). Diese Verlagerung eines einheitlichen Schadens muss zudem auf einer besonderen Rechtsbeziehung beruhen. Vorliegend ist keine dieser Voraussetzungen erfüllt.
- 136 Dabei mag dahinstehen, ob aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 12.10.2004 (C-222/02, NJW 2004, 3479 - BVH-Bank) und der nachfolgenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urte. v. 20.01.2005 - III ZR 48/01) der Schluss gezogen werden kann, § 4 Abs. 4 FinDAG sei vor der Umsetzung der Anlegerentschädigungs- und Einlagensicherungsrichtlinie durch Erlass des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes nicht europarechtskonform gewesen und habe daher Amtshaftungsansprüche nicht ausgeschlossen. Selbst wenn man der Klägerin in dieser Prämisse folgte, würde nicht ein und derselbe Schaden statt bei der BaFin nunmehr bei der Klägerin eintreten, sondern von zwei selbständigen, voneinander unabhängigen Ansprüchen der Anleger einer, nämlich der Anspruch aus Amtshaftung in Wegfall geraten. Es fehlt sowohl an der Schadenseinheitlichkeit (hierzu aa)) als auch an der Schadensverlagerung (hierzu bb)) und einem zugrunde liegenden besonderen Rechtsverhältnis (hierzu cc)). Darüber hinaus zeigt der wertende Vergleich mit anderen Sachverhaltskonstellationen, dass eine Drittschadensliquidation nicht geboten ist (hierzu dd)).
- 137 aa) Als Schaden kommt die Belastung mit Ansprüchen der Institutsgläubiger in Betracht. Bei dem Anspruch der Anleger aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG, dem die BaFin gegebenenfalls ausgesetzt wäre, wenn es § 4 Abs. 4 FinDAG nicht gäbe, handelt es sich jedoch nicht um denselben Schaden wie bei den Ansprüchen der Anleger gegen die Klägerin nach § 3 Abs. 1 i.V.m. § 4 ESAEG.
- 138 (1) Der sich gegen die Entschädigungseinrichtungen richtende Anspruch aus § 3 Abs. 1 i.V.m. § 4 ESAEG hat im Vergleich zu einem Amtshaftungsanspruch grundlegend abweichende und geringere Voraussetzungen. Diese beschränken sich im Wesentlichen auf die Feststellung des

Entschädigungsfalls und die Zugehörigkeit des Anspruchstellers zur Gruppe der nicht unter § 4 Abs. 2 ESAEG fallenden Institutsgläubiger. Insbesondere auf eine (Amts)pflichtverletzung, Rechtswidrigkeit, Verschulden oder andere Ersatzmöglichkeiten kommt es nicht an.

- 139 (2) Darüber hinaus führt die Leistungspflicht der Klägerin und die Zahlung der Entschädigung dogmatisch nicht zu einem Schaden im Sinne eines unfreiwilligen Vermögensopfers. Anders als bei den Fällen der Drittschadensliquidation, bei denen der Schaden den Dritten stets unfreiwillig und zufällig trifft, leistet die Klägerin in Kenntnis des Schadens des Anlegers und bewusst zu dessen Minderung (vgl. auch Bührenbender, Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung, S. 1996, S. 75). Es handelt sich daher nicht um einen „Schaden“, vielmehr um eine - europarechtlich vorgegebene - Leistung einer staatlichen Stelle, insoweit vergleichbar der Sozialhilfe, die gegebenenfalls auch dann zu gewähren ist, wenn Dritte die Notlage verursacht haben und für sie einstehen müssen.
- 140 Wenn die Klägerin argumentiert, der Anleger habe in Höhe der zu gewährenden Entschädigung von Anfang an keinen Schaden, dieser trete vielmehr originär bei ihr ein, weil die Forderung gegen P. mit Feststellung des Entschädigungsfalles durch die gegen sie gerichtete Forderung gem. §§ 3, 4 ESAEG ersetzt werde, ändert dies am Vorstehenden nichts, denn auch in diesem Falle hätte die „Ersetzung“ der Forderungen des Anlegers nur den Zweck, diesen vor wirtschaftlichen Einbußen zu bewahren. Davon abgesehen überzeugt die Ansicht der Klägerin nicht, denn der Anleger erleidet eine Vermögenseinbuße bereits dann, wenn seine Forderung gegen das Institut ihren wirtschaftlichen Wert einbüßt und hierzu kann es bereits vor Feststellung des Entschädigungsfalles kommen.
- 141 bb) Handelt es sich damit schon nicht um „denselben Schaden“, wird dieser darüber hinaus auch nicht verlagert.
- 142 Der Entschädigungsanspruch nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz ist von einem etwaigen Amtshaftungsanspruch rechtlich unabhängig. Er bestünde unverändert auch dann, wenn die BaFin im Wege der Amtshaftung für Anlegerschäden einstehen müsste. An diesem Nebeneinander mehrerer Ansprüche würde sich selbst dann nichts ändern, wenn es das Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz nicht gäbe. Eine Haftung der BaFin nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG würde den Vorgaben der Richtlinien nicht genügen, weil sie dem Anleger nur eine unzureichende Rechtsposition verschafft, denn für einen Anspruch nach § 839 BGB müssen zahlreiche Voraussetzungen erfüllt sein, von denen nach den Richtlinien die Leistung der Entschädigung nicht abhängig gemacht werden darf. Gäbe es das Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz nicht, würde es mithin an der Umsetzung der Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsrichtlinie in nationales Recht fehlen. Da diese Richtlinien das Ziel der Verleihung von Rechten an Einzelne beinhalten und der Inhalt dieser Rechte bestimmbar ist, käme - ein Kausalzusammenhang zwischen der unterbliebenen Umsetzung und dem Schaden vorausgesetzt - der allgemein anerkannte gemeinschaftsrechtliche Entschädigungsanspruch wegen verspäteter Richtlinienumsetzung zum Zuge, was das LG Bonn hinsichtlich der Einlagensicherungsrichtlinie schon entschieden hat (vgl. OLG Köln, Urte. v. 11.01.2001 - 7 U 104/00 - Rn. 5, zitiert nach juris, das die Entscheidung des LG Bonn im Tatbestand referiert). Dieser Anspruch richtet sich indessen gegen den EU-Mitgliedstaat, also gegen den Bund, nicht gegen die BaFin. Die BaFin würde auch in diesem Falle nur über § 839 BGB, Art. 34 GG haften, also unter viel engeren Voraussetzungen als die Richtlinien dies vorsehen. Die Ansprüche bestünden erneut nebeneinander, nur dass an die Stelle der Klägerin als nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes der Bund selbst treten würde.
- 143 Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass keine Verlagerung stattfindet. Selbst wenn die BaFin aus Amtshaftung schadensersatzpflichtig wäre, existierten zwei voneinander unabhängige Ansprüche der Anleger, von denen sich der eine gegen die BaFin und der andere gegen die Klägerin richtete. Wenn nun der Anspruch gegen die BaFin gemäß § 4 Abs. 4 FinDAG ausgeschlossen wird, führt dies nicht zu einer Schadensverlagerung.

- 144 Würde man der BaFin das Recht einräumen, die Aufwendungen der Klägerin geltend zu machen, käme es für die Beklagte zu einer Kumulation von Risiken, die bei der Drittschadensliquidation gerade ausgeschlossen sein muss. Die - unzulässige - Vermehrung von Risiken zeigt sich u.a. daran, dass die Klägerin in der Klageschrift (Bl. 23 d.A.) als Schaden auch den Personal- und Verwaltungs(mehr)aufwand ersetzt haben will, der ihr durch die Erhebung der Sonderbeiträge bei den Instituten entsteht. Ein solcher Schaden könnte bei der BaFin niemals entstehen, da diese ihren Schaden nicht auf die Institute umlegen, mithin auch keinen entsprechenden Verwaltungsaufwand haben kann.
- 145 cc) Eine besondere Rechtsbeziehung zwischen der BaFin und der Klägerin ist ebenfalls nicht zu erkennen. Die Klägerin will sie aus § 4 Abs. 4 FinDAG und der Anlegerentschädigungsrichtlinie ableiten. Dass dieser Ansatz nicht tragfähig ist, ergibt sich bereits aus dem Vorstehenden. Die Klägerin ist den Zahlungsansprüchen der Anleger nicht wegen § 4 Abs. 4 FinDAG ausgesetzt, sondern weil diese Ansprüche europarechtlich vorgegeben sind und sie wäre unverändert auch dann zu Entschädigungsleistungen verpflichtet, wenn es § 4 Abs. 4 FinDAG nicht gäbe.
- 146 dd) Fehlt es nach aa), bb) und cc) bereits an den dogmatisch zu fordernden Voraussetzungen einer Drittschadensliquidation, zeigt auch ein wertender Vergleich, dass eine solche nicht angemessen wäre.
- 147 Würde die BaFin gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG haften, so bestünde dieser Anspruch des Anlegers in voller Höhe und nicht nur - wie die Klägerin meint - soweit der Anleger keinen Entschädigungsanspruch gegen die Klägerin hat. Der Schaden tritt - wie bereits dargelegt - ursprünglich beim Anleger ein und der Anspruch gegen die Klägerin stellt schon deshalb keine anderweitige Ersatzmöglichkeit i.S.d. § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB dar, weil die Klägerin ebenfalls dem Staat zuzurechnen ist (vgl. Palandt, BGB, 67. Aufl., § 839 Rn. 56). Entschlüsse sich der Anleger in dieser Situation, nicht gegen die BaFin vorzugehen, sondern von der Klägerin Entschädigung zu verlangen - was angesichts der geringeren Voraussetzungen und des leichteren Nachweises des Entschädigungsanspruches praktisch immer der Fall sein würde -, wäre dies eine typische Konstellation, in der eine Vorteilsausgleichung abzulehnen wäre. Der Amtshaftungsanspruch gegen die BaFin würde durch die Zahlung nach dem ESAEG nicht geschmälert. Mangels vorgesehener Legalzession wäre der Anleger in Höhe der erhaltenen Entschädigung analog § 255 BGB zur Abtretung des Anspruchs gegenüber der BaFin an die Klägerin verpflichtet.
- 148 Durch die Bestimmung des § 4 Abs. 4 FinDAG wird nunmehr bereits der Amtshaftungsanspruch ausgeschlossen, d.h. es gibt nichts, was zediert werden könnte. Damit wird aber kein Schaden „von vornherein“ verlagert, sondern lediglich vereitelt, dass Kosten, die der Klägerin ohnehin entstehen, durch Rückgriff auf die BaFin „refinanziert“ werden können.
- 149 Hat es aber schon ein Versicherer gegebenenfalls hinzunehmen, dass bei grundsätzlichem Vorliegen der Voraussetzungen des § 86 Abs. 1 Satz 1 VVG kein Anspruch auf ihn übergehen kann, weil der Versicherte mit dem Schädiger im Voraus eine Haftungsbeschränkung für fahrlässiges Handeln vereinbart hat (vgl. hierzu Prölss/Martin, VVG, 27. Aufl., § 67 Rn. 35), dann muss es von der Klägerin erst recht hingenommen werden, wenn die Möglichkeit der Schadloshaltung durch eine gesetzliche Bestimmung, nämlich § 4 Abs. 4 FinDAG ausgeschlossen wird.

### III.

- 150 Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 letzter Halbsatz ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 Sätze 1 und 2 ZPO.

### IV.

151

1. Es besteht kein Anlass, die Rechtsbeschwerde gem. § 574 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 ZPO wegen der Entscheidung über die Nebenintervention (§ 71 ZPO) zuzulassen, denn weder hat die Rechtsache

grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts.

- 152 2. Die Revision war für die Klägerin gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zur Klärung der Reichweite und Voraussetzungen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sowie zur Klärung der Voraussetzungen einer Erweiterung des Instituts der Drittschadensliquidation zuzulassen.