BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 73/12

Verkündet am:
5. Dezember 2013
B o t t
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 823 Abs. 2 Bf; KWG § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1; § 32 Abs. 1

a) Eine nach § 32 Abs. 1 KWG erlaubnispflichtige Anlagevermittlung im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG ist jede final auf den Abschluss von Geschäften über die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten gerichtete Tätigkeit. Eine solche liegt schon dann vor, wenn der Vermittler den Abschluss eines konkreten Geschäfts bereits so umfassend vorbereitet und abgewickelt hat, dass der Kunde den Auftrag nur noch zu unterschreiben und abzusenden hat oder wenn der Vermittler nach einer Anlageberatung die vom Kunden unterschriebenen Orderbelege weiterleitet.

b) Zur Darlegungslast eines Anlagevermittlers im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG, der geltend macht, seine Tätigkeit sei aufgrund von § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 8 KWG nicht erlaubnispflichtig, weil sie sich lediglich auf solche (ausländischen) Anteile beziehe, die nach dem Investmentgesetz öffentlich vertrieben werden dürften.

BGH, Urteil vom 5. Dezember 2013 - III ZR 73/12 - OLG Frankfurt/Main
LG Wiesbaden

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 2013 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Dr. Herrmann, Wöstmann, Seiters und Reiter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main - 3. Zivilsenat - vom 8. Februar 2012 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

1 Die Klägerin nimmt die Beklagten, ein mit Vermögensanlagen befasstes Unternehmen (Beklagte zu 1) und deren Geschäftsführer (Beklagter zu 2), aus abgetretenem Recht ihres Ehemanns wegen ihrer Auffassung nach unbefugter und fehlerhafter Anlageberatung auf Schadensersatz in Anspruch.

2 Der Zedent unterhielt im Mai 2006 ein von der D. B. verwaltetes Depot. Der Beklagte zu 2, der für die Beklagte zu 1 handelte, riet ihm, seine bisherigen Anlagen aufzulösen und anderweitig zu investieren. Zu diesem

Zweck wurde für den Zedenten ein Depot bei einem anderen Geldinstitut eröffnet. Zwischen August 2006 und April 2007 erteilte er auf Empfehlung des Beklagten zu 2 Kaufaufträge über Anteile an verschiedenen Fonds. Im Mai 2008 verkaufte der Ehemann der Klägerin auf Anraten des Beklagten zu 2 sämtliche Fondsanteile und investierte den Erlös in den Dachfonds "I. F. M. ", als dessen Verwaltungsratsvorsitzender der Beklagte zu 2 tätig war, der zugleich Alleingesellschafter und Vorstand der Initiatorin und Beraterin dieses Fonds war.

3 Nach einem dramatischen Wertverfall des "I. F. M. " empfahl der Beklagte zu 2 dem Zedenten im Oktober 2008, einen Großteil der Fondsanteile wieder zu veräußern. Daraufhin verkaufte dieser 60 % seiner Anteile und investierte den Erlös in die Fonds K. US-G. F. , S. I. , g. -g. und H. -US A. R. F. EUR.

4 Ende 2008 betrug der Wert der verbliebenen Fondsanteile - bei einer Gesamtinvestition von 111.384 € - nur noch 43.715,25 €. Aus dem Verkauf der bei ihm verbliebenen Anteile an dem "I. F. M. " erzielte er im Juli 2009 nur noch 13.877,04 €.

5 Die Klägerin hat geltend gemacht, die Beklagten hätten die Anlageberatung nicht vornehmen dürfen, weil diese nach § 32 Abs. 1 KWG erlaubnispflichtig gewesen sei, die Beklagte zu 1 jedoch, wie unstreitig ist, über eine Erlaubnis der zuständigen Behörde nicht verfügt habe. Überdies sei die Beratung fehlerhaft gewesen. Sie verlangt von den Beklagten Schadensersatz in Höhe der investierten 111.384 € zuzüglich entgangener Zinsen abzüglich der verbliebenen

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

13.877,04 € Zug um Zug gegen Abtretung der vorgenannten, von dem Zedenten weiterhin gehaltenen Fondsanteile.

6 Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe

7 Die zulässige Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

I.

8 Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die vom Zedenten getroffenen Anlageentscheidungen und die eingetretenen Verluste hätten ihre Ursache nicht in falschen oder unvollständigen Auskünften oder falscher Anlageberatung durch den Beklagten zu 2. Zwar habe zwischen dem Ehemann der Klägerin und den Beklagten ein Anlageberatungsvertrag bestanden. Der Zedent sei jedoch ein erfahrener Anleger gewesen, der bereits zuvor eine risikogeneigte Strategie verfolgt habe. Dass er von den Beklagten eine konservative und sichere Anlagestrategie gewünscht habe, sei nicht bewiesen. Die Vernehmung des Zedenten habe hierzu keine klare Erkenntnis erbracht.

9 Ein Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen § 32 KWG bestehe ebenfalls nicht, auch wenn diese Vorschrift ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB sei. Die Beklagten hätten sich auf den Ausnahmetatbestand

des § 2 Abs. 6 Nr. 8 KWG berufen. Die Klägerin habe zwar dessen Voraussetzungen bestritten. Der Geschädigte trage für die Verletzung eines Schutzgesetzes aber die volle Beweislast. Entsprechenden Beweis habe die Klägerin jedoch nicht angetreten.

10 Dass die Beklagten unter anderem den Verkauf der im Depot des Zedenten bei der D. B. befindlichen Aktien empfohlen und vorbereitet hätten, sei lediglich eine Folge der erbetenen Umstrukturierung. Der Zedent sei selbst mit diesem Depotbestand nicht mehr zufrieden gewesen, und es habe sich bei der Veräußerung damit um eine Vorbereitungshandlung für die eigene Anlageberatung der Beklagten gehandelt. Auch bei Kenntnis einer etwa fehlenden Erlaubnis wäre damit von einem Einverständnis des Ehemanns der Klägerin auszugehen gewesen. Im Übrigen fehle es somit an der Kausalität einer etwaigen Gesetzesverletzung für den eingetretenen Schaden.

II.

11 Dies hält, wie die Revision mit Recht rügt, der rechtlichen Nachprüfung in mehreren Punkten nicht stand.

12 1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen beide Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 32 Abs. 1 KWG (für die Beklagte zu 1 i.V.m. § 31 BGB) nach den bisherigen Stand der Feststellungen nicht auszuschließen.

13 Nach § 32 Abs. 1 KWG benötigt die Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht unter anderem, wer im Inland in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Finanzdienstleistungen erbringt. Bei dieser Vorschrift handelt es sich, wie das Berufungsgericht insoweit zutreffend ausgeführt hat, um ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zu Gunsten des einzelnen Kapitalanlegers (st. Rspr. z.B.: Senatsurteil vom 19. Januar 2006 - III ZR 105/05, BGHZ 166, 29 Rn. 17 a.E.; Senat, Versäumnisurteil vom 21. April 2005 - III ZR 238/03, NJW 2005, 2703 f mwN; BGH, Urteil vom 19. März 2013 - VI ZR 56/12, WM 2013, 874 Rn. 10 f mwN).

14 a) Mangels entgegen stehender Feststellungen des Berufungsgerichts ist im Revisionsverfahren davon auszugehen, dass die Tätigkeit der Beklagten zu 1, wie sie zunächst selbst nicht bestritten hat, eine Finanzdienstleistung im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG beziehungsweise des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 und 1a KWG (in der für den Umtausch im Oktober 2008 maßgeblichen Fassung vom 16. Juli 2007) darstellte und damit grundsätzlich gemäß § 32 Abs. 1 KWG erlaubnispflichtig war. Zwar war von § 1 Abs. 1 a Satz 2 KWG in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2776) lediglich die Anlagevermittlung und nicht, wie seit der Änderung des Gesetzes durch Art. 3 Nr. 2 des Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetzes vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1330), auch die Anlageberatung erfasst. Der Begriff der Anlagevermittlung im Gesetz über das Kreditwesen unterscheidet sich jedoch von demjenigen des bürgerlichen Rechts (siehe zu den Pflichten eines Anlagevermittlers im Sinne des Zivilrechts z.B. Senatsurteile vom 5. März 2009 - III ZR 17/08, WM 2009, 739 Rn. 11 und vom 12. Februar 2004 - III ZR 359/02, BGHZ 158, 110, 116). Anlagevermittlung nach dem Gesetz über das Kreditwesen ist jede final auf den Abschluss von Geschäften über die Anschaffung und die Ver-

äußerung von Finanzinstrumenten gerichtete Tätigkeit (Merkblatt der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht - Hinweise zum Tatbestand der Anlagevermittlung, Stand 24. Juli 2013, abrufbar unter http://www.bafin.de; Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 4. Aufl., KWG § 1 Rn. 122, 122a; Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, KWG, 2. Aufl. § 1 Rn. 83). So liegt eine erlaubnispflichtige Anlagevermittlung schon dann vor, wenn der Vermittler den Abschluss eines konkreten Geschäfts bereits so umfassend vorbereitet und abgewickelt hat, dass der Kunde den Auftrag nur noch zu unterschreiben und abzusenden hat (VGH Kassel NJW 2003, 3578, 3579) oder wenn der Vermittler nach einer Anlageberatung die vom Kunden unterschriebenen Orderbelege weiterleitet (Schäfer aaO Rn. 122a; weitergehend: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht; Reschke in Beck/Samm/Kokemoor, KWG, Stand Mai 2011, § 1 Rn. 528 und Schwennicke aaO, die sogar eine Botentätigkeit ausreichen lassen). Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand ist davon auszugehen, dass die Beklagten solche Tätigkeiten entfaltet haben.

15 Das vom Prozessbevollmächtigten der Beklagten angeführte Urteil des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 15. Mai 2012 (VI ZR 166/11, NJW 2012, 3177) widerspricht dem nicht. Zwar hat der VI. Zivilsenat in der von ihm entschiedenen Sache für das Vorliegen einer Anlagevermittlung im Sinne des KWG, anknüpfend an das in § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG enthaltene Tatbestandsmerkmal "oder deren Nachweis", für erforderlich gehalten, dass die dortige Beklagte eine Tätigkeit als Nachweismakler ausübte (aaO Rn. 13). Jedoch stand in jener Sache neben einer Maklertätigkeit lediglich eine Anlageberatung in Rede, die im maßgeblichen Zeitraum noch nicht erlaubnispflichtig war (vgl. aaO Rn. 16). Deshalb kann aus dieser Entscheidung nicht abgeleitet werden, dass ausschließlich eine Tätigkeit als Nachweismakler eine Anlagevermittlung im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG darstellt. Im Übrigen ging die ne-

ben der Anlageberatung ausgeübte Tätigkeit der Beklagten sogar über einen bloßen Nachweis zum Vertragsschluss hinaus.

16 Die Beklagten berufen sich hinsichtlich der hiernach grundsätzlich bestehenden Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG auf § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 8 KWG (in der für den Streitfall maßgeblichen Fassung des Art. 10 Nr. 2 des Investmentmodernisierungsgesetzes vom 15. Dezember 2003, BGBl. I S. 2676). Diese Bestimmung stellt eine Abweichung zu § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1a KWG dar, für deren Voraussetzungen die Beklagten - und entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht die Klägerin - zumindest sekundär darlegungsbelastet sind.

17 Im Ausgangspunkt richtig ist, dass der Geschädigte die Voraussetzungen für die Verletzung eines Schutzgesetzes darzulegen und zu beweisen hat (z.B. BGH, Urteile vom 19. Juli 2011 - VI ZR 367/09, NJW-RR 2011, 1661 Rn. 13 und vom 11. Dezember 2001 - VI ZR 350/00, WM 2002, 347, 348). Dies folgt aus dem allgemeinen Grundsatz, dass der Anspruchsteller alle Tatsachen behaupten und gegebenenfalls beweisen muss, aus denen sich sein Anspruch herleitet (BGH aaO). Allerdings trägt derjenige, der sich gegenüber dem an sich verwirklichten Tatbestand des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG darauf beruft, dass sich seine Geschäftstätigkeit lediglich auf solche (ausländischen) Anteile bezieht, die nach dem Investmentgesetz öffentlich vertrieben werden dürfen, und deshalb nach § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 8 KWG nicht erlaubnispflichtig ist, zumindest die sekundäre Darlegungslast für das Vorliegen dieser Voraussetzungen; denn er kennt die insoweit maßgeblichen Tatsachen und Umstände beziehungsweise muss sie kennen, deren nähere Darlegung ihm ohne Weiteres zumutbar ist (vgl. auch BGH, Versäumnisurteil vom 24. Januar 2012 - II ZR 119/10, WM 2012, 702 Rn. 11). Ob die Beklagten darüber hinausgehend die

primäre Darlegungs- und Beweislast für den von ihnen geltend gemachten Tatbestand trifft, weil er eine Ausnahme von den Voraussetzungen eines Schutzgesetzes darstellen könnte, bedarf vorliegend keiner Entscheidung.

18 b) Im Übrigen ist anzumerken, dass das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, selbst von seinem jedenfalls zur Verteilung der Darlegungslast unzutreffenden Standpunkt für die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands des § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 8 KWG die Klägerin nicht als beweisfällig hätte ansehen dürfen. Sie hat mit Schriftsatz vom 18. Juli 2011 unter Vorlage zweier von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht herausgegebener Listen, in der die ausländischen Investmentanteile, die in Deutschland ohne Erlaubnis vertrieben werden dürfen, aufgeführt sind, vorgetragen, zumindest der vom Zedenten auf Empfehlung des Beklagten zu 2 erworbene Fonds "I. F. M. " habe nicht unter die nach § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 8 KWG erlaubnisfrei zu vertreibenden Anlagen gehört, so dass die Beklagten gegen § 32 Abs. 1 KWG verstoßen hätten. Die Klägerin hat hierzu weiteren Beweis angetreten, indem sie die Einholung einer Auskunft der Bundesanstalt beantragt hat. Dies hat das Berufungsgericht übergangen.

19 c) Zutreffend beanstandet die Revision weiter, das Berufungsgericht habe zu Unrecht dem Vortrag der Klägerin keine rechtliche Bedeutung beigemessen, dass der Beklagte zu 2 den Verkauf der im Depot der D. B. gehaltenen Aktien empfohlen und die Verkaufsaufträge unterschriftsreif vorbereitet habe. Auch die Vermittlung der Veräußerung zuvor anderweitig erworbener Finanzinstrumente stellt gemäß § 1 Abs. 1a Nr. 1 KWG als Anlagevermittlung eine Finanzdienstleistung dar, so dass die Erlaubnisbedürftigkeit nach § 32 Abs. 1 KWG bestand. § 1 Abs. 1a Nr. 1 KWG bestimmt ausdrücklich, dass "die Vermittlung von Geschäften über die ... Veräußerung von Finanzinstrumenten"

eine Finanzdienstleistung ist (zur Definition der Finanzinstrumente siehe § 1 Abs. 11 KWG). Ob die Veräußerung der Finanzinstrumente der Vorbereitung einer anschließenden Anlageberatung, die den Erwerb anderer Produkte zum Gegenstand hat, dient, ist ohne Belang. Dass der Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 8 KWG insoweit eingreift, ist nicht vorgetragen.

20 d) Auch die Würdigung des Berufungsgerichts, es fehle an der Kausalität einer etwaigen Gesetzesverletzung im Zusammenhang mit der Veräußerung des bei der D. B. gehaltenen Depotbestands für den geltend gemachten Schaden, weil es dem Zedenten in erster Linie um die Neuanlage der Gelder gegangen sei, ist zumindest auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht frei von einem revisionsrechtlich bedeutsamen Denkfehler. Unbeachtlich ist, ob der Zedent auch in Kenntnis der fehlenden Erlaubnis der Beklagten zu 1 zur Vermittlung der Veräußerung von Finanzinstrumenten mit deren Tätigwerden einverstanden gewesen wäre. Vielmehr hätten die Beklagten ohne die erforderliche Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht dem Ehemann der Klägerin ihre Dienste im Zusammenhang mit der Veräußerung seines Depotbestandes bei der D. B. erst gar nicht antragen dürfen. Dessen ungeachtet hat das Berufungsgericht, wie die Revision ebenfalls zu Recht beanstandet, in diesem Zusammenhang den beweisbewehrten Vortrag der Klägerin übergangen, ihr Ehemann hätte die Anlage nicht getätigt, wenn er davon gewusst hätte, dass der Beklagten zu 1 die nach § 32 Abs. 1 KWG erforderliche Erlaubnis fehlte (Berufungsbegründung vom 2. Dezember 2010). Die Vorinstanz hätte nicht vom Gegenteil dessen ausgehen dürfen, ohne sich hiermit zuvor auseinander zu setzen.

21 2. Ob die von der Revision erhobenen Rügen gegen Ausführungen des Berufungsgerichts zu den von der Klägerin geltend gemachten Vertragsverletzungen wegen Beratungsfehlern, für die grundsätzlich nur die Beklagte zu 1 einzustehen hat, zutreffen, kann im vorliegenden Verfahrensstadium auf sich beruhen. Dies wird nur entscheidungserheblich, wenn sich der Schadensersatzanspruch, soweit er auf den Verstoß gegen § 32 Abs. 1 KWG gestützt ist, als unbegründet erweist. Der Senat sieht deshalb davon ab, auf die einzelnen Beanstandungen einzugehen. Im Bedarfsfall wird sich das Berufungsgericht mit ihnen zu befassen haben. Vorsorglich weist der Senat jedoch auf Folgendes hin:

22 Mit Recht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Klägerin zur fehlenden Aufklärung des Zedenten über die Risiken der empfohlenen Anlagen übergangen. Die Klägerin hat in der Klageschrift sowie mit Schriftsätzen vom 28. Oktober 2009 und vom 14. Januar 2011 unter Beweisantritt vorgetragen, der Beklagte zu 2 habe in seinen Beratungsgesprächen nicht auf die Risiken der von ihm empfohlenen Anlagen, insbesondere nicht auf das Totalverlustrisiko, hingewiesen. Weiter hat sie beweisbewehrt vorgetragen, die notwendige Aufklärung sei auch nicht durch die rechtzeitige Übergabe von Prospekten erfolgt (Schriftsatz vom 28. Oktober 2009 und Berufungsbegründung vom 2. Dezember 2010). Hiermit hat sich das Berufungsgericht nicht befasst. Dies ist gegebenenfalls nachzuholen. In diesem Zusammenhang ist überdies anzumerken, dass der Beklagte zu 2 nach den Feststellungen im Be-

rufungsurteil lediglich erklärt hat, die dem Zedenten überlassenen Unterlagen hätten "zum Teil auch" Risikohinweise enthalten.

Schlick Herrmann Wöstmann

Seiters Reiter

Vorinstanzen:
LG Wiesbaden, Entscheidung vom 20.05.2010 - 3 O 159/09 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 08.02.2012 - 3 U 246/10 -