BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 294/08

vom

7. Dezember 2009

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 7. Dezember 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Caliebe, Dr. Drescher, Dr. Löffler und Bender

einstimmig beschlossen:

Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Revision des Klägers durch Beschluss gemäß § 552 a ZPO zurückzuweisen.

Streitwert: 10.500,00 €

Gründe:

1 Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor; sie hat auch keine Aussicht auf Erfolg (§ 552 a ZPO).

2 I. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO), noch erfordert die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 1. Alt. ZPO). Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 130, 262 ff.; BVerwG, ZIP 2009, 1899 ff.), der sich der Senat mit den ebenfalls die M. AG & Co. KG (künftig: M.) betreffenden Urteilen vom 7. Dezember 2009 (II ZR 15/08, 33/08, 41/08, 58/08, 115/08, 122/08, 139/08, 205/08 und 32/09) angeschlossen hat, ist geklärt, dass Kommanditgesellschaften, die mit Geldern von Kapitalanlegern Wertpapiere und Fondsanteile rechtlich auf eigene Rechnung erwerben, halten und veräußern, zum Zeitpunkt des Beitritts des Klägers am 9. Juli 2004 keine erlaubnispflichtigen Bankgeschäfte betrieben.

3 II. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg:

4 1. Zutreffend verneinte das Berufungsgericht Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG wegen unerlaubten Betreibens eines Bankgeschäfts. Die M. betrieb kein erlaubnispflichtiges Bankgeschäft.

5 a) Die M. besorgte kein Finanzkommissionsgeschäft. Finanzkommissionsgeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG ist der Handel mit Finanzinstrumenten im eigenen Namen für fremde Rechnung, bei dem die typischen Merkmale eines Kommissionsgeschäfts nach §§ 383 ff. HGB gewahrt sind, ohne dass alle diese Merkmale vorliegen müssen (BVerwGE 130, 262 Tz. 23 ff., 36 ff.; BVerwG, ZIP 2009, 1899 Tz. 28 ff.). Dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auf fremde Rechnung gehandelt wird, genügt nicht (BVerwGE 130, 262 Tz. 43 ff.; BVerwG, ZIP 2009, 1899 Tz. 28). § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG bietet keinen allgemeinen Auffangtatbestand für Anlagemodelle, bei denen im Drittinteresse mit Finanzinstrumenten gehandelt wird, und erfasst die Vermögensverwaltung durch die Anlage von Investorengeldern in Finanzinstrumenten nicht (BVerwGE 130, 262 Tz. 47). Das wird durch § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 11 KWG idF von Artikel 2 Nr. 2 des Gesetzes zur Fortentwicklung des Pfandbriefrechts vom 20. März 2009 (BGBl. I S. 607) bestätigt, der einen besonderen erlaubnispflichtigen Tatbestand der Anlageverwaltung schafft (BVerwG, ZIP 2009, 1899 Tz. 28). Zwischen einem Finanzkommissionsgeschäft und einer Beteiligung an einer Anlagegesellschaft ist auch zu unterscheiden, wenn die Beteiligung - wie bei der M. - über einen Treuhandvertrag vermittelt ist, weil sich insoweit der Charakter der Tätigkeit durch die Einschaltung eines Treuhänders nicht ändert. Eine weite Auslegung des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG war zum Zeitpunkt des Beitritts des Klägers auch nicht aufgrund der Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen (ABl. L 141 vom 11. Juni 1993, S. 27) geboten (vgl. BVerwGE 130, 262 Tz. 49).

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

6 Die M. betrieb keine Kommissionsgeschäfte entsprechend §§ 383 ff. HGB. Zwar zielte ihr Geschäftsbetrieb auf den Erwerb, das Halten und die Veräußerung von Wertpapieren und Fondsanteilen und damit auf die Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG. Sie erwarb und veräußerte Finanzinstrumente aber für eigene Rechnung. Weder die Anleger noch die Treuhänderin erhielten das Eigentum an den angeschafften Finanzinstrumenten übertragen. Die Anleger partizipierten nur aufgrund eines schuldrechtlichen Anspruchs wertmäßig an der Entwicklung der Geschäftstätigkeit der M. . Auch die weiteren typischen Merkmale eines Kommissionsgeschäfts nach § 383 HGB - Weisungsunterworfenheit des Kommissionärs, Benachrichtigungspflicht, Rechenschaftspflicht, Herausgabepflicht - lagen nicht vor.

7 b) Die Geschäftstätigkeit der M. war auch nicht als Investmentgeschäft nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 KWG in der Fassung des Investmentmodernisierungsgesetzes vom 15. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2676) erlaubnispflichtig. Der Begriff des Investmentgeschäfts entsprach dem des § 7 Abs. 2 InvG. § 7 Abs. 2 InvG umschrieb Investmentgeschäfte als Geschäfte von Kapitalanlagegesellschaften. Das waren nach § 6 Abs. 1 Satz 2 InvG Gesellschaften in der Rechtsform der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Entsprechend bezog sich auch § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 KWG - dem Willen des historischen Gesetzgebers entsprechend (BT-Drucks. 15/1553, S. 74) - nur auf Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft (vgl. BVerwGE 130, 262 Tz. 57), nicht aber auf Personenhandelsgesellschaften wie die M. .

8 c) Schließlich bestand keine Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG, da die M. keine Finanzportfolioverwaltung, also die Verwaltung einzelner in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum, betrieb. Anders als der Finanzportfolioverwalter, der "für ande-

re" tätig ist und regelmäßig nicht im eigenen Namen, sondern als Bevollmächtigter seiner Kunden handelt (BVerwGE 130, 262 Tz. 58; BVerwG, ZIP 2009, 1899 Tz. 34), sollte die M. im eigenen Namen auftreten und auf eigene Rechnung handeln. Damit betrieb sie keine Fremdvermögensverwaltung, sondern die Verwaltung des eigenen Vermögens, das durch die Einzahlungen der Anleger begründet wurde (vgl. BVerwG, ZIP 2009, 1899 Tz. 34).

9 Darüber hinaus fehlt es an dem Merkmal der Verwaltung einzelner Vermögen (BVerwG, ZIP 2009, 1899 Tz. 35). Zwar bedeutet diese Formulierung in § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG nicht, dass die einzelnen Kundenvermögen jeweils getrennt in einzelnen Portfolios anzulegen wären. Vielmehr können in einem Portfolio Vermögen verschiedener Kunden zusammengefasst werden (BVerwGE 122, 29, 35). Die M. fasste aber nicht Vermögen verschiedener Kunden in einem Portfolio zusammen, sondern führte eine unbestimmte Vielzahl von Anlegern zusammen, die der M. Gelder zur Verfügung stellten, ohne dass ihnen dafür unmittelbar Gegenwerte in Form von Finanzinstrumenten übereignet wurden. Die Anleger wurden nur über schuldrechtliche Ansprüche an dem wirtschaftlichen Misserfolg oder Erfolg der Tätigkeit der M. beteiligt.

10 2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg, soweit sie den Anspruch des Klägers darauf stützt, dass der Emissionsprospekt keinen Hinweis auf ein mögliches Einschreiten der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) enthalten habe. Auf im Revisionsverfahren neues Parteivorbringen kann die Revision nicht gestützt werden (§ 559 Abs. 1 ZPO). Dass ein Einschreiten der BaFin für den Beklagten aufgrund von Presseberichten über das Ziel einer Bekämpfung des "grauen Kapitalmarkts" während des Gesetzgebungsverfahrens zur 6. KWG-Novelle vorhersehbar gewesen sei, trägt die Revision neu vor. Der Kläger hat sich diese von seinem erstinstanzlichen Vortrag nicht gedeckten Ausführungen im Urteil des Landgerichts in der Berufungserwi-

derung ausdrücklich nicht zu eigen gemacht, wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat, das sich aus diesem Grund damit nicht auseinandersetzen musste. Allein aus Presseberichten über das Gesetzesziel, den „grauen Kapitalmarkt“ zu bekämpfen, folgt entgegen der Auffassung des Landgerichts auch nicht, dass der Beklagte mit einem Einschreiten der BaFin rechnen musste. Der Emissionsprospekt muss über die Gefahr eines Einschreitens der Aufsichtsbehörde informieren, wenn die nahe liegende Möglichkeit besteht, dass sie die Geschäfte der Anlagegesellschaft als ein erlaubnispflichtiges Bankgeschäft ansehen und eine entsprechende Verbotsverfügung erlassen würde (Sen.Urt. v. 21. März 2005 - II ZR 149/03, ZIP 2005, 763). Ein Einschreiten der BaFin hätte nur nahe gelegen, wenn die Rechtslage für das konkrete Geschäftsmodell der

M. aufgrund der 6. KWG-Novelle zum Zeitpunkt des Beitritts des Klägers unsicher geworden war. Presseberichte über das Ziel einer Gesetzesänderung genügen dazu nicht.

Goette Caliebe Drescher

Löffler Bender

Hinweis: Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 01.08.2006 - 18 O 587/05 -
KG, Entscheidung vom 28.02.2008 - 27 U 141/06 -