BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VI ZR 303/09

Verkündet am:
9. November 2010
Holmes
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 823 Abs. 2 (Bf); KWG (1998) § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3, § 32

Zu den Voraussetzungen einer erlaubnispflichtigen gewerbsmäßigen Finanzportfolioverwaltung im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG.

BGH, Urteil vom 9. November 2010 - VI ZR 303/09 - OLG München
LG Landshut

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. November 2010 durch den Vorsitzenden Richter Galke, die Richter Zoll und Wellner, die Richterin Diederichsen sowie den Richter Stöhr

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 30. September 2009 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin überwies am 11. April 2001 nach Vermittlung durch den Beklagten, der damals Vorstand der C. AG war, 65.000 DM auf ein Konto der E. International Inc., die mit diesem Geld für die Klägerin day-trading-Geschäfte tätigen sollte. Aufgrund der Vermittlung durch den Beklagten kam zudem ein Vertrag mit der CCPM GmbH zustande, der durch den Beklagten zum Jahresende gekündigt wurde. Der Beklagte veranlasste die Überweisung des restlichen Guthabens der Klägerin in Höhe von 18.400 € bei der CCPM GmbH auf sein Privatkonto und überwies dieses sodann an die C. AG, die es ihrerseits an die V. AG, ein Brokerhaus, weitertransferierte. Außer für die Klägerin zahlte der Beklagte noch für mindestens fünf weitere Personen bei der V. AG Geldbeträge

für day-trading-Geschäfte ein. Mit Schreiben vom 25. März 2002 setzte der Beklagte die Klägerin davon in Kenntnis, dass die C. AG mit Zeichnungsschein vom 15. Januar 2002 das Kapital übernommen habe. Er teilte der Klägerin weiterhin mit, die C. AG werde zukünftig bemüht sein, für die Klägerin möglichst hohe Renditen zu erwirtschaften. Weder der Beklagte noch die C. AG verfügten über eine Erlaubnis nach dem Kreditwesengesetz. Der Geschäftsbeziehung zwischen der V. AG und der C. AG lag ein schriftlicher Geschäftsbesorgungsvertrag vom 29. Dezember 2001/7. Januar 2002 zugrunde. Mit Schreiben vom 7. April 2003 teilte die C. AG der Klägerin angebliche Handelsergebnisse des ersten Quartals 2003 mit. Die C. AG ist inzwischen insolvent und das von der Klägerin eingebrachte Geld vollständig verloren.

2 Mit ihrer Klage hat die Klägerin zunächst die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 33.233,97 € nebst Zinsen beantragt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Mit ihrer hiergegen gerichteten Berufung hat die Klägerin - vor allem gestützt auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 32 KWG - nur noch die Verurteilung des Beklagten zur Erstattung der 18.400 € verlangt, die der Beklagte als Alleinvorstand der C. AG seit dem Jahre 2002 mit day-trading-Geschäften "verspielt" habe. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Es hat die Revision zur Klärung des Begriffs der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 32 KWG zugelassen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren aus der Berufungsinstanz weiter.

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

Entscheidungsgründe:

I.

3 Das Berufungsgericht hat das Bestehen vertraglicher Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten verneint. Selbst wenn man davon ausgehe, dass zwischen den Parteien im Frühjahr 2001 ein Anlagevermittlungs- oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag zustande gekommen sei, könne eine Pflichtverletzung nicht angenommen werden, denn die Verfahrensweise des Beklagten habe dem Vereinbarten entsprochen. Die Klägerin habe unstreitig gewusst, dass es sich bei den Geschäften um hochspekulative Geschäfte gehandelt habe, bei denen das Risiko bestanden habe, dass die gesamten investierten Geldbeträge verloren gehen könnten. Auch hinsichtlich der Kündigung der Kapitalanlage bei der CCPM zum 31. Dezember 2001 und dem Transfer des Restkapitals der Klägerin in Höhe von 18.400 € über die C. AG an die V. AG sei eine Pflichtverletzung nicht erkennbar, denn die Klägerin sei über diese Transaktion informiert gewesen und habe sie stillschweigend genehmigt. Mit dem Transfer habe der Beklagte entsprechend dem Willen der Klägerin versucht, möglichst hohe Gewinne für die Klägerin über day-trading-Geschäfte zu erzielen. Dass diese Maßnahmen von vornherein ungeeignet gewesen seien und der Beklagte das gewusst habe, habe die Klägerin selbst nicht behauptet.

4 Die Klägerin habe auch die Voraussetzungen für eine unerlaubte Handlung des Beklagten nicht beweisen können. An ihrer Auffassung, der Beklagte habe sie bereits im Frühjahr 2001 unter Vorspiegelung falscher Tatsachen in betrügerischer Absicht dazu veranlasst, 65.000 DM zur Durchführung von day-trading- und anderen spekulativen Geschäften zu überweisen, habe die Klägerin nicht mehr festgehalten. Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 32 KWG beständen ebenfalls nicht. Der Beklagte bzw. die C. AG hätten mit der Über-

weisung des restlichen Anlagekapitals von 18.400 € auf ein Konto der V. AG und der Erteilung von Weisungen zur Durchführung von spekulativen Börsentermingeschäften in Form von day-trading-Geschäften keine Finanzdienstleistungen im Sinne des § 1 KWG erbracht. Diese könnten nur von börsenzugelassenen Brokern erbracht werden. Allein die Tatsache, dass der Beklagte oder die C. AG die Dienste von Brokern in Anspruch genommen und die Weisungen für die Durchführung der Spekulationsgeschäfte erteilt hätten, begründe die Erlaubnispflicht nicht. Selbst wenn man jedoch aufgrund des zwischen der C. AG und der V. AG bestehenden Geschäftsbesorgungsvertrags zugunsten der Klägerin unterstelle, dass nicht die V. AG, sondern die C. AG die in § 1 bezeichneten spekulativen Termingeschäfte vorgenommen habe, bestehe eine Erlaubnispflicht nicht. Denn die Klägerin habe nicht bewiesen, dass die Geschäfte durch den Beklagten gewerbsmäßig oder in einem einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordernden Umfang betrieben worden seien. Bei geringer, nur ergänzend betriebener oder überwiegend privaten Zwecken dienender Tätigkeit sei dies nicht der Fall. Im Streitfall stehe fest, dass der Beklagte, der unstreitig zum damaligen Zeitpunkt noch seinen Handwerksbetrieb geleitet habe, jedenfalls für nicht mehr als zehn Personen (einschließlich seiner eigenen und der seiner Ehefrau) Geldbeträge an die V. AG überwiesen und dafür Provision erhalten habe. Dies sei für die Annahme eines gewerbsmäßigen Handelns nicht genügend. Ansprüche aus § 93 Abs. 5 AktG beständen ebenfalls nicht, weil bereits keine Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass der Beklagte seine Pflichten als Vorstand gröblich verletzt habe.

II.

5 Die Revision hat Erfolg.

6 1. Die Revision wendet sich nicht dagegen, dass das Berufungsgericht vertragliche Schadensersatzansprüche und deliktische Schadensersatzansprüche wegen Betrugs gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB verneint hat. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht erkennbar.

7 2. Das Berufungsurteil hält jedoch revisionsrechtlicher Überprüfung insoweit nicht stand, als das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 32 KWG verneint hat.

8 a) Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG in der hier maßgeblichen Fassung des 6. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen vom 22. Oktober 1997 (BGBl. I S. 2518) bedarf der schriftlichen Erlaubnis des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen, wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will. Die Vorschrift ist Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zugunsten des einzelnen Anlegers (vgl. Senatsurteil vom 23. März 2010 - VI ZR 57/09, VersR 2010, 910; BGH, Urteil vom 7. Dezember 2009 - II ZR 15/08, NJW 2010, 1077 und vom 21. April 2005 - III ZR 238/03, VersR 2005, 1394, jeweils m.w.N.).

9 aa) Das Berufungsgericht hat im Streitfall mit Recht das Betreiben eines Bankgeschäfts im Sinne des § 1 KWG verneint.

10 (1) Entgegen der Auffassung der Revision liegt kein Bankgeschäft im Sinne eines Einlagengeschäfts (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG) vor.

11 Ein Einlagengeschäft ist gegeben, wenn fremde Gelder als Einlagen oder andere unbedingt rückzahlbare Gelder entgegengenommen werden. Der Begriff "Einlage" im Sinne der ersten Alternative der vorgenannten Bestimmung wird im Kreditwesengesetz nicht definiert. Die Frage, ob ein Unternehmen fremde Gelder als Einlagen annimmt und dadurch Bankgeschäfte betreibt, ist aufgrund einer Würdigung aller Umstände des Falles unter Berücksichtigung der bankwirtschaftlichen Verkehrsauffassung zu entscheiden (vgl. Senatsurteil vom 23. März 2010 - VI ZR 57/09, VersR 2010, 910 Rn. 17; BGHZ 129, 90, 92 f.; BVerwGE 69, 120, 124; Canaris, BB 1978, 227, 228; Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Schäfer, Kreditwesengesetz, 3. Aufl., § 1 Rn. 36; Mielk, Gesetz über das Kreditwesen, 7. Aufl., § 1 Rn. 1). In der Praxis des Bankwesens werden drei wesentliche Einlagearten unterschieden: Die Sichteinlagen, für die eine Laufzeit oder Kündigungsfrist nicht vereinbart ist; die befristeten Einlagen, für die eine Laufzeit (Festgelder) und eine Kündigungsfrist (Kündigungsgelder) festgelegt ist, sowie die Spareinlagen. Typisch für diese Einlagen ist es, dass die Geschäfte über Konten, wie etwa Kontokorrentkonten, Sparkonten, Festgeldkonten oder Kündigungsgeldkonten abgewickelt und angemessen verzinst werden (vgl. Senatsurteil vom 23. März 2010 - VI ZR 57/09, aaO; BGHZ 129, 90, 94 f. m.w.N.). Die zweite Alternative der "anderen rückzahlbaren Gelder" setzt voraus, dass nach den Gesamtumständen des Vertrags einschließlich der Werbeaussagen des Unternehmens ein unbedingter Rückzahlungsanspruch unabhängig vom Geschäftserfolg garantiert wird (Senatsurteil vom 23. März 2010 - VI ZR 57/09, aaO).

12 Dies ist hier nicht gegeben. Im Streitfall hat die Klägerin der C. AG Geld überlassen, um für sie Spekulationsgeschäfte vorzunehmen, was ein Verlustrisiko beinhaltet.

13 (2) Die C. AG oder der Beklagte als ihr alleiniger Vorstand haben auch kein Finanzkommissionsgeschäft (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG) betrieben.

14 Finanzkommissionsgeschäft im Sinne des § 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 (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 2009 - II ZR 15/08, ZIP 2010, 176 Rn. 14; BVerwGE 130, 262 Rn. 23 ff., 36 ff.; BVerwG, ZIP 2009, 1899 Rn. 28 ff.). Dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auf fremde Rechnung gehandelt wird, genügt nicht (BVerwGE 130, 262 Rn. 43 ff.; BVerwG, ZIP 2009, 1899 Rn. 28). § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG bietet keinen allgemeinen Auffangtatbestand für Anlagemodelle, bei denen im Drittinteresse mit Finanzinstrumenten gehandelt wird, und umfasst die - hier gegebene - Vermögensverwaltung durch die Anlage von Investorengeldern in Finanzinstrumenten nicht (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 2009 - II ZR 15/08, aaO; BVerwGE 130, 262 Rn. 47).

15 bb) Das Berufungsgericht hat jedoch nicht hinreichend berücksichtigt, dass nach den Umständen des Streitfalles eine unerlaubte gewerbsmäßige Finanzdienstleistung im Sinne des § 1 Abs. 1a KWG in Betracht kommt.

16 (1) Zwar ist ein Eigenhandel im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 4 KWG auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht gegeben. Ein solcher liegt vor, wenn ein Unternehmen Finanzinstrumente im eigenen Namen für eigene Rechnung für andere mit dem Ziel anschafft oder veräußert, bestehende oder erwartete Unterschiede zwischen Kauf- oder Verkaufspreis oder

anderen Preis- oder Zinsschwankungen auszunutzen. Handelt ein Unternehmen mit seinem Kunden als Eigenhändler, so tritt es seinem Kunden nicht als Kommissionär, sondern als Käufer oder Verkäufer gegenüber (vgl. Boos/ Fischer/Schulte-Mattler/Fülbier, Kreditwesengesetz, 3. Aufl., § 1 Rn. 132 m.w.N.).

17 Dies ist hier nicht der Fall gewesen. Die C. AG ist der Klägerin gegenüber nicht als Käufer oder Verkäufer von Finanzinstrumenten aufgetreten. Vielmehr hat sie selbst über die V. AG mit dem Geld der Klägerin day-trading-Geschäfte getätigt.

18 (2) Schließlich liegt auch - entgegen der Auffassung der Revision - keine Anlagevermittlung gemäß § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG vor.

19 Anlagevermittlung ist die Entgegennahme und Übermittlung von Aufträgen von Anlegern, die sich auf die Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten oder deren Nachweis beziehen (vgl. Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Fülbier, Kreditwesengesetz, 3. Aufl., § 1 Rn. 122).

20 Im Streitfall hat der Beklagte für die C. AG keine Aufträge der Klägerin entgegengenommen und übermittelt, die sich auf die Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten oder deren Nachweis beziehen. Vielmehr hat er die Aufträge selbst als Alleinvorstand der C. AG an die V. AG erteilt. Die Revision zeigt insoweit keinen übergangenen Sachvortrag der Klägerin auf, wonach die C. AG zwischen der Klägerin und der V. AG ein Anlagegeschäft vermittelt hätte.

21 (3) Die Tätigkeit der Beklagten stellt sich jedoch nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts als Finanzportfolioverwaltung im Sinn des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG dar, worunter die Verwaltung einzelner in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum zu verstehen ist.

22 Für die Zuordnung zu den einzelnen Bankgeschäften und Finanzdienstleistungen im Sinne des § 1 KWG sind die vertraglichen Vereinbarungen und die aus ihnen folgende Form des Rechtsgeschäfts zwischen dem Institut und dem Kunden maßgeblich (BVerwGE 122, 29, 36; BVerwGE 130, 262 Rn. 31, 36). Hinsichtlich des revisionsrechtlich allein noch erheblichen Geschehens im Jahr 2002 ist aufgrund der unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts davon auszugehen, dass zwischen der C. AG und der Klägerin ein Vertrag zustande kam, dessen Inhalt insbesondere auch durch Auslegung der Schreiben der C. AG vom 25. März 2002 und 7. April 2002 zu ermitteln ist. Danach versprach die C. AG, die an sie gelangten 18.400 € der Klägerin aufgrund eigener Anlageentscheidungen für die Klägerin in day-trading-Geschäften anzulegen. Hierfür wollte sie sich unter anderem unter Mithilfe eines Partnerunternehmens direkt an der Eurex, einer Terminbörse für Finanzderivate, betätigen. Das Kapital der Klägerin sollte so mit einer Rendite von 35 bis 45 % vermehrt werden, wobei die Dauer der Kapitalüberlassung nicht festgelegt war. Es sollten lediglich quartalsmäßig Tabellen und Grafiken übermittelt werden, aus denen der erwartete Zuwachs des Kapitals der Klägerin hervorgehen sollte.

23 Eine Vermögensverwaltung erfordert eine auf laufende Überwachung und Anlage von Vermögensobjekten gerichtete Tätigkeit (BVerwGE 122, 29, 35). Vermögensobjekte im Sinne von § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG sind dabei Finanzinstrumente, das heißt gemäß § 1 Abs. 11 KWG Wertpapiere, Geldmarktinstrumente, Devisen oder Rechnungseinheiten und Derivate. Hierfür ist

es weder erforderlich, dass die einzelnen Kundenvermögen getrennt in einzelnen Portfolios anzulegen sind - es können auch Vermögen verschiedener Kunden in einem Portfolio zusammengefasst werden - noch, dass das Vermögen bereits in Finanzinstrumenten angelegt ist, da auch Erstanlageentscheidungen erfasst sind (BVerwGE 122, 29, 35). Diese Voraussetzungen sind erfüllt, denn die C. AG versprach, das Geld der Klägerin in day-trading-Geschäften, also dem taggleichen Kauf und Verkauf desselben Wertpapiers, Geldmarktinstruments oder Derivats anzulegen und so über einen nicht näher umschriebenen Zeitraum mit dem in Finanzinstrumenten investierten Kapital der Klägerin zu wirtschaften.

24 Die C. AG betrieb die Vermögensverwaltung auch "für andere". Maßgeblich ist dafür, ob die Tätigkeit im Fremdinteresse besorgt wird (BVerwGE 122, 29, 37 f.). Dass die C. AG für die Klägerin tätig werden wollte, ergibt sich aus den Schreiben vom 25. März und 7. April 2002, in denen betont wird, dass das Vermögen der Klägerin durch die Tätigkeit der C. AG vermehrt werden sollte.

25 Dem steht nicht entgegen, dass die C. AG der V. AG gegenüber im eigenen Namen auftrat und das Geld der Klägerin und weiterer vier Anleger in einem auf ihren Namen laufenden Konto zusammenfasste, wie sich aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag und den an die C. AG gerichteten Monatsberichten der V. AG ergibt. Es ist nämlich auf das Vereinbarte abzustellen, eine davon abweichende tatsächliche Handhabung kann (nur) daneben selbständig aufsichtsrechtlich zu beurteilen sein (BVerwGE 122, 29, 35). Danach versprach aber die C. AG, die 18.400 € als Kapital der Klägerin zu behandeln, was auch in dem von der Revisionsbegründung angeführten internen Buchungsbeleg "Nr. 001" der C. AG, der die Einzahlung bei der V. AG den einzelnen Anlegern anteilig zuordnet, seinen Niederschlag fand.

26 Die C. AG verfügte auch über Entscheidungsspielraum im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG, denn sie sagte zu, die konkreten Anlageentscheidungen nach eigenem Ermessen zu treffen. Dem entspricht auch die Vereinbarung mit der V. AG, wonach die V. AG lediglich die konkreten Kauf- und Verkaufsorder der C. AG ausführen sollte (§ 5 des Geschäftsbesorgungsvertrages).

27 Die C. AG handelte gewerbsmäßig. Hierfür genügt, dass die Tätigkeit auf gewisse Dauer angelegt ist und der Betreiber mit Gewinnerzielungsabsicht beziehungsweise entgeltlich handelt (BT-Drucks. 13/7142, S. 62; BVerwGE 122, 29, 48). Vorliegend war die Tätigkeit der mit der Vermögensverwaltung betrauten C. AG auf unbestimmte Zeit und damit auf eine gewisse Dauer angelegt. Die Revision weist zutreffend darauf hin, dass die C. AG nach dem unstreitigen Vorbringen der Klägerin anlässlich der Bereitstellung der Kundengelder an die V. AG 7.592,11 € als Provision einbehielt. Sie erbrachte ihre Leistungen gegen Vergütung.

28 cc) Mithin kommt eine Haftung des Beklagten für den von ihm als Vorstand der C. AG begangenen Verstoß gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG persönlich nach § 823 Abs. 2 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 12. März 1996 - VI ZR 90/95, NJW 1996, 1535, 1536) in Betracht, und zwar als Gesamtschuldner neben der nach § 31 BGB i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB, § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG haftenden

C. AG (§ 840 Abs. 1 BGB). Die Zurückverweisung gibt den Parteien Gelegenheit, zu dem neuen Gesichtspunkt vorzutragen.

Galke Zoll Wellner

Diederichsen Stöhr

Vorinstanzen:
LG Landshut, Entscheidung vom 11.02.2009 - 54 O 468/08 -
OLG München, Entscheidung vom 30.09.2009 - 20 U 2262/09 -