BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VI ZR 56/12

Verkündet am:
19. März 2013
Böhringer-Mangold
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 823 Abs. 2 (Bf); KWG (1962) § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 1, § 32 Abs. 1 Satz 1, § 54 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1, Abs. 2

Die geschäftsmäßige Begründung von Verbindlichkeiten aus geschuldeten Winzergeldern, die über die Endabrechnung eines Jahrgangs hinaus vom Winzer bei der Winzergenossenschaft oder einem vergleichbaren Betrieb gegen Zahlung von Zinsen belassen werden, fällt als Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 1 KWG unter die Erlaubnispflicht des § 32 KWG.

BGH, Urteil vom 19. März 2013 - VI ZR 56/12 - OLG Zweibrücken
LG Landau

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. März 2013 durch den Vorsitzenden Richter Galke, die Richter Zoll und Wellner, die Richterin Diederichsen und den Richter Pauge

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 12. Januar 2012 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Mitglied der Winzergemeinschaft S. e.V. (im Folgenden: Winzergemeinschaft). Er nimmt die Beklagten als ehemalige Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der zwischenzeitlich insolventen L. GmbH & Co. KG (im Folgenden: Schuldnerin) wegen des bei der Schuldnerin belassenen und aufgrund der Insolvenz nicht ausgezahlten "Winzergelds" auf Schadensersatz in Anspruch.

2 Bei der Schuldnerin war es bereits seit den 1970er Jahren ständige Geschäftspraxis, dass eine Vielzahl von Erzeugern aus der Winzergemeinschaft (im Durchschnitt 160 bis 300 Winzer) jeweils einen Teil des Entgelts für die Ablieferung ihrer Trauben als jederzeit abrufbare "Einlage" gegen Verzinsung stehen ließen, damit die Schuldnerin mit dem Kapital wirtschaften konnte. Noch im

Jahre 2007 hatten mindestens 50 Erzeuger "Winzergelder" in Höhe von insgesamt etwa 2.500.000 € ohne bankübliche Sicherheiten bei der Schuldnerin einbezahlt. Eine Erlaubnis nach dem Kreditwesengesetz besaßen die Schuldnerin beziehungsweise ihre Komplementär-GmbH nicht.

3 Die Winzergemeinschaft verpflichtete sich mit Liefer- und Abnahmevertrag vom 1. September 1983 zur Lieferung von Weintrauben an die Schuldnerin. Der Vertrag wurde mit Vereinbarung vom 6. Oktober 1989 unter anderem um die Regelung ergänzt, dass für den Fall, dass ein Mitglied der Winzergemeinschaft (Erzeuger) einen Teil oder den Gesamterlös seiner Ernte bei der Schuldnerin stehen lässt, dieser Betrag mit 5 % verzinst wird und der Zinssatz mit steigendem und fallendem Kreditzins gleitend sein soll.

4 Nachdem der Kläger auf seine ursprüngliche "Einlage" in Höhe von zuletzt 81.447,67 € nach der Insolvenz der Schuldnerin teilweise Entschädigungsleistungen von dritter Seite erhalten hat, verlangt er von den Beklagten Ersatz des Restbetrags von 51.085,75 € Zug um Zug gegen Abtretung seiner im Insolvenzverfahren der Schuldnerin festgestellten Ansprüche. Die Klage hatte in den Vorinstanzen Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihren Klagabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

5 Nach Auffassung des Berufungsgerichts, dessen Urteil unter anderem in ZIP 2012, 568 veröffentlicht ist, bedurfte die Schuldnerin beziehungsweise ihre persönlich haftende Gesellschafterin zumindest für die Zeit nach Inkrafttreten der 6. KWG-Novelle am 1. Januar 1998 der Erlaubnis der zuständigen Auf-

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

sichtsbehörde nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG. Die Schuldnerin und ihre Komplementär-GmbH hätten schon aufgrund ihrer durch die Rechtsform begründeten Kaufmannseigenschaft einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb unterhalten müssen und hätten mit ihrem auf Dauer angelegten und von der Absicht der Gewinnerzielung getragenen Geschäftsmodell zudem gewerbsmäßig gehandelt.

6 Da die Schuldnerin das - von ihr gegenüber den Anlegern selbst als "Einlagen" bezeichnete - Kapital der Winzer angenommen habe, um damit in ihrem Aktivgeschäft zu wirtschaften, liege ein Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 1 KWG vor. Jedenfalls aber sei der Tatbestand der Annahme anderer rückzahlbarer Gelder des Publikums gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 2 KWG erfüllt, weil die Schuldnerin von einer Vielzahl von Geldgebern auf der Grundlage typisierter Verträge Kapitalbeträge mit der Verpflichtung zur unbedingten Rückzahlung entgegengenommen habe, die nicht banküblich besichert gewesen seien. Die Bewertung als Einlagengeschäft stehe in Übereinstimmung mit der allgemeinen rechtlichen Einschätzung seitens der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht für die Fallgestaltungen, in denen bei Warengenossenschaften, die im Landhandel tätig sind, Kundenkonten für die Anlage von Geldern geführt werden.

7 Indem die Beklagten als Organe der Komplementär-GmbH der Schuldnerin Bankgeschäfte ohne behördliche Erlaubnis geführt hätten, hätten sie gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG verstoßen und zugleich den Straftatbestand des § 54 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1, Abs. 2 KWG in Verbindung mit § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfüllt. Sie hätten dabei auch fahrlässig gehandelt, weil sie sich vor der Entgegennahme von "Winzergeld" als "Einlagen" über etwaige Erlaubniserfordernisse hätten unterrichten müssen.

8 § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG sei als Schutzgesetz zugunsten der Kunden von Betreibern von Bankgeschäften anzusehen. Für den von ihnen als Geschäftsführern der Komplementärin der Schuldnerin begangenen Verstoß gegen das Schutzgesetz, der auch ursächlich für den Schaden des Klägers in Gestalt des Verlusts seiner ungesicherten Kapitalanlage in der Insolvenz der Schuldnerin gewesen sei, hafteten die Beklagten persönlich und solidarisch nach § 823 Abs. 2, § 840 Abs. 1 BGB.

II.

9 Die Beurteilung des Berufungsgerichts hält revisionsrechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

10 1. Die Beklagten haften dem Kläger auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 32 Abs. 1 Satz 1, § 54 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1, Abs. 2 KWG, weil sie mit dem Belassen der "Winzergelder" bei der Schuldnerin ohne die dafür erforderliche behördliche Erlaubnis Bankgeschäfte in Form des Einlagengeschäfts gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 1 KWG betrieben haben.

11 a) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zugunsten des einzelnen Kapitalanlegers ist (st. Rspr.; vgl. Senatsurteile vom 11. Juli 2006 - VI ZR 339/04, VersR 2006, 1374 Rn. 13 f. und - VI ZR 340/04, WM 2006, 1896 Rn. 10, 12 f.; vom 23. März 2010 - VI ZR 57/09, VersR 2010, 910 Rn. 16; vom 9. November 2010 - VI ZR 303/09, VersR 2011, 218 Rn. 8; vom 23. November 2010 - VI ZR 244/09, VersR 2011, 216 Rn. 10; vom 15. Mai 2012 - VI ZR 166/11, VersR 2012, 1038 Rn. 11; BGH, Urteile vom 13. April 1994 - II ZR 16/93, BGHZ 125, 366, 379 f.; vom 21. April 2005 - III ZR 238/03, VersR

2005, 1394, 1395; vom 19. Januar 2006 - III ZR 105/05, BGHZ 166, 29 Rn. 17; vom 7. Dezember 2009 - II ZR 15/08, NJW 2010, 1077 Rn. 13). Nach § 32 Abs. 1 des Kreditwesengesetzes in der am 1. Januar 1962 in Kraft getretenen Fassung vom 10. Juli 1961 (BGBl. I S. 881) bedurfte der schriftlichen Erlaubnis des Bundesaufsichtsamtes, wer im Geltungsbereich des Gesetzes Bankgeschäfte in dem in § 1 Abs. 1 KWG aF bezeichneten Umfang betreiben wollte, wobei § 1 Abs. 1 KWG einen Umfang der Geschäfte voraussetzte, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderte. Durch das Sechste Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen (6. KWG-Novelle) vom 22. Oktober 1997 (BGBl. I S. 2518) wurde § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG mit Wirkung vom 1. Januar 1998 dahingehend neu gefasst, dass der schriftlichen Erlaubnis des Bundesaufsichtsamtes (jetzt: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht - BaFin) bedarf, wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will.

12 b) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wiesen die von der Schuldnerin betriebenen hier maßgeblichen Geschäfte einen Umfang auf, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderte.

13 c) Die Tätigkeit der Schuldnerin ist auch als Bankgeschäft zu qualifizieren. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG in der ursprünglichen Fassung vom 10. Juli 1961 definierte Bankgeschäfte in Form des Einlagengeschäfts als die Annahme fremder Gelder als Einlagen ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden. Durch die 6. KWG-Novelle (Nr. 3 Buchst. a) wurde der Tatbestand des Einlagengeschäfts mit Wirkung vom 1. Januar 1998 um die Variante der Annahme anderer rückzahlbarer Gelder des Publikums erweitert. In der seit 1. Januar 2005 gültigen Fassung des Art. 1 Nr. 3 Buchst. a des Finanzkonglomeratericht-

linie-Umsetzungsgesetzes vom 21. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3610) verlangt die zweite Variante der Vorschrift nunmehr die Annahme anderer "unbedingt" rückzahlbarer Gelder des Publikums.

14 aa) Die Beurteilung des Berufungsgerichts, im Streitfall sei jedenfalls § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 2 KWG in Form der "Annahme anderer rückzahlbarer Gelder des Publikums" erfüllt, berücksichtigt nicht hinreichend den Umstand, dass diese Tatbestandsalternative erst mit Wirkung vom 1. Januar 1998 in das Gesetz eingefügt wurde, während die von der Schuldnerin seit den 1970er Jahren praktizierte Entgegennahme verzinslicher "Winzergelder" bereits mit Vertragsergänzung vom 6. Oktober 1989 zwischen der Winzergemeinschaft und der Schuldnerin vereinbart worden war. Da die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien auf Verträge aus dem Jahre 1989 zurückgehen, als eine Erlaubnispflicht für die Annahme anderer rückzahlbarer Gelder des Publikums noch nicht bestand, bleibt es insofern bei der alten Rechtslage (vgl. BGH, Urteil vom 21. März 2005 - II ZR 140/03, WM 2005, 833, 835; Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, aaO Rn. 32); eine Rückwirkung auch hinsichtlich derjenigen Einzahlungen, die erst nach Inkrafttreten der Neuregelung erfolgt sind, begegnet angesichts der Strafbarkeit des in Rede stehenden Verhaltens (§ 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG) verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. Loritz, ZIP 2001, 309, 315).

15 bb) Letztlich kann dies jedoch dahinstehen, weil - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - ein bereits seit Inkrafttreten des Kreditwesengesetzes am 1. Januar 1962 und damit vor Aufnahme der Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 1 KWG, die Annahme fremder Gelder als Einlagen, vorliegt.

16 (1) Die Schuldnerin hat fremde Gelder angenommen, indem die Winzer der Winzergemeinschaft Teile ihres Entgelts zur jederzeitigen Verfügbarkeit bei der Schuldnerin stehen ließen.

17 (a) Das Merkmal "fremd" bedeutet nach verbreiteter Ansicht, dass es sich um rückzahlbare Gelder handeln muss (vgl. BVerwGE 69, 120, 123 f.; VG Berlin, WM 1986, 879, 881; Reschke in Beck/Samm/Kokemoor, KWG, § 1 Rn. 89 (Stand: März 2011); Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, KWG, 2009, § 1 Rn. 13; Barleon in Assies/Beule/Heise/Strube, Handbuch des Fachanwalts Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., Kap. 6 Rn. 7; Demgensky/Erm, WM 2001, 1445, 1448; BaFin-Merkblatt - Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts (Stand: August 2011), 1b). Nach einer anderen, in der Literatur vertretenen Auffassung dient der Begriff lediglich der Klarstellung, dass die Annahme gesellschaftsrechtlicher Einlagen kein Einlagengeschäft im Sinne des Kreditwesengesetzes darstellt (vgl. Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, aaO Rn. 34; Serafin/Weber in Luz/Neus/Scharpf/Schneider/Weber, KWG, 2009, § 1 Rn. 10; Brogl in Reischauer/Kleinhans, KWG, § 1 Rn. 48 (Stand: März 2010); Szagunn/Haug/Ergenzinger, aaO Rn. 28). Die Fremdheit der in die Schuldnerin eingebrachten, jederzeit auf Verlangen auszuzahlenden "Winzergelder" ist nach beiden Ansichten zu bejahen.

18 (b) Unter "Annahme" ist zunächst die tatsächliche Entgegennahme von Bargeld beziehungsweise bei Buchgeld die Kontogutschrift zu verstehen (vgl. Reschke in Beck/Samm/Kokemoor, aaO Rn. 76 (Stand: März 2011); Serafin/Weber in Luz/Neus/Scharpf/Schneider/Weber, aaO; Brogl in Reischauer/Kleinhans, aaO Rn. 47 (Stand: März 2010); Barleon in Assies/Beule/Heise/Strube, aaO Rn. 6; Schürmann in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 69 Rn. 6a; Demgensky/Erm, aaO S. 1447; BaFin-Merkblatt - Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts, aaO, 1a

bb). Darüber hinaus fällt unter den Begriff der Annahme die Umwandlung einer Geldforderung aus einem Handelsgeschäft in ein Darlehen, welches aus wirtschaftlicher Sicht mit der Auszahlung beziehungsweise Überweisung des Forderungsbetrags und anschließender Wiedereinzahlung beziehungsweise Rücküberweisung gleichwertig ist (vgl. Reschke in Beck/Samm/Kokemoor, aaO Rn. 76 (Stand: März 2011)). So liegt der Fall hier, denn mit dem Stehenlassen von Teilbeträgen des ihnen für die Ablieferung ihrer Trauben zustehenden Entgelts beließen die Winzer der Schuldnerin gemäß der vertraglichen Vereinbarung mit der Winzergemeinschaft ihre Gelder zur späteren Rückzahlung und damit als Darlehen.

19 (2) Die Schuldnerin hat die "Winzergelder" auch "als Einlagen" angenommen.

20 (a) Der Begriff der Einlage ist gesetzlich nicht definiert. Es handelt sich nach allgemeiner Ansicht um einen bankwirtschaftlichen Begriff, der nur unter Berücksichtigung der bankwirtschaftlichen Verkehrsauffassung bestimmt werden kann (vgl. Senatsurteile vom 23. März 2010 - VI ZR 57/09, aaO Rn. 17; vom 9. November 2010 - VI ZR 303/09, aaO Rn. 11; BGH, Urteile vom 13. April 1994 - II ZR 16/93, aaO S. 380 f.; vom 9. März 1995 - III ZR 55/94, BGHZ 129, 90, 92 f.; vom 29. März 2001 - IX ZR 445/98, NJW-RR 2001, 1639, 1640; Beschluss vom 17. April 2007 - 5 StR 446/06, NStZ 2007, 647; BVerwGE 69, 120, 124; VGH Kassel, WM 2009, 1889, 1891; OVGE Berlin 17, 45, 49 f.; VG Berlin, WM 1986, 879, 881; NJW-RR 2000, 642, 643; VG Frankfurt am Main, BKR 2011, 427 Rn. 30; Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, aaO Rn. 36; Reschke in Beck/Samm/Kokemoor, aaO Rn. 92 f. (Stand: März 2011); Serafin/Weber in Luz/Neus/Scharpf/Schneider/Weber, aaO Rn. 11; Brogl in Reischauer/Kleinhans, aaO Rn. 41 (Stand: März 2010); Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, aaO Rn. 18; Barleon in Assies/Beule/Heise/Strube, aaO Rn. 3;

Canaris, BB 1978, 227, 228; Demgensky/Erm, aaO S. 1450; BaFin-Merkblatt - Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts, aaO, 1c).

21 (aa) Nach ständiger Verwaltungspraxis der BaFin, die auch von Rechtsprechung und Literatur aufgegriffen worden ist, nimmt ein Unternehmen jedenfalls dann fremde Gelder als "Einlagen" entgegen, wenn von einer Vielzahl von Geldgebern auf der Grundlage typisierter Verträge darlehens- oder in ähnlicher Weise laufend Gelder entgegengenommen werden, die ihrer Art nach nicht banküblich besichert sind (BaFin-Merkblatt - Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts, aaO, 1c; vgl. BT-Drucks. 13/7142, S. 62; BGH, Urteile vom 13. April 1994 - II ZR 16/93, aaO S. 380; vom 29. März 2001 - IX ZR 445/98, aaO; Beschlüsse vom 24. August 1999 - 1 StR 385/99, NStZ 2000, 37, 38; vom 17. April 2007 - 5 StR 446/06, aaO; vom 9. Februar 2011 - 5 StR 563/10, NStZ 2011, 410, 411; OLG Stuttgart, NJW 1980, 1798, 1799; OVGE Berlin 12, 217, 219; 17, 45, 48 f.; OVG Berlin, Beschluss vom 11. Februar 1994 - 1 S 99.93, juris Rn. 4; VG Berlin, NJW-RR 2000, 642, 643; VG Frankfurt am Main, aaO; Bähre/Schneider, KWG, 3. Aufl., § 1 Anm. 7; Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, aaO Rn. 36; Reschke in Beck/Samm/Kokemoor, aaO Rn. 94 (Stand: März 2011); Häberle in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 1 KWG Rn. 7 (Stand: Juni 2011); Serafin/Weber in Luz/Neus/Scharpf/Schneider/Weber, aaO Rn. 11; Brogl in Reischauer/Kleinhans, aaO Rn. 37 (Stand: März 2010); Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, aaO Rn. 17; Szagunn/Haug/Ergenzinger, aaO Rn. 17; Barleon in Assies/Beule/Heise/Strube, aaO Rn. 2; Schürmann in Schimansky/Bunte/Lwowski, aaO Rn. 5).

22 Diese Formel lehnt sich an die Begriffsbestimmung der Einlagen in § 11 der Verordnung über die Bedingungen, zu denen Kreditinstitute Kredite gewähren und Einlagen entgegennehmen dürfen (Zinsverordnung) vom 5. Februar 1965 (BGBl. I S. 33; aufgehoben durch Verordnung vom 21. März 1967, BGBl. I

S. 352), an (vgl. BGH, Urteil vom 9. März 1995 - III ZR 55/94, aaO S. 93 f.; OVGE Berlin 17, 45, 48 f.; Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, aaO Rn. 37; Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, aaO Rn. 17; Szagunn/Haug/Ergenzinger, aaO Rn. 17; Barleon in Assies/Beule/Heise/Strube, aaO Rn. 2). Nach § 11 Nr. 3 der Zinsverordnung waren Einlagen fremde Gelder, die Kreditinstitute von Nichtkreditinstituten entgegennehmen, mit Ausnahme von Geldern, die als Kredit aufgenommen werden, sofern für den Einzelfall ein schriftlicher Kreditvertrag geschlossen und der Kredit banküblich gesichert wird. Das Fehlen einer banküblichen Besicherung des Rückzahlungsanspruchs bildet nunmehr ein ungeschriebenes, aus dem Gesetzeszweck folgendes Tatbestandsmerkmal des Einlagengeschäfts (vgl. BT-Drucks. 15/3641, S. 36; Senatsurteil vom 23. November 2010 - VI ZR 244/09, aaO Rn. 14; BGH, Urteil vom 15. Februar 1979 - III ZR 108/76, BGHZ 74, 144, 159; OVG Berlin, Beschluss vom 11. Februar 1994 - 1 S 99.93, aaO; Brogl in Reischauer/Kleinhans, aaO Rn. 37 (Stand: März 2010); Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, aaO Rn. 19; Schürmann in Schimansky/Bunte/Lwowski, aaO Rn. 6d; BaFin-Merkblatt - Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts, aaO, 1e).

23 (bb) In einer Entscheidung aus dem Jahre 1984 hat das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung vertreten, die oben genannte, auf ein Schreiben des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen vom 24. April 1968 zurückgehende Definition reiche nicht aus, um das Einlagengeschäft als Bankgeschäft von der den Vorschriften des Kreditwesengesetzes nicht unterliegenden Annahme sonstiger Fremdgelder verlässlich unterscheiden zu können. Nach der maßgeblichen bankwirtschaftlichen Verkehrsauffassung setze das Einlagengeschäft voraus, dass fremde Gelder zwecks Finanzierung des Aktivgeschäfts des annehmenden Unternehmens, d.h. mit der Intention entgegengenommen würden, durch eine positive Differenz zwischen den Bedingungen der Geldannahme einerseits, des Aktivgeschäfts andererseits, Gewinn zu erzielen (BVerwGE

69, 120, 124, 126). Dementsprechend sieht der Bundesgerichtshof die Absicht der Mittelverwendung für eigene Zwecke des Annehmenden, insbesondere zur Finanzierung des eigenen Aktivgeschäfts, auf dieser Grundlage als alleiniges beziehungsweise zusätzliches Kriterium für das Vorliegen eines Einlagengeschäfts an; dem ist die Literatur weitgehend gefolgt (vgl. Senatsurteile vom 11. Juli 2006 - VI ZR 339/04, aaO Rn. 23 und - VI ZR 340/04, aaO Rn. 21; vom 23. November 2010 - VI ZR 244/09, aaO Rn. 15; BGH, Urteile vom 9. März 1995 - III ZR 55/94, aaO S. 95; vom 29. März 2001 - IX ZR 445/98, aaO; Beschlüsse vom 17. April 2007 - 5 StR 446/06, aaO; vom 9. Februar 2011 - 5 StR 563/10, aaO; Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, aaO Rn. 36, 38; Reschke in Beck/Samm/Kokemoor, aaO Rn. 95-97 (Stand: März 2011); Brogl in Reischauer/Kleinhans, aaO Rn. 42 (Stand: März 2010); Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, aaO Rn. 18; Szagunn/Haug/Ergenzinger, aaO Rn. 18a f.; Barleon in Assies/Beule/Heise/Strube, aaO Rn. 3, 5; Demgensky/Erm, aaO S. 1450 f.; Loritz, aaO S. 310; kritisch: Bähre/Schneider, aaO; Schürmann in Schimansky/Bunte/Lwowski, aaO Rn. 5; Wallat, NJW 1995, 3236 f.). Auch die BaFin definiert Einlagen im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 1 KWG als jedenfalls solche fremden Gelder, die an Unternehmen von mehreren Geldgebern, die keine Kreditinstitute im Sinne des § 1 Abs. 1 KWG sind, zur unregelmäßigen Verwahrung, als Darlehen oder in ähnlicher Weise ohne Bestellung banküblicher Sicherheiten und ohne schriftliche Vereinbarung im Einzelfall laufend zur Finanzierung des auf Gewinnerzielung gerichteten Aktivgeschäfts entgegengenommen werden (BaFin-Merkblatt - Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts, aaO, 1c).

24 Bereits die ständige Geschäftspraxis der Schuldnerin in den 1970er Jahren erfüllte alle Merkmale des Einlagengeschäfts: Die Schuldnerin nahm Gelder von einer Vielzahl von Geldgebern, die keine Kreditinstitute waren - nämlich von im Durchschnitt 160 bis 300 Winzern der Winzergemeinschaft -, mit einer Rück-

zahlungsverpflichtung und ohne bankübliche Besicherung laufend entgegen, um damit in ihrem Aktivgeschäft zu wirtschaften. Diese bestehende Geschäftspraxis wurde mit Vereinbarung vom 6. Oktober 1989 lediglich schriftlich fixiert; eine schriftliche Vereinbarung im Einzelfall, d.h. zwischen der Schuldnerin und dem jeweils einzahlenden Mitglied der Winzergemeinschaft, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

25 (b) Die Tätigkeit der Schuldnerin erfüllte die Kriterien des Einlagengeschäfts aber nicht nur im Sinne einer allgemeinen Definition, sondern entgegen der Auffassung der Revision auch im Hinblick auf die Betrachtung einzelner Fallgruppen.

26 (aa) Das Berufungsgericht stützt sich insoweit auf die rechtliche Einschätzung der BaFin zur Fallgruppe der im Landhandel tätigen Warengenossenschaften. Diese führten nach der Darstellung der BaFin Kundenkonten für Anzahlungen und Guthaben in erheblichem Umfang, die als Geldanlagekonten anzusehen seien. Durch die Einlagen hätten die Genossenschaften unter anderem ihre Refinanzierung vorgenommen, um nicht auf Bankkredite angewiesen zu sein. Derartige Anlageangebote seien als Einlagengeschäft im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG einzustufen, wenn die Genossenschaft die Geldanlagen zurückzahlen müsse. Sofern die betreffenden Genossenschaften ausschließlich Gelder ihrer Kunden verwahrten, die für Wareneinkäufe verwandt würden, sei kein Einlagengeschäft anzunehmen. Von einem bloßen Verwahren von Geldern der Kunden sei indes nur dann auszugehen, wenn die Kundenguthaben auf die Gesamthöhe des Gegenwerts des Warenbezugs des betreffenden Kunden im vorangegangenen Jahr begrenzt würden (BaFin-Merkblatt - Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts, aaO, 1b bb "Warengenossenschaften"). Diese Einschätzung der BaFin entspricht einer im Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 16. Dezember 2002 (Schreiben betr.

Warengenossenschaften als Kreditinstitute i.S. des § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 Buchst. b EStG - BMF IV C 1 - S 2400 - 35/02, BStBl. I S. 1396) mitgeteilten Stellungnahme zur steuerrechtlichen Behandlung der von Warengenossenschaften geführten Kundenkonten (vgl. dazu Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, aaO Rn. 40; Brogl in Reischauer/Kleinhans, aaO Rn. 56 (Stand: März 2010); Schürmann in Schimansky/Bunte/Lwowski, aaO Rn. 7). Nach dieser Auffassung wäre vorliegend mangels Begrenzung der Guthaben ein Einlagengeschäft anzunehmen. Wie die Revision allerdings zu Recht geltend macht, ist bei der vorstehend gebildeten Fallgruppe - anders als im Streitfall - auch Arbeitnehmern der Genossenschaften sowie Nichtkunden die Geldanlage möglich, was zumindest Zweifel an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte begründet.

27 (bb) Diese Frage braucht indes nicht abschließend entschieden zu werden, denn es liegt eine aufsichtsbehördliche Stellungnahme zum Einlagenbegriff im Zusammenhang mit "Winzergeldern" vor. Demnach sind für die Auszahlung von "Winzergeldern" besondere Grundsätze maßgebend, da wegen der bestmöglichen Verwertung des aus den Trauben gewonnenen Weins bei Abschluss des Kaufvertrags der Kaufpreis noch nicht feststeht. Die im Verlauf einer Abrechnungsperiode geleisteten Zahlungen oder erteilten Zwischenabrechnungen der Winzergenossenschaften stellen deshalb bis zur endgültigen Jahrgangsabrechnung, die sich je nach Verkaufslage lange hinstrecken kann, nur Vorschüsse auf den endgültigen Traubenpreis dar. Mit der Endabrechnung wird allerdings die Traubengeldverpflichtung fällig. Wenn ein Mitglied (Winzer) gemäß den Zwischenabrechnungen keine Vorauszahlung verlangt, können die nicht in Anspruch genommenen Beträge verzinst werden. Insoweit handelt es sich bei den derart entstandenen "Guthaben" der Winzer nicht um Einlagen im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG. Jede Verbindlichkeit einer Winzergenossenschaft gegenüber ihren Mitgliedern ist jedoch insoweit als Einlage anzusehen, als die mit der Endabrechnung fällig gewordenen Beträge einschließlich

der hinsichtlich des jeweiligen Jahrgangs nicht in Anspruch genommenen Vorschüsse nicht unverzüglich an die Mitglieder ausgezahlt werden (Schreiben des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen vom 17. Juli 1974 - I 3 - 112 - 2/74, zitiert nach Brogl in Reischauer/Kleinhans, aaO Rn. 56 (Stand: März 2010)). Diese Grundsätze sind auch für die rechtliche Beurteilung des Streitfalls heranzuzuziehen. Den Winzern der Winzergemeinschaft oblag eine Pflicht zur Ablieferung ihrer Trauben an die Schuldnerin, die der Ablieferungspflicht gegenüber einer Winzergenossenschaft vergleichbar ist. Soweit die Schuldnerin die fälligen, den Winzern zustehenden Beträge nicht unverzüglich an diese auszahlte, sondern als verzinsliches Guthaben stehen ließ, bestätigt die zitierte Auffassung der Erlaubnisbehörde die Bewertung als Einlagen im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 1 KWG. Dem steht nicht entgegen, dass Gegenforderungen der Schuldnerin wegen des Einkaufs von Wein durch die Winzer bei der Auszahlung der folgenden Ernte verrechnet wurden und die zu verzinsende Einlage der Höhe nach dem Saldo entsprach. Auch dass der Winzer jederzeit über die Einlage verfügen konnte und keine Vorfälligkeitsentschädigung oder Strafzinsen zu zahlen hatte, spricht nicht zwingend gegen ein Einlagengeschäft. Dies entspricht etwa der Praxis der Banken bei Online-Tagesgeldkonten.

28 (cc) Die von der Revision gezogene Parallele zu den Brauereidarlehen, die nach ständiger Verwaltungspraxis der BaFin unter bestimmten Voraussetzungen gewohnheitsrechtlich nicht als Kreditgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG gewertet werden (vgl. dazu BaFin-Merkblatt - Hinweise zum Tatbestand des Kreditgeschäfts (Stand: Januar 2009), 1a cc (2)), vermag demgegenüber mangels Vergleichbarkeit der Sachverhalte nicht zu überzeugen. So werden Brauereidarlehen von den Brauereien an die einzelnen Gastwirte gewährt, die im Gegenzug eine Bierbezugsverpflichtung eingehen; im Streitfall hingegen bestand eine Ablieferungspflicht der einzelnen Winzer gegenüber der Schuldnerin, welche Teile der den Winzern zustehenden Gelder jederzeit ab-

rufbar einbehielt. Da sich mithin in einem Fall die Brauerei, im anderen der einzelne Winzer in der Rolle des Darlehensgebers befindet, wird erstere Fallgestaltung zu Recht unter dem Gesichtspunkt des Kreditgeschäfts, letztere als Einlagengeschäft erörtert. Mit Recht weist die Revisionserwiderung darauf hin, dass bei einem Einlagengeschäft ohne Unterstellung unter die Bankenaufsicht der Einleger Gefahr läuft, sein Geld unseriösen und inkompetenten Unternehmen zu überlassen und auf diese Weise zu verlieren. Beim Kreditgeschäft bestehen vergleichbare Gefahren hingegen nicht. Das Verbot des Kreditgeschäfts zielt primär darauf ab, den Verkehr vor wucherischen Kreditvergaben zu schützen. Bei Arbeitgeber- und Brauereidarlehen besteht die Gefahr außerdem schon deswegen nicht, weil mit den Darlehen eine langfristig angelegte schuldrechtliche Verbindlichkeit einhergeht, deren Förderung die Kreditvergabe dient und deren Zweck nur bei günstigen Konditionen erreicht werden kann.

29 (dd) Soweit die Revision darauf abstellen will, dass die Einlage von "Winzergeld" seit über 25 Jahren praktiziert werde, steht einer kraft Gewohnheitsrechts anzuerkennenden Ausnahme das Schreiben des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen entgegen, welches schon im Jahre 1974 die bei Fälligkeit nicht ausgezahlten "Winzergelder" ausdrücklich unter den Einlagenbegriff subsumierte. Die Entstehung von Gewohnheitsrecht erfordert nicht nur eine tatsächliche Übung, die eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine ist, sie muss auch von den Beteiligten als verbindliche Rechtsnorm anerkannt sein (vgl. BVerfGE 22, 114, 121; 28, 21, 28 f.). Notwendig ist mithin die Überzeugung der beteiligten Verkehrskreise, durch die Einhaltung der Übung bestehendes Recht zu befolgen (vgl. BVerfG, NJW 2009, 1469 Rn. 62; BGH, Beschluss vom 19. Juni 1962 - I ZB 10/61, BGHZ 73, 219, 221 f.; Palandt/Sprau, BGB, 72. Aufl. Einl. Rn. 22). Nach dem Inhalt des Schreibens des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen konnten die Beklagten davon nicht ausgehen.

30 d) Indem die Beklagten als Organe der Komplementär-GmbH der Schuldnerin Bankgeschäfte ohne aufsichtsbehördliche Erlaubnis führten, verstießen sie gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG; zugleich erfüllten sie den Straftatbestand des § 54 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1, Abs. 2 KWG in Verbindung mit § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Sie handelten dabei jedenfalls fahrlässig, denn sie hätten sich vor Aufnahme der Geschäftspraxis der Entgegennahme von "Winzergeld", spätestens aber vor Abschluss der Vereinbarung vom 6. Oktober 1989, über etwaige Erlaubniserfordernisse unterrichten müssen (vgl. Senatsurteile vom 11. Juli 2006 - VI ZR 339/04, aaO Rn. 26 und - VI ZR 340/04, aaO Rn. 24; vom 15. Mai 2012 - VI ZR 166/11, aaO Rn. 32; BGH, Urteil vom 21. April 2005 - III ZR 238/03, aaO). Eine entsprechende Erkundigung hätte auch bereits in den 1970er und 1980er Jahren erbracht, dass die von der Schuldnerin aufgenommene Tätigkeit erlaubnispflichtig ist, denn schon nach den seinerzeit entwickelten, bereits aufgezeigten Kriterien handelte es sich um die Annahme fremder Gelder als Einlagen, die in der am 1. Januar 1962 in Kraft getretenen Fassung des Kreditwesengesetzes unter Erlaubnisvorbehalt gestellt worden war.

31 e) Der Verstoß gegen das Schutzgesetz war auch schadensursächlich, denn hätte die Schuldnerin von der unerlaubten Entgegennahme der "Winzergelder" abgesehen, wäre es nicht zum Verlust des vom Kläger eingelegten Kapitals in der Insolvenz der Schuldnerin gekommen. Hätte der Kläger das Geld als Einlage bei einer Bank eingezahlt, die über eine Erlaubnis verfügte, wäre das Geld bei einem Kreditinstitut angelegt worden, das gemäß § 11 Abs. 1 KWG jederzeit eine ausreichende Zahlungsbereitschaft gewährleisten musste und bezüglich der Einhaltung dieser Bedingungen von der Aufsichtsbehörde überwacht worden wäre (vgl. Senatsurteile vom 11. Juli 2006 - VI ZR 339/04, aaO Rn. 27 und - VI ZR 340/04, aaO Rn. 25).

32

f) Die Beklagten haften für den von ihnen als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Schuldnerin begangenen Verstoß gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG persönlich nach § 823 Abs. 2 BGB, weil sie den Schaden selbst durch eine unerlaubte Handlung herbeigeführt haben, (Senatsurteile vom 14. Mai 1974 - VI ZR 8/73, NJW 1974, 1371, 1372; vom 29. September 1987 - VI ZR 300/86, NJW-RR 1988, 671; vom 5. Dezember 1989 - VI ZR 335/88, BGHZ 109, 297, 303 f.; vom 11. Juli 1995 - VI ZR 409/94, VersR 1995, 1205; vom 12. März 1996 - VI ZR 90/95, VersR 1996, 713, 714; vom 12. März 1996 - VI ZR 90/95, VersR 1996, 713, 714; vom 11. Juli 2006 - VI ZR 339/04, aaO Rn. 28 und - VI ZR 340/04, aaO Rn. 26 und vom 10. Juli 2012 - VI ZR 341/10, VersR 2012, 1261 Rn. 24; BGH, Urteile vom 31. März 1971 - VIII ZR 256/69, BGHZ 56, 73, 77; vom 5. Dezember 2008 - V ZR 144/07, NJW 2009, 673 Rn. 12; BGH, Urteile vom 31. März 1971 - VIII ZR 256/69, BGHZ 56, 73, 77; vom 21. April 2005 - III ZR 238/03, aaO S. 1396 und vom 5. Dezember 2008 - V ZR 144/07, VersR 2009, 1376 Rn. 12; MünchKommGmbHG/Fleischer 2012, § 43 Rn. 339, 347; Paefgen in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG 2006, § 43 Rn. 202; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl., § 93 Rn. 223), und zwar als Gesamtschuldner gemäß § 840 Abs. 1 BGB (vgl. Senatsurteile vom 11. Juli 2006 - VI ZR 339/04, aaO Rn. 28 und - VI ZR 340/04, aaO Rn. 26; BGH, Urteil vom 21. April 2005 - III ZR 238/03, aaO S. 1396). Dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung ist - entsprechend dem Begehren des Klägers in der Berufungsinstanz - dadurch Rechnung getragen, dass die Beklagten Zahlung Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche des Klägers im Insolvenzverfahren schulden (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 2005 - III ZR 238/03, aaO S. 1396).

33 2. Nach alledem hat das Berufungsgericht mit Recht die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Ob die Beklagten dem Kläger auch wegen sittenwidriger Schädigung haften, wie dies vom Landgericht angenommen worden ist, bedarf keiner weiteren Entscheidung. Den dagegen vorgebrachten Angriffen der Revision muss mithin nicht weiter nachgegangen werden.

Galke Zoll Wellner

Diederichsen Pauge

Vorinstanzen:
LG Landau, Entscheidung vom 28.04.2011 - 4 O 32/10 -
OLG Zweibrücken, Entscheidung vom 12.01.2012 - 4 U 75/11 -