



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 105/05

Verkündet am:
19. Januar 2006
K i e f e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

WpHG § 2 Abs. 4, §§ 2a, 37a; KWG § 32 Abs. 1

- a) Schadensersatzansprüche gegen ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das ohne die nach § 32 Abs. 1 KWG erforderliche Erlaubnis tätig ist, unterliegen nicht der Verjährung nach § 37a WpHG.
- b) Ein Unternehmen, das sich auf den Eintritt der Verjährung nach § 37a WpHG beruft, trägt die Darlegungs- und Beweislast, dass es ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen ist und nicht zu den Unternehmen im Sinn des § 2a WpHG gehört, die nicht als Wertpapierdienstleistungsunternehmen gelten.

BGH, Urteil vom 19. Januar 2006 - III ZR 105/05 - OLG Naumburg

LG Halle

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Januar 2006 durch den Vorsitzenden Richter Schlick und die Richter Dr. Wurm, Streck, Dörr und Dr. Herrmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg im Kostenpunkt - mit Ausnahme der Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2 - und insoweit aufgehoben, als es den gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Klageanspruch betrifft.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

- 1 Der Kläger hat die Beklagten aus eigenem und aus abgetretenem Recht seiner Ehefrau auf Schadensersatz mit der Behauptung in Anspruch genommen, sie hätten ihn und seine Ehefrau im Zusammenhang mit der Vermittlung des Erwerbs von Anteilen an verschiedenen Aktienfonds, deren Kurswert in der Folgezeit ständig gefallen sei, im Frühjahr 2000 unrichtig beraten. Die Beklagte zu 1 ist nach ihren Angaben eine rechtlich verselbständigte Vertriebsorganisati-

on eines Versicherungskonzerns, die Vermögensanlagen aller Art vermittelt und vertreibt, wobei sie mit konzernzugehörigen und konzernfremden Gesellschaften durch Agenturverträge im Sinn der §§ 92, 84 ff HGB verbunden ist. Dementsprechend vermittele sie Versicherungsverträge aller Art, Fondsanteile deutscher Großbanken, Bausparverträge, Hypothekendarlehen, Baufinanzierungen und andere Finanzformen. Für ihre Vertriebstätigkeit bedient sich die Beklagte zu 1 ihrerseits selbständiger Handelsvertreter, im Streitfall des Beklagten zu 2.

- 2 Das Landgericht hat die auf Zahlung von 39.557,88 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übereignung der Fondsanteile gerichtete Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Dabei hat es eine Eigenhaftung des als Vertreter der Beklagten zu 1 aufgetretenen Beklagten zu 2 verneint und in Bezug auf die Beklagte zu 1 deren in zweiter Instanz erhobene Verjährungseinrede durchgreifen lassen. Gegen die Abweisung seiner Klage gegen die Beklagte zu 1 richtet sich die insoweit vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers.

Entscheidungsgründe

- 3 Die Revision, deren Zulassung das Berufungsgericht wirksam auf den gegen die Beklagte zu 1 (im Folgenden Beklagte) gerichteten Klageanspruch beschränkt hat, führt insoweit zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

4

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die erstmals in der Berufungsinstanz erhobene Verjährungseinrede sei jedenfalls dann, wenn sie - wie hier - nach dem unstreitigen Parteivorbringen beurteilt werden könne, ohne Rücksicht auf die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen. Mögliche Ansprüche des Klägers seien nach § 37a WpHG verjährt. Die Bestimmung erfasse auch den vertraglichen Schadensersatzanspruch aufgrund der Verletzung von Pflichten aus einem Beratungsvertrag. Die Beklagte sei ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Sinn von § 2 Abs. 4 WpHG. Denn sie sei ein Finanzdienstleistungsinstitut im Sinn dieser Vorschrift und im Sinn des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG. Dass einer der Ausnahmefälle, in denen Finanzdienstleistungsinstitute gemäß § 2 Abs. 6 KWG nicht als solche gelten, vorliege, sei nicht vorgetragen und habe als Ausnahmefall auch nicht von der Beklagten vorgetragen werden müssen. Unerheblich für die Anwendung des § 37a WpHG sei es, ob die Beklagte als Finanzdienstleistungsinstitut die für ihre Geschäftstätigkeit nach § 32 KWG erforderliche Erlaubnis besitze. Nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien sei die zu beurteilende Tätigkeit der Beklagten als Anlageberatung zu werten, die zu den Wertpapiernebenleistungen im Sinn des § 2 Abs. 3a WpHG zähle und von § 37a WpHG erfasst werde. Ein möglicher Anspruch des Klägers sei bereits mit dem Erwerb der Fondsanteile im Februar/März 2000 entstanden; auf etwaige Kursverluste nach dem Erwerb komme es nicht an (vgl. BGHZ 162, 306, 309 f). Da die Klage erst im November 2003 eingereicht worden sei, sei die dreijährige Verjährungsfrist bereits verstrichen gewesen.

II.

5 Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

6 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass eine erst in zweiter Instanz erhobene Verjährungseinrede ohne Rücksicht auf die besonderen Voraussetzungen in § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen ist, wenn sie auf der Grundlage unstreitigen Tatsachenvorbringens zu beurteilen ist (vgl. BGHZ 161, 138, 142). Im Übrigen könnte die Revision, was der Kläger nicht anders sieht, nicht darauf gestützt werden, das Berufungsgericht habe bei der Zulassung neuen Tatsachenvortrags die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO nicht beachtet (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Januar 2004 - V ZR 187/03 - NJW 2004, 1458, 1459 f).

7 2. In der Sache genügen die Feststellungen des Berufungsgerichts jedoch nicht, um eine Verjährung der Ansprüche des Klägers nach § 37a WpHG anzunehmen.

8 a) Nach § 37a WpHG verjährt der Anspruch des Kunden gegen ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen auf Schadensersatz wegen der Verletzung der Pflicht zur Information und wegen fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit einer Wertpapierdienstleistung oder Wertpapiernebenleistung in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist. Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift ist danach zunächst, dass es sich bei der Beklagten um ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen handelt.

9 b) Der Begriff des Wertpapierdienstleistungsunternehmens ist in § 2 Abs. 4 WpHG (in der hier maßgeblichen Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998, BGBl. I S. 2708) legaldefiniert. Darüber hinaus enthält § 2a WpHG eine Reihe von Ausnahmestimmungen, nach denen Unternehmen, die an sich Wertpapierdienstleistungen erbringen, gleichwohl nicht als Wertpapierdienstleistungsunternehmen gelten.

10 aa) Nach § 2 Abs. 4 WpHG sind Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Sinn dieses Gesetzes Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und nach § 53 Abs. 1 Satz 1 KWG tätige Unternehmen, die Wertpapierdienstleistungen allein oder zusammen mit Wertpapiernebenleistungen gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Dass hier mit der behaupteten fehlerhaften Beratung eine Wertpapiernebenleistung im Sinn des § 2 Abs. 3a Nr. 3 WpHG in Rede steht, genügt für die Annahme, die Beklagte sei ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, alleine nicht. Denn nach § 2 Abs. 4 WpHG ist die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen ("allein oder zusammen mit") entscheidend (vgl. Assmann, in: Assmann/Schneider, Wertpapierhandelsgesetz, 3. Aufl. 2003, § 2 Rn. 85). Unternehmen, die sich auf die Beratung beschränken, ohne Wertpapierdienstleistungen zu erbringen, sind Finanzunternehmen im Sinn des § 1 Abs. 3 Nr. 6 KWG, nicht Finanzdienstleistungsinstitute im Sinn des § 1 Abs. 1a KWG (vgl. Schwark/Beck, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 3. Aufl. 2004, § 2 WpHG Rn. 39, 43).

11 bb) Zu Recht zieht das Berufungsgericht in Betracht, dass es sich bei der Beklagten um ein Finanzdienstleistungsinstitut im Sinn des § 1 Abs. 1a KWG handelt, das nach Satz 2 Nr. 1 dieser Bestimmung Geschäfte über die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten vermittelt oder nachweist,

eine Tätigkeit also, die nach § 2 Abs. 3 Nr. 4 WpHG als Wertpapierdienstleistung im Sinn dieses Gesetzes verstanden wird. Zu dem Finanzinstrument "Wertpapier" gehören auch die hier betroffenen Anteilscheine/Anteile an Investmentvermögen, die von einer Kapitalanlagegesellschaft ausgegeben werden (§ 2 Abs. 1 Satz 2 WpHG, jetzt in Verbindung mit § 2 Abs. 2b WpHG).

12 cc) Das Berufungsgericht hätte indes der Frage nachgehen müssen, ob die Beklagte zu den Unternehmen gehört, die nach § 2a WpHG nicht als Wertpapierdienstleistungsunternehmen gelten. Dies gilt insbesondere für die in § 2a Abs. 1 Nr. 7 WpHG (vgl. auch § 2 Abs. 6 Nr. 8 KWG) behandelte Fallgestaltung, in der als einzige Wertpapierdienstleistung die Weiterleitung von Aufträgen zum Erwerb oder zur Veräußerung von Anteilscheinen von Kapitalanlagegesellschaften (jetzt: Anteile an Investmentvermögen) an ein Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut genannt ist, sofern das Unternehmen nicht befugt ist, sich bei der Erbringung dieser Wertpapierdienstleistung Eigentum oder Besitz an Geldern, Anteilscheinen oder Anteilen von Kunden zu verschaffen. Diese Frage kann nicht mit der Begründung unbeantwortet bleiben, es fehle insoweit an Vortrag und die Beklagte habe sich zu einem solchen Ausnahmefall nicht äußern müssen.

13 (1) Nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen ist die Beklagte, die sich auf die Einrede der Verjährung beruft, darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die Voraussetzungen der von ihr in Anspruch genommenen Norm vorliegen. Sie muss daher nachweisen, dass sie ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen ist. Ihr Vortrag lässt insoweit eine sichere Einordnung jedoch nicht zu. Die Beklagte hat sich, ohne sich mit den hier anzuwendenden, für ihre Geschäftstätigkeit - wie noch auszuführen ist - geradezu grundlegenden Bestimmungen auseinanderzusetzen, ohne weitere Begründung auf Verjährung der

Ansprüche nach § 37a WpHG berufen. Zu ihrer Geschäftstätigkeit hat sie - in anderem Zusammenhang - nicht mehr als im Tatbestand wiedergegeben vorge-
tragen. Ist es hiernach aber ebenso möglich, dass die Dienstleistungen der Be-
klagten nach § 2a Abs. 1 Nr. 7 WpHG einzuordnen sind - insoweit weist die Re-
vision zu Recht darauf hin, dass der Auftrag zum Erwerb von Anteilscheinen
unmittelbar an die Kapitalanlagegesellschaft auf einem von dieser gestalteten
Vordruck gerichtet ist -, ist nicht eindeutig zu entscheiden, dass die Beklagte als
Wertpapierdienstleistungsunternehmen zu behandeln ist.

- 14 (2) Der Umstand, dass § 2a WpHG Ausnahmetatbestände beschreibt, rechtfertigt es nicht, insoweit den Kläger für darlegungsverpflichtet zu halten. Vielmehr beruht die Ausgestaltung der hier anwendbaren Fassung der Norm - wie auch die des § 2 Abs. 4 WpHG - auf dem Gesetz zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften vom 22. Oktober 1997 (sogenannte 6. KWG-Novelle; BGBl. I S. 2518), namentlich auf der Umsetzung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen (ABIEG Nr. L 141 S. 27). So sieht die Richtlinie vor, dass Wertpapierfirmen ihre Tätigkeit erst nach einer Zu-
lassung durch den Herkunftsmitgliedstaat aufnehmen können (Art. 3 Abs. 1) und seinen Aufsichts- und Wohlverhaltensregeln unterliegen (Art. 10, 11). Wegen des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung können diese Unternehmen aufgrund der Zulassung ihre Geschäftstätigkeit gemeinschaftsweit ausüben. Umgesetzt ist der Kreis der betroffenen Wertpapierfirmen durch § 2 Abs. 4 WpHG; die Finanzdienstleistungsinstitute bedürfen - wie bisher schon die Kreditinstitute - nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG der Erlaubnis des Bundesauf-
sichtsamtes für das Kreditwesen (jetzt der Bundesanstalt für Finanzdienstlei-
stungsaufsicht) und unterliegen den Wohlverhaltensregeln der §§ 31 ff WpHG

sowie der Überwachung und Prüfung der Meldepflichten und Verhaltensregeln (§§ 35, 36 WpHG).

- 15 Die Richtlinie hat jedoch, wie sich insbesondere aus ihren Begründungserwägungen 16 bis 23 und der Regelung in Art. 2 Abs. 2 ergibt, verschiedene Fallkonstellationen aus ihrem Anwendungsbereich ausgeklammert, die durch § 2a WpHG umgesetzt worden sind. In der 21. Begründungserwägung werden insoweit Unternehmen genannt, die lediglich Aufträge entgegennehmen und an bestimmte Gegenparteien weiterleiten, ohne Geld oder Wertpapiere ihrer Kunden zu halten. Für sie gelten nicht die Niederlassungsfreiheit und der freie Dienstleistungsverkehr nach Maßgabe dieser Richtlinie, sondern, wenn sie in einem anderen Mitgliedstaat tätig werden wollen, die von diesem Mitgliedstaat erlassenen einschlägigen Bestimmungen. Dem entspricht es, dass Unternehmen, die unter den Katalog in § 2a WpHG (vgl. auch § 2 Abs. 6 Satz 1 KWG) fallen, weder der Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG noch den Wohlverhaltensregeln der §§ 31 ff WpHG unterliegen (vgl. Assmann aaO § 2a Rn. 32). Speziell zu den in § 2 Abs. 6 Satz 1 Nr. 8 KWG (entspricht § 2a Abs. 1 Nr. 7 WpHG) genannten Unternehmen wird in der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur 6. KWG-Novelle ausgeführt, sie bedürften der Aufsicht nicht. Da es sich bei Investmentanteilen um standardisierte Produkte handle und das Unternehmen, an das die Vermittlung erfolge, der Aufsicht unterliege, berge das bloße Weiterleiten von Aufträgen keine besonderen Risiken. Das vermittelnde Unternehmen führe folglich keine aufsichtsrechtlich relevante Tätigkeit aus (vgl. BT-Drucks. 13/7142 S. 71 f; hierzu auch Assmann aaO § 2a Rn. 32).

16 (3) Ob die Beklagte hiernach als ein der Erlaubnispflicht unterliegendes Wertpapierdienstleistungsunternehmen oder als ein von der Erlaubnispflicht befreites Unternehmen im Sinn des § 2a WpHG einzuordnen ist, für das die Verjährungsregelung des § 37a WpHG nicht gilt, stand zu ihrer Darlegungslast. Während sie ihre Eigenschaft als Wertpapierdienstleistungsunternehmen durch einen Hinweis auf die ihr als Finanzdienstleistungsinstitut erteilte Erlaubnis hätte darlegen und belegen können, standen dem Kläger als Kunden keine ohne weiteres zugänglichen Informationen zur Verfügung. Soweit die Revisionserweiterung, die sich nicht zu dem vom Kläger nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht gehaltenen Vortrag geäußert hat, eine Suchanfrage in der Datenbank der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht habe ergeben, dass die Beklagte keine Erlaubnis nach § 32 KWG besitze, geltend macht, § 2a Abs. 1 Nr. 7 WpHG sei nicht anwendbar, weil die Tätigkeit der Beklagten nicht auf eine reine Botentätigkeit beschränkt sei, übersieht sie, dass der Anwendungsbereich dieser Bestimmung auch den Nachweis und die Vermittlung, also Wertpapierdienstleistungen, umfasst; gleichwohl werden die betroffenen Unternehmen - mit allen hieran geknüpften Folgen - nicht als Wertpapierdienstleistungsunternehmen behandelt (vgl. Assmann aaO § 2a Rn. 33; Schwark/Beck, § 2a WpHG Rn. 12; Weber-Rey/Baltzer WM 1997, 2288, 2290; Jung BB 1998, 649, 652).

17 c) Geht man von einem rechtmäßigen Verhalten der Beklagten aus, müsste sie sich, wenn sie keine Erlaubnis nach § 32 KWG erlangt hätte, auf die in § 2a Abs. 1 Nr. 7 WpHG behandelte Tätigkeit beschränkt haben. Unterstellt man, wie das Berufungsgericht, die Beklagte hätte Wertpapierdienstleistungen ohne die hierfür erforderliche Erlaubnis nach § 32 KWG erbracht, wäre die Verjährungsbestimmung des § 37a WpHG nach dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift nicht anwendbar. Zwar ist dem Berufungsgericht darin zuzustimmen,

dass die Erlaubnis nicht Definitionsmerkmal für ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Sinn des § 2 Abs. 4 WpHG ist; vielmehr knüpft die Erlaubnispflicht daran an, dass ein Unternehmen Finanzdienstleistungen/Wertpapierdienstleistungen erbringen möchte. Das bedeutet jedoch nicht, dass ein Unternehmen, das ohne die hierfür erforderliche Erlaubnis Wertpapierdienstleistungen erbringt, sich auf § 37a WpHG berufen könnte. Vor Einführung dieser Bestimmung durch das Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Drittes Finanzmarktförderungsgesetz) vom 24. März 1998 (BGBl. I S. 529) verjährten entsprechende Ansprüche gegen Anlagevermittler/-berater in der regelmäßigen Frist von 30 Jahren. In der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung wird zu dieser Bestimmung ausgeführt, die regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren sei angesichts der Schnelligkeit des heutigen Geschäftsverkehrs gerade im Wertpapierbereich überholt. Sie sei auch unangemessen lang im Vergleich zu den für andere beratende Berufe geltenden Regelungen (§ 51b BRAO, § 51a WPO, § 68 StBerG). Die Begrenzung der Regelung auf Wertpapierdienstleistungsunternehmen trage dem Umstand Rechnung, dass diese Unternehmen einer besonderen wertpapierhandelsrechtlichen Aufsicht unterliegen, die insbesondere das Verhalten dieser Unternehmen gegenüber ihren Kunden bei Transaktionen im Wertpapierbereich überwache (vgl. BT-Drucks. 13/8933 S. 96). Die Bezugnahme auf die besonderen Verjährungsregelungen für Ansprüche gegen Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, die allesamt erhebliche Zugangsvoraussetzungen erfüllen müssen, um ihrer beratenden Tätigkeit nachgehen zu können, und der ausdrücklich hervorgehobene Zusammenhang zwischen der Verkürzung der Verjährungsfrist auf drei Jahre und der Beaufsichtigung der Wertpapierdienstleistungsunternehmen gebieten es, solchen Unternehmen die Berufung auf die kurze Verjährungsfrist zu versagen, die zwar der Sache nach Wertpapierdienstleistungen erbringen, aber ohne die erforderliche Erlaubnis ihre Geschäftstätigkeit auf-

nehmen und sich der damit verbundenen Aufsicht entziehen (so auch Koller, in: Assmann/Schneider, § 37a Rn. 2; Schwark/Schwark, § 37a WpHG Rn. 3; Ellenberger, WM 2001, Sonderbeilage 1, S. 2, 15; ders., Prospekthaftung im Wertpapierhandel, 2001, S. 120; Schäfer, Festschrift Schimansky, 1999, S. 699, 703 f). Eine (analoge) Anwendung dieser Vorschrift auf solche Unternehmen stünde auch nicht in Einklang damit, dass nach der Rechtsprechung des Senats § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG ein Schutzgesetz im Sinn des § 823 Abs. 2 BGB zugunsten des einzelnen Kapitalanlegers ist, so dass sich ein Unternehmen, das ohne eine entsprechende Erlaubnis Finanzdienstleistungen erbringt, nach deliktsrechtlichen Grundsätzen schadensersatzpflichtig macht (Urteil vom 21. April 2005 - III ZR 238/03 - NJW 2005, 2703 f).

- 18 3. Greift die Verjährungseinrede der Beklagten aufgrund des bisherigen unstreitigen Vorbringens in der Berufungsinstanz nicht durch, muss das Berufungsgericht im Weiteren prüfen, ob der Beklagten die vom Kläger behauptete Pflichtverletzung zur Last fällt.

Schlick

Wurm

Streck

Dörr

Herrmann

Vorinstanzen:

LG Halle, Entscheidung vom 02.09.2004 - 4 O 526/03 -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 24.03.2005 - 2 U 129/04 -