



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VI ZR 166/11

Verkündet am:  
15. Mai 2012  
Böhringer-Mangold  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 823 Abs. 2 Be, Bf, § 830 Abs. 2; KWG § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1, § 32  
Abs. 1 Satz 1

Zu den Voraussetzungen einer Haftung als Gehilfe einer unerlaubten Anlage-  
vermittlung.

BGH, Urteil vom 15. Mai 2012 - VI ZR 166/11 - OLG Düsseldorf  
LG Mönchengladbach

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Mai 2012 durch den Vorsitzenden Richter Galke, die Richter Zoll, Wellner und Stöhr sowie die Richterin von Pentz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 27. Mai 2011 aufgehoben, soweit es zum Nachteil des Beklagten ergangen ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger verfolgt Schadensersatzansprüche wegen einer fehlgeschlagenen Kapitalanlage.
- 2 Der Sohn des Beklagten gründete Ende 1995 als Gesellschafter die N. GmbH. Diese betrieb ein Effekten- und Depotgeschäft, vertrieb amerikanische Aktien und vermittelte sie an von ihr beratene Kunden. Die N. GmbH war nicht im Besitz einer Erlaubnis nach dem Kreditwesengesetz.

3            Der Beklagte war 1995 und 1996 Geschäftsführer der N. GmbH, danach  
- bis zum 2. Juli 1998 - deren Prokurist. In dieser Funktion war er unter ande-  
rem mit der Buchhaltung und der Auszahlung von Mitarbeiterprovisionen be-  
fasst.

4            Der Kläger wurde von der N. GmbH beraten. Deren Mitarbeiter empfah-  
len ihm, amerikanische Aktien der Firma P. entweder über sie direkt oder über  
die Hausbank zu erwerben. Der Kläger erwarb über seine Hausbank P.-Aktien  
für umgerechnet 71.989,16 €, und zwar in insgesamt acht Kaufaufträgen zwi-  
schen dem 5. Mai 1998 und dem 22. Juni 1998 sowie in zwei weiteren Käufen  
vom 19. August 1998.

5            Die N. GmbH erwirtschaftete seit Beginn ihrer Geschäftstätigkeit Verlus-  
te. Der Sohn des Beklagten verbrauchte Anlegergelder für sich, statt sie wei-  
sungsgemäß zum Erwerb von Aktien zu verwenden. Er wurde später wegen  
Betrugs zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt.

6            Der Kläger verlangt Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises für die  
P.-Aktien vom Beklagten, weil dieser, als er 1996 noch Geschäftsführer war,  
den unerlaubten Geschäftsbetrieb nicht unterbunden habe. Das Landgericht hat  
die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht  
den Beklagten zur Zahlung der Klageforderung Zug um Zug gegen Herausgabe  
der P.-Aktien verurteilt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision  
erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

- 7 Das Berufungsgericht hat dem Kläger einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 32 KWG zuerkannt, weil die N. GmbH ohne die nach § 32 KWG erforderliche schriftliche Erlaubnis des Bundesaufsichtsamts im Hinblick auf die vom Kläger im Jahr 1998 erworbenen P.-Aktien eine gemäß § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG in der Fassung des Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen erlaubnispflichtige Anlagevermittlung in Form der Nachweismakelei betrieben habe.
- 8 Der Beklagte hafte für diesen Schadensersatzanspruch jedenfalls als Gehilfe gemäß § 830 Abs. 2 BGB. Er habe den rechtswidrigen Geschäftsbetrieb und die Erreichung der Ziele seines Sohns gefördert und unterstützt, indem er die betriebliche Tätigkeit der N. GmbH durch die Übernahme von Leitungsfunktionen zunächst als Geschäftsführer, dann als Prokurist, formal und tatsächlich handelnd mindestens durch die Gewährleistung von Buchhaltung und Provisionsbearbeitung im Wege einer für Mittäter und Gehilfen typischen Arbeitsteilung unterstützt habe. In subjektiver Hinsicht habe der Beklagte entweder positive Kenntnis von dem Geschäftsmodell der Gesellschaft gehabt oder dieses zumindest keiner Überprüfung unterzogen, sondern seinem Sohn das unkontrollierte Betreiben des Geschäftsmodells ermöglicht und damit zumindest bedingt vorsätzliche Beihilfe zu der unerlaubten Handlung geleistet.
- 9 Die Schadenshöhe betreffend sei der Kläger so zu stellen, als habe er die Anlagen nicht getätigt. Zum Schaden gehörten dabei auch die Ausgaben, die ihm wegen der zeitlich nach dem Ausscheiden des Beklagten liegenden zwei Transaktionen vom 19. August 1998 entstanden seien, weil insoweit noch

eine adäquate Kausalität des vom Beklagten unterstützten Geschäftsbetriebs bestanden habe. Der Anspruch sei auch nicht verjährt.

II.

10 Die Beurteilung des Berufungsgerichts hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

11 1. Das Berufungsgericht ist allerdings 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. 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; 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). In der ab 1. Januar 1998 gültigen, hier einschlägigen Fassung dieser Vorschrift aufgrund des Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen (6. KWG-Novelle) vom 22. Oktober 1997 (BGBl. I S. 2518; im Folgenden: KWG a.F.) bedurfte derjenige, der im Inland gewerbsmäßig Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen wollte, der vorherigen schriftlichen Erlaubnis des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen (jetzt: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht - BaFin). Das Berufungsgericht hat jedoch keine hinreichenden Feststellungen getroffen, dass die N. GmbH im Hinblick auf den Erwerb von P.-Aktien durch den Kläger Mitte des Jahres 1998

gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG a.F. erlaubnispflichtige Finanzdienstleistungen erbracht hat.

12 a) Eine nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG a.F. erlaubnispflichtige Finanzdienstleistung stellte die Anlagevermittlung im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG a.F. dar. Den Begriff der Anlagevermittlung definierte das Gesetz als die Vermittlung von Geschäften über die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten oder deren Nachweis. Aktien gehörten gemäß § 1 Abs. 11 Satz 1, 2 Nr. 1 Fall 1 KWG a.F. unter dem Oberbegriff der Wertpapiere zu den Finanzinstrumenten im Sinne des Gesetzes.

13 Der Tatbestand der Anlagevermittlung erfasste nach der Intention des Gesetzgebers die Tätigkeit des Nachweismaklers im Sinne des § 34c GewO, soweit sie sich auf Finanzinstrumente im Sinne des § 1 Abs. 11 KWG bezog (BT-Drucks. 13/7142, S. 65). Damit war klargestellt, dass das Merkmal "oder deren Nachweis" ausschließlich auf die Tätigkeit des Nachweismaklers im Sinne des § 34c GewO Bezug nahm (vgl. HessVGH, NJW 2003, 3578; ZIP 2010, 1841, 1845; VG Frankfurt am Main, Beschluss vom 22. November 2002 - 9 G 2819/02, juris Rn. 7; WM 2005, 1028; Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 4. Aufl., § 1 Rn. 122; Serafin/Weber in Luz/Neus/Scharpf/Schneider/Weber, KWG 2009, § 1 Rn. 38; MünchKommStGB/Janssen, 2010, § 54 KWG Rn. 50; Schröder in Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl., 10. Teil 3. Kap. Rn. 62; Hammen, WM 2001, 929, 932; Jung, BB 1998, 649, 650). § 34c Abs. 1 Satz 1 GewO zählt eine Reihe von Geschäften auf, hinsichtlich derer die gewerbsmäßige Vermittlung des Abschlusses von Verträgen oder der Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss von Verträgen einer behördlichen Erlaubnis bedarf. Die dort in einzelnen Fällen unter Erlaubnisvorbehalt gestellte Nachweismakelei wird in § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB normiert (vgl. HessVGH, Urteil vom 26. Mai 2010 - 6 A 1676/08, ZIP 2010, 1841, 1842 und

juris Rn. 58 - insoweit in ZIP 2010, 1841 nicht abgedruckt; Ennuschat in Tettlinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl., § 34c Rn. 18; Pielow/Martinez, GewO, 2009, § 34c Rn. 12 und BeckOK GewO, § 34c Rn. 12 (Stand: April 2012)). Entsprechend dem zivilrechtlichen Verständnis besteht auch aus gewerberechtlicher Sicht der Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss von Verträgen darin, dass der Gewerbetreibende dem Auftraggeber einen bisher unbekanntem Interessenten oder ein Objekt und den künftigen Vertragspartner benennt, so dass der Auftraggeber von sich aus Vertragsverhandlungen aufnehmen kann (vgl. VG Frankfurt am Main, WM 2005, 1028 f.; Ennuschat in Tettlinger/Wank/Ennuschat, aaO; Marcks in Landmann/Rohmer, GewO, § 34c Rn. 13 (Stand: August 2009); Pielow/Martinez, GewO, aaO Rn. 12 f. und BeckOK GewO, aaO Rn. 12 f. (Stand: April 2012); Hammen, aaO; Informationsblatt 1/98 des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen für inländische Unternehmen im Finanzdienstleistungssektor (Stand: April 1998), S. 2).

- 14            b) Die Anlagevermittlung ist von der Anlageberatung abzugrenzen. Die Anlageberatung wurde 1998 als Tätigkeit eines Finanzunternehmens gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 KWG a.F. eingestuft und war damit nicht erlaubnispflichtig (vgl. VG Frankfurt am Main, Beschluss vom 22. November 2002 - 9 G 2819/02, aaO; Jung, aaO S. 651 f.). Eine Erlaubnispflicht als Finanzdienstleistung besteht insoweit erst seit dem 1. November 2007 gemäß § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1a KWG in der Fassung des Finanzmarkttrichtlinie-Umsetzungsgesetzes vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1330). § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1a KWG n.F. definiert die Anlageberatung nunmehr als "die Abgabe von persönlichen Empfehlungen an Kunden oder deren Vertreter, die sich auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten beziehen, sofern die Empfehlung auf eine Prüfung der persönlichen Umstände des Anlegers gestützt oder als für ihn geeignet dargestellt wird und nicht ausschließlich über Informationsverbreitungskanäle oder für die Öffentlichkeit bekannt gegeben wird."

15

Hiermit im Einklang steht die schon vor Inkrafttreten des Kreditwesengesetzes zur vertraglichen Haftung ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abgrenzung von Anlagevermittlung einerseits, Anlageberatung andererseits (vgl. BGH, Urteile vom 25. November 1981 - IVa ZR 286/80, VersR 1982, 194, 195 und vom 13. Mai 1993 - III ZR 25/92, VersR 1993, 1104, 1105). Danach liegt regelmäßig eine Anlageberatung vor, wenn der Kapitalanleger selbst keine ausreichenden wirtschaftlichen Kenntnisse und keinen genügenden Überblick über wirtschaftliche Zusammenhänge hat und deshalb nicht nur die Mitteilung von Tatsachen, sondern insbesondere deren - häufig auf seine persönlichen Verhältnisse zugeschnittene - fachkundige Bewertung und Beurteilung erwartet, die er, der Kapitalanleger, auch besonders honoriert. Demgegenüber hat der Anlagevermittler in der Regel für eine bestimmte Kapitalanlage im Interesse des Kapitalsuchenden und auch mit Rücksicht auf eine ihm von diesem versprochene Provision den Vertrieb übernommen, wobei der Kapitalanleger von dem Anlagevermittler in erster Linie eine Auskunftserteilung über die tatsächlichen Umstände der ins Auge gefassten Anlageform erwartet (zur Abgrenzung vgl. weiterhin OLG München, Urteil vom 6. September 2006 - 20 U 2694/06, juris Rn. 44, 46; LG Münster, Urteil vom 4. September 2007 - 11 O 386/06, juris Rn. 19; aus der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung: Hess-VGH, NJW 2003, 3578 f.; VG Frankfurt am Main, Beschluss vom 22. November 2002 - 9 G 2819/02, aaO Rn. 8 f.; aus der Literatur: von Heymann/Edelmann in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl., § 4 Rn. 3 f.; Brogl in Reischauer/Kleinhans, KWG, § 1 Rn. 181 (Stand: Februar 2010); Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, KWG, 2009, § 1 Rn. 77, 80; Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, aaO Rn. 123; Informationsblatt 1/98 des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen für inländische Unternehmen im Finanzdienstleistungssektor, aaO; Merkblatt der BaFin: Hinweise zum Tatbestand der Anlagevermittlung, abrufbar unter [www.bafin.de](http://www.bafin.de)).

16 c) Anhand der Feststellungen des Berufungsgerichts über die Geschäftsbeziehungen zwischen dem Kläger und der N. GmbH sowie zum konkreten Erwerbsvorgang betreffend die P.-Aktien kann nicht zweifelsfrei beurteilt werden, ob die N. GmbH im Fall des Klägers eine erlaubnispflichtige Nachweismakelei oder eine zum damaligen Zeitpunkt noch nicht erlaubnispflichtige Anlageberatung betrieben hat. Zwar haben die Mitarbeiter der N. GmbH nach den Feststellungen des Berufungsgerichts dem Kläger konkrete Finanzinstrumente in Form der P.-Aktien zum Zwecke der Kapitalanlage empfohlen. Es fehlen jedoch hinreichende Feststellungen, dass die N. GmbH Geschäfte im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 Fall 2 KWG a.F. nachgewiesen hat. Der Kläger hat die in Rede stehenden Aktien nicht direkt über die N. GmbH, sondern über seine Hausbank erworben. Zu den weiteren Einzelheiten des Erwerbsvorgangs sowie zu etwaigen Provisionszahlungen hat das Berufungsgericht ebenso wenig nähere Feststellungen getroffen wie zu etwaigen vertraglichen Vereinbarungen. Das Berufungsurteil unterliegt mithin bereits deshalb der Aufhebung, weil die getroffenen Feststellungen einen Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB nicht tragen.

17 2. Darüber hinaus tragen auch die weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts nicht dessen Annahme einer Teilnahme des Beklagten im Sinne des § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB an einer (unterstellten) unerlaubten Handlung seines Sohnes. Die Voraussetzungen hierfür richten sich nach den für das Strafrecht entwickelten Grundsätzen. Danach verlangt die Teilnahme neben der Kenntnis der Tatumstände wenigstens in groben Zügen den jeweiligen Willen der einzelnen Beteiligten, die Tat gemeinschaftlich mit anderen auszuführen oder sie als fremde Tat zu fördern; objektiv muss eine Beteiligung an der Ausführung der Tat hinzukommen, die in irgendeiner Form deren Begehung fördert und für diese relevant ist. Für den einzelnen Teilnehmer muss ein Verhalten festgestellt werden, das den rechtswidrigen Eingriff in ein fremdes Rechtsgut

unterstützt hat und das von der Kenntnis der Tatumstände und dem auf die Rechtsgutsverletzung gerichteten Willen getragen war (Senatsurteile vom 29. Oktober 1974 - VI ZR 182/73, BGHZ 63, 124, 126; vom 24. Januar 1984 - VI ZR 37/82, BGHZ 89, 383, 389; vom 4. November 1997 - VI ZR 348/96, BGHZ 137, 89, 102; vom 13. Juli 2004 - VI ZR 136/03, VersR 2004, 1273, 1275). Auch im Rahmen eines Verstoßes gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG a.F. ist eine Haftung aus § 830 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB nur bei vorsätzlicher Beteiligung an einem fremden Vorsatzdelikt gegeben (Senatsurteil vom 11. Juli 2006 - VI ZR 339/04, aaO Rn. 31; OLG Dresden, Beschlüsse vom 22. August 2007 - 8 U 956/07, juris Rn. 13 und vom 1. Oktober 2007 - 8 U 956/07, juris Rn. 1). Nach diesen Grundsätzen sind die Feststellungen, die das Berufungsgericht bisher im Hinblick auf eine Teilnahme des Beklagten an einer von ihm angenommenen fremden Schutzgesetzverletzung getroffen hat, unzureichend.

18 a) Es fehlt bereits an Feststellungen zum Vorliegen einer vorsätzlichen Haupttat. Soweit sich das Berufungsgericht darauf beschränkt, den Sohn des Beklagten ohne nähere Begründung als "Haupttäter" zu bezeichnen, reicht dies zur Feststellung einer Vorsatztat nicht aus.

19 aa) Wer entgegen § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG a.F. ohne entsprechende Erlaubnis Finanzdienstleistungen erbrachte, machte sich bei vorsätzlichem Handeln gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 KWG a.F. strafbar. Wirken die Geschäfte berechtigt und verpflichtend für eine juristische Person - wie hier für die N. GmbH -, so ist diese zivilrechtlich der Betreiber der Geschäfte; die strafrechtliche Verantwortlichkeit ergibt sich aus § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB (vgl. Lindemann in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, aaO, § 54 Rn. 10; Wegner in Beck/Samm-/Kokemoor, KWG, § 54 Rn. 52 (Stand: August 2010); Häberle in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 54 KWG Rn. 2 (Stand: Juni 2011); Park/Janssen, Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl., § 54 KWG Rn. 16; Schröder,

Handbuch Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl., Rn. 969 und in Achenbach/Ransiek, aaO Rn. 89; Redenius-Hövermann in Luz/Neus/Scharpf/Schneider/Weber, aaO, § 54 Rn. 2; Reischauer/Kleinhans, aaO, § 54 Rn. 4 (Stand: Juni 1999); Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, aaO, § 54 Rn. 12). Sie trifft denjenigen, der in organschaftlicher Stellung für die juristische Person tätig ist, bei einer GmbH mithin den oder die Geschäftsführer (§ 35 Abs. 1 GmbHG; vgl. Senatsurteile vom 12. März 1996 - VI ZR 90/95, VersR 1996, 713, 714; vom 11. Juli 2006 - VI ZR 339/04, aaO Rn. 28; BGH, Urteil vom 21. April 2005 - III ZR 238/03, aaO S. 1396; OLG München, WM 2006, 1765, 1768). Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, ob der Sohn des Beklagten, den es im Hinblick auf die Beurteilung einer Teilnahme des Beklagten als "Haupttäter" bezeichnet, im Jahre 1998 Geschäftsführer der N. GmbH war.

20           bb) Auch zu der Frage, ob der Sohn des Beklagten als möglicher damaliger Geschäftsführer der N. GmbH als Haupttäter Vorsatz in Bezug auf das Betreiben einer etwaigen erlaubnispflichtigen Anlagenvermittlung aufwies und damit den subjektiven Tatbestand des § 54 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 KWG a.F. verwirklicht hat, verhält sich das Berufungsurteil nicht; es fehlt diesbezüglich an Feststellungen zur inneren Tatseite, wenn auch nach den Umständen des Streitfalles ein vorsätzliches Handeln zumindest nahe liegen mag.

21           (1) Ausreichend für eine vorsätzliche Tatbegehung ist die Kenntnis der Umstände des Geschäfts sowie dessen Umfang, welche beim Täter in aller Regel vorliegen wird; es genügt insoweit eine "Parallelwertung in der Laiensphäre" (vgl. Senatsurteil vom 10. Juli 1984 - VI ZR 222/82, VersR 1984, 1071, 1072; BGH, Urteil vom 24. September 1953 - 5 StR 225/53, BGHSt 4, 347, 352). Die rechtlich richtige Beurteilung der normativen Tatbestandsmerkmale gehört demgegenüber nicht zum Vorsatz (Senatsurteil vom 10. Juli 1984 - VI ZR 222/82, aaO; BGH, Urteil vom 24. September 1953 - 5 StR 225/53, aaO). Es ist

deshalb unerheblich, ob die von der N. GmbH betriebenen Geschäfte nach der Vorstellung des Haupttäters rechtlich als Nachweismakelei beziehungsweise als Finanzdienstleistungen einzuordnen waren.

22           (2) Soweit eine Unkenntnis des Haupttäters von der seit Beginn des Jahres 1998 in § 32 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG a.F. statuierten Erlaubnispflicht in Betracht kommt, könnte ihn dies grundsätzlich nicht entlasten. Denn im Zivilrecht gilt zwar grundsätzlich die sogenannte Vorsatztheorie, wonach zum Vorsatz auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehört, so dass bei einem Verbotsirrtum eine Haftung entfällt; handelt es sich jedoch um ein strafrechtliches Schutzgesetz, bei dessen Verletzung ein Verbotsirrtum nach der sogenannten Schuldtheorie nur entlastet, wenn er unvermeidbar war, so gilt dasselbe auch im Anwendungsbereich des § 823 Abs. 2 BGB (Senatsurteil vom 10. Juli 1984 - VI ZR 222/82, aaO S. 1071 f.; BGH, Urteil vom 26. Februar 1962 - II ZR 22/61, VersR 1962, 481, 482). Soweit hier § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG a.F. verletzt ist, handelt es sich zwar nicht um ein Strafgesetz. Da seine Missachtung aber in § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG a.F. unter Strafe gestellt wird, muss auch bezüglich eines etwaigen Verbotsirrtums der Vorsatz in Übereinstimmung mit dem Strafrecht beurteilt werden (vgl. Senatsurteil vom 10. Juli 1984 - VI ZR 222/82, aaO).

23           Hält der Täter des § 54 KWG seine Geschäfte für rechtlich zulässig und nicht erlaubnispflichtig, so stellt dies aus strafrechtlicher Sicht einen Verbotsirrtum (§ 17 StGB) dar, der die Tat nur dann als entschuldigt erscheinen lässt, wenn er unvermeidbar war (vgl. BGH, Urteil vom 24. September 1953 - 5 StR 225/53, aaO; Lindemann in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, aaO Rn. 12 f.; Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, aaO, § 54 Rn. 15; Schröder, Handbuch Kapitalmarktstrafrecht, aaO Rn. 967 und in Achenbach/Ransiek, aaO Rn. 88). Unvermeidbarkeit ist hierbei anzunehmen, wenn der Täter genügende Er-

kündigungen über eine Erlaubnispflicht eingezogen hat, vorzugsweise durch Einholung einer Auskunft der Erlaubnisbehörde (vgl. BGH, Urteil vom 24. September 1953 - 5 StR 225/53, aaO S. 352 f.; Lindemann in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, aaO Rn. 13; Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, aaO). Allgemein gilt, dass für jemanden, der im Geschäftsleben steht, kaum jemals ein Irrtum über das Bestehen eines Schutzgesetzes unvermeidbar ist, das für seinen Arbeitsbereich erlassen wurde, weil jeder im Rahmen seines Wirkungskreises verpflichtet ist, sich über das Bestehen von Schutzgesetzen zu unterrichten (Senatsurteile vom 21. Dezember 1955 - VI ZR 280/54, LM § 823 (Bc) BGB Nr. 1 und vom 10. Juli 1984 - VI ZR 222/82, aaO S. 1072).

24           bb) Ob der Beklagte zu einer solchen Tat vorsätzlich Beihilfe geleistet hat, lässt sich anhand der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen zumindest in subjektiver Hinsicht ebenfalls nicht ausreichend beurteilen.

25           (1) Zu Unrecht beanstandet die Revision allerdings, dass das Berufungsgericht den Beklagten als leitenden Mitarbeiter der N. GmbH angesehen hat. Denn als Prokurist der N. GmbH war der Beklagte zu deren gerichtlicher und außergerichtlicher Vertretung ermächtigt (§ 49 Abs. 1 HGB). Der Prokurist ist in der Regel leitender Angestellter im Unternehmen oder im Betrieb (vgl. § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BetrVG). Täter des § 54 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 KWG a.F. kann neben dem vertretungsberechtigten Organ einer juristischen Person auch derjenige sein, der für den Betrieb in leitender Funktion tätig oder mit weitreichenden Befugnissen beauftragt ist (vgl. § 14 Abs. 2 StGB); sonstige, untergeordnete Angestellte können nur Anstifter oder Gehilfen sein (Lindemann in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, aaO, § 54 Rn. 10 f.; Wegner in Beck/Samm-/Kokemoor, aaO, § 54 Rn. 53 (Stand: August 2010); Häberle in Erbs/Kohlhaas, aaO Rn. 2 (Stand: Juni 2011); Redenius-Hövermann in Luz/Neus/Scharpf/-

Schneider/Weber, aaO, § 54 Rn. 2; Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, aaO, § 54 Rn. 12). Da der Beklagte als damaliger leitender Angestellter der N. GmbH mithin zumindest tauglicher Gehilfe eines Vergehens nach § 54 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 KWG a.F. war, kommt er - eine vorsätzliche Haupttat vorausgesetzt - jedenfalls als Teilnehmer der unerlaubten Handlung im Sinne des § 830 Abs. 2 BGB in Betracht, so dass sich eine genaue Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe vorliegend erübrigt.

26 (2) Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen einer Teilnahme in der Person des Beklagten als erfüllt angesehen, weil dieser den Geschäftsbetrieb formal und tatsächlich handelnd mindestens durch die Gewährleistung von Buchhaltung und Provisionsbearbeitung im Wege einer für Mittäter und Gehilfen typischen Arbeitsteilung unterstützt habe.

27 Sogenannte neutrale beziehungsweise berufstypische Handlungen können zwar eine objektive Hilfeleistung darstellen. Sie sind jedoch nur als Beihilfe zu werten, wenn das Handeln des Haupttäters ausschließlich auf die Begehung einer strafbaren Handlung abzielt und der Hilfeleistende Kenntnis hiervon hat; weiß dieser nicht, wie sein Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, sondern hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, dass von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ (BGH, Beschluss vom 20. September 1999 - 5 StR 729/98, NStZ 2000, 34; Urteile vom 1. August 2000 - 5 StR 624/99, BGHSt 46, 107, 112; vom 18. Juni 2003 - 5 StR 489/02, NStZ 2004, 41 Rn. 12; vom 13. Juli 2010 - XI ZR 28/09, NJW-RR 2011, 197 Rn. 47; vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, NJW-RR 2011, 551 Rn. 48;

vom 8. Februar 2011 - XI ZR 168/08, NJW-RR 2011, 1188 Rn. 42; vom 3. Mai 2011 - XI ZR 373/08, WM 2011, 1465 Rn. 53).

28 (3) Die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht den Teilnehmersatz des Beklagten bejaht hat, halten revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

29 Bereits der vom Berufungsgericht gewählte rechtliche Ausgangspunkt für die Prüfung des Teilnehmersatzes erweist sich als fehlerhaft. Das Berufungsgericht zieht als Prüfungsmaßstab nämlich die Grundsätze heran, die der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs für den Teilnehmersatz in einer Reihe von Fällen entwickelt hat, in denen deutsche Kapitalanleger von verschiedenen ausländischen Brokerhäusern Schadensersatz wegen Verlusten im Zusammenhang mit Börsentermin- und Optionsgeschäften begehrt hatten (BGH, Urteile vom 9. März 2010 - XI ZR 93/09, BGHZ 184, 365 Rn. 33 ff.; vom 13. Juli 2010 - XI ZR 28/09, aaO Rn. 42 ff.; vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, aaO Rn. 43 ff.; vgl. zu diesem Komplex etwa auch die Urteile vom 25. Januar 2011 - XI ZR 100/09, WM 2011, 645 Rn. 37 ff. und - XI ZR 106/09, WM 2011, 735 Rn. 40 ff.; vom 8. Februar 2011 - XI ZR 168/08, aaO Rn. 37 ff.; vom 3. Mai 2011 - XI ZR 373/08, aaO Rn. 48 ff.).

30 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lassen sich die von ihm herangezogenen Grundsätze zur Haftung ausländischer Broker jedoch nicht auf die vorliegende Fallgestaltung übertragen. In den vom XI. Zivilsenat entschiedenen Fällen haben zwei selbständig handelnde Unternehmer - Brokerhaus und Terminoptionsvermittler - in haftungsrechtlich relevanter Weise zusammengewirkt. Hier hingegen bekleidete der Beklagte, der zur fraglichen Zeit nur Prokurist war, eine dem Haupttäter untergeordnete Position im selben Unternehmen. Als "Geschäftsmodell" kommt hier nach den bisherigen Feststellungen

des Berufungsgerichts allein das Betreiben von Finanzdienstleistungen ohne entsprechende Erlaubnis in Betracht. Indem das Berufungsgericht einer Kenntnis von diesem "Geschäftsmodell" beziehungsweise dessen ungeprüfter Hin- nahme durch den Beklagten einen haftungsrechtlich relevanten Unrechtsgehalt beimisst und darauf maßgeblich die Annahme eines Gehilfenersatzes des Be- klagten stützt, verkennt es die Aufgabenverteilung zwischen Prokurist und Ge- schäftsführer. Der Prokurist ist - worauf die Revision zutreffend hinweist - ledig- lich im Außenverhältnis zur Vertretung des Unternehmens berechtigt, unterliegt im Innenverhältnis aber den Weisungen seines Geschäftsführers. Eine Ver- pflichtung den Geschäftsführer dahingehend zu kontrollieren, ob dieser die ihm nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG obliegenden Pflichten erfüllt hatte, trifft ihn nicht.

31                    3. Das Berufungsurteil erweist sich im Ergebnis auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Soweit die Revisionserwiderung darauf hinweist, dass die N. GmbH bereits während der Geschäftsführertätigkeit des Beklagten erlaub- nispflichtige Bankgeschäfte betrieben habe, kann auf Grundlage der Feststel- lungen des Berufungsgerichts eine darauf gestützte Haftung des Beklagten nicht angenommen werden, weil es jedenfalls an dem für eine zivilrechtliche Haftung erforderlichen Zurechnungszusammenhang fehlt.

32                    Effekten- und Depotgeschäfte waren zwar in den Jahren 1995/96 gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 bzw. 5 KWG in der ab 1. Juli 1985 geltenden Neufas- sung des Gesetzes über das Kreditwesen vom 11. Juli 1985 (BGBl. I S. 1472) als Bankgeschäfte erlaubnispflichtig. Als damaliger Geschäftsführer der N. GmbH war der Beklagte grundsätzlich für die fehlende Erlaubnis verantwortlich. Er handelte insoweit jedenfalls fahrlässig (§ 54 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2, Abs. 2 KWG a.F.), denn er hätte sich vor Aufnahme der Geschäfte als Geschäftsführer der N. GmbH über etwaige Erlaubniserfordernisse unterrichten müssen (vgl. Se-

natsurteile vom 11. Juli 2006 - VI ZR 339/04, aaO Rn. 26 und - VI ZR 340/04, aaO Rn. 24; BGH, Urteil vom 21. April 2005 - III ZR 238/03, aaO S. 1395).

33 Eine Schadensersatzpflicht besteht jedoch nur, wenn der geltend gemachte Schaden bei wertender Betrachtung nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fällt; es muss sich um Nachteile handeln, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm geschaffen worden ist (vgl. Senatsurteile vom 27. Januar 1981 - VI ZR 204/79, BGHZ 79, 259, 263; vom 6. Juni 1989 - VI ZR 241/88, BGHZ 107, 359, 367; vom 2. Juli 1991 - VI ZR 6/91, BGHZ 115, 84, 86 f.; vom 1. Dezember 1981 - VI ZR 111/80, VersR 1982, 243, 244; vom 26. April 2005 - VI ZR 168/04, VersR 2005, 992, 993 und vom 7. Dezember 2010 - VI ZR 288/09, BGHZ 187, 379 Rn. 10). Dies ist im Streitfall nicht gegeben. Bei den hier in Rede stehenden Schäden handelt es sich nicht um solche aus unerlaubten Effekten- oder Depotgeschäften, sondern (allenfalls) um solche aus unerlaubter Nachweismakelei. Diese Schäden werden nicht vom Schutzzweck des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 und 5 iVm § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG erfasst.

34 4. Nach alledem war das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es die erforderlichen Feststellungen nachholen kann. Dabei wird das Berufungsgericht gegebenenfalls auch Gelegenheit haben, die Frage der

Verjährung - unter Berücksichtigung der Argumente der Revision und der Revisionserwiderung - erneut zu prüfen.

Galke

Zoll

Wellner

Stöhr

von Pentz

Vorinstanzen:

LG Mönchengladbach, Entscheidung vom 27.05.2010 - 10 O 11/09 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 27.05.2011 - I-17 U 124/10 -