



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VI ZR 156/18

Verkündet am:
1. Oktober 2019
Böhringer-Mangold
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: _____ ja

BGB § 307 BI; § 823 Bf; KWG § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 32 Abs. 1 Satz 1

- a) Eine qualifizierte Nachrangabrede steht der Qualifikation des Rückzahlungsanspruchs als unbedingt im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG nur dann entgegen, wenn die Abrede wirksam ist.
- b) Zur fehlenden Transparenz einer in einem Vermögensanlagevertrag enthaltenen Rangrücktrittsklausel.

BGH, Urteil vom 1. Oktober 2019 - VI ZR 156/18 - LG Berlin
AG Berlin-Spandau

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Oktober 2019 durch den Vorsitzenden Richter Seiters, die Richterinnen von Pentz, Dr. Oehler, Dr. Roloff und den Richter Dr. Klein

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Berlin vom 22. Februar 2018 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin nimmt den Beklagten im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage auf Schadensersatz in Anspruch.
- 2 Der Beklagte war Mitglied des Vorstands der G. AG (nachfolgend: G.). Die G. bot zunächst ein Anlagemodell an, wonach der Anleger der G. seine Ansprüche aus Versicherungen, insbesondere Lebensversicherungen, verkaufen sollte. Der Kaufpreis sollte das Doppelte des Rückkaufwertes betragen und, je nach vereinbartem Modell, innerhalb eines Zeitraums von sechs bis zehn Jahren durch Kombination von Sofort-, Raten- und/oder Schlusszahlungen erbracht werden. Über eine Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 KWG verfügte die G. nicht.

3 Am 6. Juli 2009 kaufte die G. die Rechte der Klägerin aus zwei Lebensversicherungsverträgen, deren Rückkaufswerte € 5.711,55 bzw. € 1.607,66 betragen. Spätestens im Jahr 2010 gelangte die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) zu der Auffassung, dass das betriebene Anlagemodell erlaubnispflichtig sei. Sie hörte die G. hierzu im Februar 2011 an. Am 17. März 2011 vereinbarte die G. mit der Klägerin, die geschlossenen Kaufverträge rückwirkend aufzuheben und in ein Rückgewährschuldverhältnis umzuwandeln. Die Rückabwicklungsverträge sahen die Überweisung der Differenz zwischen den von der G. realisierten Rückkaufswerten und den zwischenzeitlich von ihr erbrachten Zahlungen in Höhe von € 925,32 bzw. € 260,40 alternativ auf ein Konto der Klägerin oder auf das Konto eines Treuhänders vor. Die Klägerin entschied sich für Letzteres und wies den Treuhänder an, die Rückzahlungsbeträge von € 4.786,23 bzw. € 1.347,26 zur Erfüllung ihrer Zahlungsverpflichtungen aus - ebenfalls am 17. März 2011 mit der G. geschlossenen - Vermögensanlageverträgen an diese zu überweisen.

4 Die Vermögensanlageverträge enthalten unter anderem folgende Regelungen:

<i>Anlagebetrag:</i>	4.786,23 EUR [bzw. 1.347,26 EUR]
<i>Laufzeit:</i>	108 Monate.
<i>Zinssatz:</i>	13,340 % p.a. [bzw. 13,336 % p.a.]
<i>Zinsberechnung:</i>	Die Zinsen werden nach der ISMA-Regel 251 pro rata temporis taggenau berechnet.
<i>Zinszahlung:</i>	Monatlich nachträglich.
<i>Tilgung:</i>	(i) Monatliche Tilgung in Höhe von 5,993 % p.a. [bzw. 5,992 % p.a.] des Anlagebetrages für die Dauer von 108 Monaten (die " Laufende Tilgung ") und (ii) einmalige Schlusszahlung in Höhe von 2.170,39 EUR [bzw. 610,91 €] am Ende der Laufzeit. Die

Laufenden Tilgungen werden zusammen mit den Zinszahlungen ausgezahlt.

*Rangrücktritt: Zur Vermeidung einer etwaigen Überschuldung der Gesellschaft tritt der Kunde mit seinen Forderungen aus diesem Vermögensanlagevertrag (der "**Vertrag**") hinter alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen anderer Gläubiger der Gesellschaft, die nicht ebenfalls im Rang zurückgetreten sind, zurück. Zahlungen auf Forderungen des Kunden aus diesem Vertrag sind lediglich aus einem künftigen Jahres- oder Liquidationsüberschuss oder aus einem die sonstigen Verbindlichkeiten übersteigenden Vermögen der Gesellschaft zu leisten. Die Ansprüche des Kunden aus diesem Vertrag sind mit den Ansprüchen anderer Gläubiger der Gesellschaft, die ebenfalls im Rang zurückgetreten sind, gleichrangig. Dies gilt auch für den Fall der Insolvenz der Gesellschaft.*

5 Auch für dieses Vermögensanlagegeschäft verfügte die G. nicht über eine Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 KWG. Bis November 2014 zahlte die G. an die Klägerin weitere € 4.446,45. In der Folgezeit wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der G. eröffnet.

6 Die Klägerin begehrt - soweit im Revisionsverfahren von Interesse - Ersatz ihres Schadens in Höhe von € 1.687,04 (Rückkaufswert abzüglich erhaltener Zahlungen) Zug um Zug gegen Übertragung der Rechte aus den abgeschlossenen Kaufverträgen sowie die Feststellung, dass die Verbindlichkeit des Beklagten auf einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung beruht.

7 Das Amtsgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Das Landgericht hat das amtsgerichtliche Urteil auf die Berufung des Beklagten abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

8 Nach Auffassung des Berufungsgerichts stehen der Klägerin gegen den Beklagten keine Schadensersatzansprüche zu. Da die ursprünglichen Kaufverträge rückabgewickelt worden seien, komme es allein auf die im Jahr 2011 abgeschlossenen Vermögensanlageverträge an. Einem Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 32 Abs. 1, § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG, § 14 Abs. 1 StGB stehe entgegen, dass die von der G. angenommenen Anlagebeträge angesichts der in den Vermögensanlageverträgen enthaltenen Rangrücktrittsklausel nicht - wie in § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG vorausgesetzt - unbedingt rückzahlbar seien. Die Klausel begründe einen qualifizierten Rangrücktritt mit insolvenzverhindernder Funktion, da sie eine Rückzahlung ausschließe, solange und soweit diese eine Insolvenzeröffnung zur Folge hätte. Zwar enthalte die Klausel keine ausdrückliche Formulierung in diesem Sinne. Wenn Zahlungen aber, wie in der Klausel geregelt sei, nur aus einem künftigen Jahres- oder Liquidationsüberschuss zu leisten seien, seien sie zwangsläufig auch dann ausgeschlossen, wenn sie zu einem Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führen würden. Eine etwaige AGB-rechtliche Unwirksamkeit der Rangrücktrittsklausel sei unerheblich.

9 Sei man anderer Auffassung, bestände ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten, da die Rangrücktrittsklausel unwirksam sei und die angenommenen Gelder deshalb unbedingt rückzahlbar seien. Zwar sei die Klausel nicht überraschend im Sinne von § 305c BGB. Sie halte aber einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1, § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht stand, da sie gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung, einem tragenden

Prinzip des Insolvenzrechts, und damit gegen wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung verstoße.

- 10 Die G. habe das mit dem Ankauf der Versicherungen und anderen Anlagen verbundene Einlagengeschäft gewerbsmäßig im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG betrieben, da die Investitionen der durch den Verkauf der Versicherungen erzielten Gewinne auf Dauer angelegt und mit einer Gewinnerzielungsabsicht verbunden gewesen seien. Der Beklagte habe auch vorsätzlich gehandelt. Für die Annahme des Vorsatzes genüge es, dass der Schuldner die tatsächlichen Umstände des Geschäfts und dessen Umfang kenne. Aufgrund der organschaftlichen Stellung des Beklagten sei davon auszugehen, dass er Kenntnis von dem Anlagekonzept gehabt habe. Der Beklagte sei auch keinem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlegen. Er habe keine Umstände vorgetragen, die einen solchen Verbotsirrtum begründen könnten.

II.

- 11 Diese Erwägungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Mit der Begründung des Berufungsgerichts kann ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 32 Abs. 1 Satz 1, § 54 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 KWG, § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht verneint werden.
- 12 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Bestimmung des § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zugunsten des einzelnen Kapitalanlegers darstellt (st. Rspr.; vgl. Senatsurteile vom 16. Oktober 2018 - VI ZR 459/17, VersR 2019, 176 Rn. 7; vom 16. Mai 2017 - VI ZR 266/16, VersR 2017, 1091 Rn. 12).

- 13 2. Die Revision wendet sich aber mit Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die aufgrund der Vermögensanlageverträge zwischen der Klägerin und der G. vom 17. März 2011 durchgeführten Anlagegeschäfte seien nicht als Bankgeschäfte im Sinne des § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG zu qualifizieren.
- 14 a) Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG bedarf der schriftlichen Erlaubnis der Bundesanstalt, wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will. Dabei ist unter einem Bankgeschäft die Annahme fremder Gelder als Einlagen oder anderer unbedingt rückzahlbarer Gelder des Publikums zu verstehen, sofern der Rückzahlungsanspruch nicht in Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen verbrieft wird (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG).
- 15 b) Wie die Revision zu Recht geltend macht, hat die G. durch Annahme der auf Veranlassung der Klägerin von dem Treuhänder überwiesenen Anlagebeträge Bankgeschäfte im Sinne der 2. Alternative des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG betrieben. Die von ihr angenommenen Gelder waren insbesondere unbedingt rückzahlbar im Sinne dieser Bestimmung. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts führte die in den Vermögensanlageverträgen enthaltene Rangrücktrittsklausel nicht zu einer lediglich bedingten Rückzahlungspflicht. Denn diese Klausel ist wegen Verstoßes gegen das in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB normierte Transparenzgebot unwirksam.
- 16 aa) Unbedingt rückzahlbar sind solche Gelder, die der Kapitalgeber nach den konkreten vertraglichen Vereinbarungen bei Fälligkeit ohne zusätzliche Voraussetzung - insbesondere unabhängig vom Geschäftserfolg des Kapitalnehmers (vgl. Senatsurteil vom 10. Februar 2015 - VI ZR 569/13, VersR 2015, 726

Rn. 15 mwN) - jederzeit wieder zurückfordern kann (vgl. Senatsurteile vom 16. Oktober 2018 - VI ZR 459/17, VersR 2019, 176 Rn. 12; vom 10. Juli 2018 - VI ZR 263/17, VersR 2018, 1400 Rn. 21; BGH, Urteil vom 26. März 2018 - 4 StR 408/17, NJW 2018, 1486 Rn. 19, mwN). Hieran fehlt es jedenfalls dann, wenn zwischen dem Kapitalgeber und dem Kapitalnehmer eine sogenannte qualifizierte Nachrangabrede des Inhalts getroffen wird, dass die Forderung des Kapitalgebers außerhalb des Insolvenzverfahrens nur aus ungebundenem Vermögen und in der Insolvenz nur im Rang nach den Forderungen sämtlicher normaler Insolvenzgläubiger befriedigt werden darf, der für den Fall der Insolvenz erklärte Rangrücktritt also mit einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre verbunden wird (vgl. Senatsurteil vom 10. Juli 2018 - VI ZR 263/17, VersR 2018, 1400 Rn. 21; BGH, Urteil vom 26. März 2018 - 4 StR 408/17, NJW 2018, 1486 Rn. 19, mwN; Bitter, ZIP 2015, 345 f.; Gehrlein, WM 2017, 1385 f.; Poelzig, WM 2014, 917, 919; Primozic/Schaaf, ZInsO 2014, 1831).

- 17 bb) Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, zielt die in den Vermögensanlageverträgen enthaltene Nachrangklausel auf eine solche Wirkung ab. Denn sie enthält sowohl einen Rangrücktritt des Kapitalgebers als auch die Bestimmung, dass Zahlungen auf Forderungen des Kunden lediglich aus einem künftigen Jahres- oder Liquidationsüberschuss oder aus einem die sonstigen Verbindlichkeiten übersteigenden Vermögen der Gesellschaft zu leisten seien. Dabei kann offen bleiben, ob die Klausel die beabsichtigte Wirkung einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre in letzter Konsequenz erreicht oder ob sie - so die Revision - angesichts der Verwendung des Begriffs des Jahresüberschusses unter bestimmten Umständen, beispielsweise im Fall von Verlustvorträgen (vgl. Frystatzki, NZI 2013, 609, 613), Tilgungen ermöglicht, ohne dass die sonstigen Verbindlichkeiten gedeckt sind, und damit den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Kapitalnehmers nicht in jedem Fall verhindert. Ebenso offenbleiben kann, ob der Rückzahlungsanspruch des Kapitalgebers -

wie die Revision meint - im zuletzt genannten Fall als unbedingt im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Fall 2 KWG zu qualifizieren wäre, oder ob einer solchen Beurteilung nicht der Umstand entgegensteht, dass die Klausel eine Zahlung auch in diesem Fall vom Unternehmenserfolg des Kapitalnehmers abhängig macht.

18 cc) Denn entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Umstand, dass die Rangrücktrittsvereinbarung AGB-rechtlich unwirksam ist, im vorliegenden Zusammenhang nicht unerheblich. Vielmehr steht eine qualifizierte Nachrangabrede der Qualifikation des Rückzahlungsanspruchs als unbedingt nur dann entgegen, wenn die Abrede wirksam ist. Stellt sich die in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Abrede dagegen als überraschende Klausel im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB dar und wurde sie deshalb nicht Vertragsbestandteil oder hält sie der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand, vermag sie eine entsprechende Wirkung nicht zu entfalten (vgl. Senatsurteil vom 10. Juli 2018 - VI ZR 263/17, VersR 2018, 1400 Rn. 22; BGH, Urteil vom 26. März 2018 - 4 StR 408/17, NJW 2018, 1486 Rn. 20 ff., 32).

19 dd) So verhält es sich im Streitfall. Dabei kann offenbleiben, ob die in den Vermögensanlageverträgen enthaltene Rangrücktrittsklausel überraschend und deshalb gemäß § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil geworden ist. Denn die Klausel ist unwirksam, weil sie den Anforderungen des Transparenzgebots (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) nicht genügt.

20 (1) Die Parteien wenden sich nicht gegen die Annahme des Berufungsgerichts, dass es sich bei der Klausel um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt. Diese Annahme lässt auch keine Rechtsfehler erkennen.

21

(2) Die Rangrücktrittsklausel hält einer Inhaltskontrolle nicht stand (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB in Verbindung mit § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die in diesem Zusammenhang erforderliche Auslegung der Klausel kann der Senat ungeachtet der Frage, ob die Klausel über den räumlichen Bezirk des Berufungsgerichts hinaus verwendet wird, selbst vornehmen (vgl. BGH, Urteil vom 9. April 2014 - VIII ZR 404/12, BGHZ 200, 362 Rn. 25).

22 (a) Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragsgegners daraus ergeben, dass eine Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Dies gilt auch für die Bestimmungen zu den Hauptleistungspflichten (§ 307 Abs. 3 Satz 2 BGB; BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 - IX ZR 143/17, WM 2019, 592 Rn. 35).

23 Der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, die Rechte und Pflichten seiner Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen (Senatsurteile vom 17. Juli 2018 - VI ZR 274/17, VersR 2018, 1460 Rn. 9; vom 14. März 2017 - VI ZR 721/15, BGHZ 214, 204 Rn. 23, jeweils mwN). Er muss einerseits die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschreiben, dass für ihn keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2015 - VIII ZR 104/14, WM 2015, 1487 Rn. 16 mwN). Der Vertragspartner soll andererseits ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach seine Rechte und Pflichten feststellen können, damit er die rechtliche Tragweite der Vertragsbedingungen bei Vertragsschluss hinreichend erfassen kann (BGH, Urteil vom 17. Januar 1989 - XI ZR 54/88, BGHZ 106, 259, 264, juris Rn. 22) und nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird (vgl. BGH, Urteile vom 22. März 2018 - IX ZR 99/17, BGHZ 218, 183 Rn. 34; vom 6. Dezember 2018 - IX ZR 143/17, WM 2019, 592 Rn. 35; vom 5. März 2008 - VIII ZR 95/07, NJW 2008, 1438 Rn. 17; vom 26. September 2007 -

VIII ZR 143/06, NJW 2007, 3632 Rn. 31 mwN). Der Vertragspartner soll u.a. davor geschützt werden, infolge falscher Vorstellungen über die angebotene Leistung zu einem unangemessenen Vertragsabschluss verleitet zu werden (vgl. BGH, Urteil vom 17. Januar 1989 - XI ZR 54/88, BGHZ 106, 259, 264; Erman/Roloff, BGB, 15. Aufl. 2017, § 307 BGB Rn. 20; vgl. zur Bedeutung zutreffender Information für den Akt des Vertragsschlusses einerseits und die Vertragsabwicklung andererseits auch: Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 307 BGB Rn. 326). Die eindeutige und durchschaubare Vermittlung der mit einem beabsichtigten Vertragsschluss verbundenen Rechte und Pflichten ist Voraussetzung für eine informierte Sachentscheidung (Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 307 BGB Rn. 326). Die Klausel muss deshalb nicht nur in ihrer Formulierung verständlich sein, sondern auch die mit ihr verbundenen wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen soweit wie möglich verdeutlichen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Dezember 2014 - IV ZR 289/13, VersR 2015, 318 Rn. 23; Erman/Roloff, BGB, 15. Aufl. 2017, § 307 BGB Rn. 20; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 307 BGB Rn. 325, 335, jeweils mwN). Eine Intransparenz kann sich nicht nur bei einzelnen Klauseln aus ihrer inhaltlichen Unklarheit, mangelnden Verständlichkeit oder der unzureichenden Erkennbarkeit der Konsequenzen ergeben, sondern auch aus der Gesamtregelung (vgl. Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 307 BGB Rn. 335a; Bork, ZIP 2014, 997; BAG vom 24. Oktober 2007 - 10 AZR 825/06, NZA 2008, 40, 41). Abzustellen ist dabei auf die Verständnismöglichkeiten des typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden (vgl. BGH, Urteile vom 24. November 1988 - III ZR 188/87, BGHZ 106, 49, juris Rn. 27; vom 30. Juni 1995 - V ZR 184/94, BGHZ 130, 150, 154, juris Rn. 9; vom 4. April 2018 - IV ZR 104/17, VersR 2018, 532 Rn. 9). Da die G.

ihre Vermögensanlage Privatanlegern angeboten hat, musste sie ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen so gestalten, dass auch juristisch und kaufmännisch nicht vorgebildete Kunden sie ohne besondere Erläuterung verstehen können (vgl. BGH, Urteile vom 17. Januar 1989 - XI ZR 54/88, BGHZ 106, 259, 264, juris Rn. 22; vom 6. Dezember 2018 - IX ZR 143/17, NJW 2019, 1446 Rn. 36).

24 (b) Diesen Anforderungen genügt die vorliegende Klausel nicht. Sie verdeutlicht dem juristisch und kaufmännisch nicht vorgebildeten Durchschnittskunden die rechtliche Tragweite der getroffenen Nachrangabrede und die mit ihr verbundenen wirtschaftlichen Nachteile nicht in ausreichendem Maße.

25 (aa) Die von der G. verwendeten Vertragsformulare zielen auf den Abschluss qualifizierter Nachrangdarlehen ab. In dem Vermögensanlagevertrag werden zunächst die typischen Vertragspflichten eines (Privat)Darlehens aufgeführt. Die Vermögensanlage wird dahingehend beschrieben, dass der Kunde der Gesellschaft einen bestimmten Anlagebetrag für eine feste Laufzeit gegen Zahlung von Zinsen überlässt, wobei die Zinszahlung monatlich nachträglich erfolgen soll. Der Anlagebetrag soll durch eine monatlich mit den Zinszahlungen zu erbringende laufende Tilgung und eine einmalige Schlusszahlung am Ende der Laufzeit zurückgeführt werden. Der auf diese Beschreibung folgende Absatz enthält sodann einen Rangrücktritt verbunden mit einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre in der Form, dass Zahlungen auf Forderungen des Kunden lediglich aus einem künftigen Jahres- oder Liquidationsüberschuss oder aus einem die sonstigen Verbindlichkeiten übersteigenden Vermögen der Gesellschaft zu leisten sind.

26 (bb) Die Verwendung einer derart qualifizierten Nachrangabrede in einem Darlehensvertrag verleiht dem darlehenshalber überlassenen Betrag den

Charakter von Risikokapital. Sie kann dazu führen, dass sämtliche Ansprüche des Darlehensgebers aus dem Darlehen dauerhaft nicht durchsetzbar sind (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 - IX ZR 143/17, ZIP 2019, 679 Rn. 32, 42; Bitter, ZIP 2015, 345, 354). Zugleich bewirkt sie eine Wesensänderung der Geldhingabe vom bankgeschäftstypischen Darlehen mit unbedingter Rückzahlungsverpflichtung hin zur unternehmerischen Beteiligung mit einer eigenkapitalähnlichen Haftungsfunktion (BaFin-Merkblatt: Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts, Stand: März 2014, NZG 2014, 379, 381; Gehrlein, WM 2017, 1385, 1387; Primožic/Schaaf, ZInsO 2014, 1831, 1835). Das darlehenshalber überlassene Geld wird zu wirtschaftlichem Eigenkapital und dient den nicht im Rang zurückgetretenen Gläubigern als Haftungsgegenstand (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 - IX ZR 143/17, ZIP 2019, 679 Rn. 33; VG Frankfurt, ZIP 2015, 367, 368; Bitter, ZIP 2015, 345, 346; Poelzig, WM 2014, 917 ff.). Dem Darlehensgeber wird ein unternehmerisches Verlustrisiko auferlegt, das an sich nur das Eigenkapital trifft, ohne dass ihm zugleich die korrespondierenden Informations- und Mitwirkungsrechte eingeräumt würden, die es ihm ermöglichen, Einfluss auf die Realisierung dieses Risikos zu nehmen, insbesondere verlustbringende Geschäftstätigkeiten zu beenden, bevor das eingebrachte Kapital verbraucht ist (vgl. BGH, Urteile vom 20. Februar 2014 - IX ZR 137/13, ZIP 2014, 1087 Rn. 14; vom 6. Dezember 2018 - IX ZR 143/17, Rn. 32 f.; Bitter, ZIP 2015, 345, 349; Bitter/Rauhut, ZIP 2014, 1005, 1014; Poelzig, WM 2014, 917 ff.). Mit einer solchen vertraglichen Gestaltung werden aus Sicht des Darlehensnehmers die Vorteile des Fremdkapitals (insbesondere keine Gewinn- und Vermögensbeteiligung, kein Einfluss auf die Unternehmensführung und keine sonstigen Mitwirkungs- und Informationsrechte) mit den Vorteilen des Eigenkapitals (Beteiligung am unternehmerischen Risiko, keine Insolvenzantragspflicht bei fehlender Möglichkeit der ohnehin verbotenen Rückzahlung) verknüpft (Bitter, ZIP 2015, 345, 351; Poelzig, WM 2014, 917). Für den Darle-

hensgeber bedeutet dies, dass das von ihm übernommene Risiko in gewisser Hinsicht sogar über das unternehmerische Risiko eines Gesellschafters hinausgehen kann (Bitter, ZIP 2015, 345, 349). Während die Organe der GmbH oder der Aktiengesellschaft die Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung einberufen müssen, wenn es zu einem Verlust des hälftigen Stamm- bzw. Grundkapitals gekommen ist (§ 49 Abs. 3 GmbHG, § 92 Abs. 1 AktG), und es sodann den Kapitalgebern überlassen ist zu entscheiden, ob sie die Geschäftstätigkeit gleichwohl fortsetzen und damit riskieren wollen, auch noch die zweite Hälfte des eingebrachten Kapitals aufzubreuchen, hat der Nachrangdarlehensgeber keine derartigen Informations- und Entscheidungsbefugnisse (vgl. näher Bitter, ZIP 2015, 345, 354).

27 (cc) Diese mit der Verwendung der streitgegenständlichen Rangrücktrittsklausel verbundenen besonderen Risiken erschließen sich einem durchschnittlichen Privatanleger ohne juristische und kaufmännische Vorbildung nicht. Insbesondere die weitreichenden Auswirkungen der vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre werden nicht hinreichend deutlich erläutert. Die Bestimmung macht nicht ausreichend klar und verständlich erkennbar, dass der Darlehensgeber mit der Vermögensanlage ein über das allgemeine Insolvenzausfallrisiko hinausgehendes unternehmerisches Risiko übernimmt, dessen Realisierung er mangels Mitwirkungs- und Kontrollrechten in keiner Weise beeinflussen kann. Aufgrund der unmittelbar vor der Rangrücktrittsklausel befindlichen Bestimmungen zur festen Laufzeit und zu den monatlichen Zins- und Tilgungsleistungen tritt für die angesprochenen Verkehrskreise auch nicht hinreichend deutlich zutage, dass es zu einer dauerhaften Aussetzung jeglicher Zahlung kommen kann.

28 (dd) Nach alledem kann offenbleiben, ob die Klausel auch deshalb gegen das Transparenzgebot verstößt, weil ihr die Tiefe des Rangrücktritts und die

Erstreckung der vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre auf die Zinsen nicht klar und unmissverständlich zu entnehmen sind (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 - IX ZR 143/17, NJW 2019, 1446 Rn. 36; Gehrlein, WM 2017, 1385, 1387 f.; Bork, ZIP 2014, 997, 1001 f.).

III.

29 Das Berufungsurteil war aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO).

30 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin: Das Berufungsgericht hat hinsichtlich der Frage, ob die Verbindlichkeit des Beklagten auf einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung beruht, lediglich festgestellt, der Beklagte habe Kenntnis von dem streitgegenständlichen Anlagekonzept gehabt. Dies trägt bereits nicht die Beurteilung, der Beklagte habe in Bezug auf das Betreiben erlaubnispflichtiger Bankgeschäfte Vorsatz aufgewiesen. Zwar hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen, dass die rechtlich richtige Beurteilung der normativen Tatbestandsmerkmale des § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG nicht zum Tatvorsatz gehört. Erforderlich ist aber, dass der Täter die dem Gesetz entsprechende Wertung im Wege einer "Parallelwertung in der Laiensphäre" nachvollzieht. Dies setzt voraus, dass er die Tatsachen kennt, die dem normativen Begriff zugrunde liegen, und auf der Grundlage dieses Wissens den sozialen Sinngehalt des Tatbestandsmerkmals richtig begriffen, d.h. den Bedeutungssinn des Bankgeschäfts als normatives Tatbestandsmerkmal zutreffend erfasst hat (vgl. Senatsurteile vom 15. Mai 2012 - VI ZR 166/11, VersR 2012, 1038 Rn. 20 ff.; vom 16. Mai 2017 - VI ZR 266/16, VersR 2017, 1091 Rn. 16, 21 ff.; vom 30. Juli 2019 - VI ZR 486/18, juris Rn. 27; BGH, Urteil vom 24. September 1953 - 5 StR 225/53, BGHSt 4, 347, 352, juris Rn. 19; vom 3. April 2008 - 3 StR 394/07, BGHR StGB § 17 Vermeidbarkeit 8 Rn. 30; vom 26. März 2018 - 4 StR 408/17, NJW 2018, 1486 Rn. 34; vom 18. Juli 2018 - 2 StR 416/16, WM 2018, 2038 Rn. 8).

31 Abgesehen davon wäre eine vorsätzliche Verletzung des § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG für sich genommen nicht ausreichend, um die geltend gemachte Forderung - wie von der Klägerin begehrt - als eine solche aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung im Sinne von § 302 Nr. 1 InsO zu qualifizieren und die Nachhaftung des Schuldners zu rechtfertigen. Hierfür genügt es nicht, dass eine vorsätzliche Handlung adäquat kausal zu einem Schaden geführt hat. Vielmehr muss auch die Verletzungsfolge vom Vorsatz umfasst sein (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juni 2007 - IX ZR 29/06, WM 2007, 1620 Rn. 10; Wenzel in Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 302, Rn. 3 [Stand Juni 2019]; Waltenberger in Kayser/Thole, Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 9. Aufl., § 302 Rn. 7).

Seiters

von Pentz

Oehler

Roloff

Klein

Vorinstanzen:

AG Berlin-Spandau, Entscheidung vom 05.12.2016 - 6 C 364/16 -

LG Berlin, Entscheidung vom 22.02.2018 - 3 S 1/17 -