



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VI ZR 556/14

vom

10. November 2015

in dem Rechtsstreit

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. November 2015 durch den Vorsitzenden Richter Galke, die Richter Wellner und Offenloch sowie die Richterinnen Dr. Oehler und Dr. Roloff

beschlossen:

I. Das Verfahren wird ausgesetzt.

II. Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird gemäß Art. 267 AEUV folgende Frage zur Auslegung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates (Abl. EU 2004, L 145/1) - MiFID - vorgelegt:

Ist die Annahme und Übermittlung eines Auftrags, der eine Portfolioverwaltung zum Inhalt hat (Art. 4 Abs. 1 Nr. 9 MiFID), eine Wertpapierdienstleistung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 in Verbindung mit Anhang I Abschnitt A Nr. 1 MiFID?

Gründe:

I.

1 Der Kläger nimmt die im Revisionsverfahren allein noch beteiligte Beklagte zu 3 (im Folgenden Beklagte) im Zusammenhang mit einer von ihr erbrachten Anlageberatung und Anlagevermittlung auf Schadensersatz in An-

spruch. Die Beklagte verfügt nicht über eine Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (im Folgenden auch BaFin) zur Erbringung von Finanzdienstleistungen (§ 32 Abs. 1 Satz 1 KWG).

2 Der Kläger kam im November 2007 mit der Beklagten in Kontakt, die ihm die Kapitalanlage "Grand-Slam" empfahl. Am 19. November 2007 ließ die Beklagte den Kläger einen Servicevertrag mit der in Liechtenstein ansässigen G.S.S. AG, der vormaligen Beklagten zu 1, und einen Vermögensverwaltungsvertrag mit der ebenfalls in Liechtenstein ansässigen D. AG, der vormaligen Beklagten zu 2, unterzeichnen. Der Kläger verpflichtete sich zu einer Einmalzahlung in Höhe von 20.000 € und zu monatlichen Ratenzahlungen in Höhe von 1.000 €, jeweils zuzüglich 5 % Agio. Im Dezember 2007 zahlte der Kläger insgesamt 27.000 €, von denen 19.731,60 € als Vorabverwaltungsgebühr und 1.285,71 € als Agio einbehalten wurden.

3 In der Folge widerrief der Kläger die Verträge und begehrte Rückzahlung sowie Schadensersatz. Das Landgericht hat die gegen die G.S.S. AG und die D. AG gerichtete Klage wegen fehlender internationaler Zuständigkeit als unzulässig und die gegen die Beklagte gerichtete Klage als unbegründet abgewiesen. Nach Erhalt einer Rückzahlung in Höhe von 6.803,03 € hat der Kläger die Klage in der Berufungsinstanz in dieser Höhe für erledigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht nur im Hinblick auf die Beklagte zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren - Zahlung in Höhe von 20.196,97 € nebst Zinsen sowie im Übrigen Feststellung der Erledigung - im Verhältnis zur Beklagten weiter.

II.

4 Die für die Entscheidung über die Revision vor allem maßgeblichen Vorschriften des deutschen Rechts in der auf den Streitfall anwendbaren Fassung lauten:

§ 823 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

(2) Die (...) Verpflichtung [zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens] trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

§ 32 Kreditwesengesetz (KWG)

(1) Wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, [...] Finanzdienstleistungen erbringen will, bedarf der schriftlichen Erlaubnis der Bundesanstalt; ...

§ 1 Kreditwesengesetz (KWG)

(1a) ... Finanzdienstleistungen sind

1. die Vermittlung von Geschäften über die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten (Anlagevermittlung),

1a. 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 (Anlageberatung), ...

III.

5 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in BKR 2014, 390 veröffentlicht ist, hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit hier noch erheblich - ausgeführt, dem Kläger stehe gegen die Beklagte kein Anspruch auf Schadensersatz wegen Schlechterfüllung der ihr obliegenden Beratungspflichten zu. Zwar sei zwischen den Parteien ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen. Der Kläger habe eine Verletzung der Beratungspflichten aber nicht zu beweisen vermocht.

6 Der Kläger habe auch keinen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 32 Abs. 1 KWG, denn die Beklagte habe keine erlaubnispflichtige Finanzdienstleistung erbracht, § 1 Abs. 1a Satz 2 Nrn. 1 und 1a KWG. Zwar habe nicht nur eine Anlageberatung, sondern auch eine Anlagevermittlung im Sinne der vorgenannten Bestimmungen vorgelegen, weil die Beklagte den Kläger nach der Beratung die Unterlagen habe unterzeichnen lassen. Sowohl die Anlagevermittlung als auch die Anlageberatung hätten sich aber nicht auf ein (bestimmtes) Geschäft über die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten bezogen. Vielmehr sei dem Kläger (lediglich) ein Vermögensverwaltungsvertrag vermittelt worden, der seinerseits erst der Anschaffung und Veräußerung sowie der Verwaltung von konkreten Finanzinstrumenten habe dienen sollen, selbst aber kein Finanzinstrument sei.

IV.

7 Der Erfolg der Revision hängt von der Auslegung von Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 in Verbindung mit Anhang I Abschnitt A Nr. 1 der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte

für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates (ABl. EU 2004, L 145/1; im Folgenden MiFID oder Finanzmarktrichtlinie) ab. Vor einer Entscheidung über das Rechtsmittel ist deshalb das Verfahren von Amts wegen auszusetzen und gemäß Art. 267 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 3 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen. Die revisionsrechtliche Nachprüfung, ob das Berufungsgericht einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 32 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 KWG zu Recht verneint hat, erfordert die Beantwortung der vorgelegten Frage durch den Europäischen Gerichtshof.

- 8 1. § 32 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 KWG ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Schutzgesetz zugunsten des einzelnen Kapitalanlegers (vgl. nur Senatsurteile vom 19. März 2013 - VI ZR 56/12, BGHZ 197, 1 Rn. 11 mwN und vom 7. Juli 2015 - VI ZR 372/14, VersR 2015, 1385 Rn. 25; BGH, Versäumnisurteil vom 21. April 2005 - III ZR 238/03, VersR 2005, 1394, 1395 mwN). Deshalb ist derjenige, der unter Verstoß gegen diese Vorschrift ohne Erlaubnis Finanzdienstleistungen erbringt, im Falle eines Verschuldens verpflichtet, einem anderen den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.
- 9 2. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Beklagte dem Kläger gegenüber keine Anlageberatung gemäß § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1a KWG erbracht hat, mithin ein Verstoß gegen § 32 Abs. 1 KWG aus diesem Grund nicht vorliegt.
- 10 a) Der Tatbestand der Anlageberatung wurde mit Wirkung zum 1. November 2007 in das Kreditwesengesetz eingefügt (Art. 3 Nr. 2 Buchst. a, Art. 14 Abs. 3 Halbsatz 1 des Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetzes [FRUG] vom 16. Juli 2007 [BGBl. I S. 1330]). Er setzt nach dem Wortlaut der Vorschrift vor-

aus, dass Empfehlungen abgegeben werden, die sich auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten beziehen. Das steht in Einklang mit der Definition der Anlageberatung in Art. 4 Abs. 1 Nr. 4 MiFID in Verbindung mit Art. 52 der Richtlinie 2006/73/EG der Kommission vom 10. August 2006 zur Durchführung der Finanzmarkttrichtlinie (ABl. EU 2006, L 241/26, im Folgenden Durchführungsrichtlinie), deren Umsetzung § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1a KWG dient (vgl. BT-Drucks. 16/4028 S. 56, 89 f.). Nach dieser Definition muss die Empfehlung abzielen auf den Kauf, den Verkauf, die Zeichnung, den Tausch, den Rückkauf, das Halten oder die Übernahme eines bestimmten Finanzinstruments oder auf die Ausübung bzw. Nichtausübung eines mit einem bestimmten Finanzinstrument einhergehenden Rechts betreffend Kauf, Verkauf, Zeichnung, Tausch oder Rückkauf eines Finanzinstruments.

- 11 Eine Anlageberatung wird demzufolge nicht erbracht, wenn eine Finanzportfolioverwaltung (§ 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG, Art. 4 Abs. 1 Nr. 9 MiFID) empfohlen wird, ohne dass dabei auch auf bestimmte Finanzinstrumente hingewiesen wird (vgl. Reschke in Beck/Samm/Kokemoor, KWG, § 1 Abs. 1a Rn. 546 [Stand: Juni 2014]; Schwennicke in ders./Auerbach, KWG, 2. Aufl., § 1 Rn. 92; Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 4. Aufl., § 1 Rn. 123d; Weber/Seifert in Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber, KWG und CRR, 3. Aufl., § 1 KWG Rn. 50 a.E.; Balzer, ZBB 2007, 333, 335; Kühne/Eberhardt, BKR 2008, 133, 137; Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht/Deutsche Bundesbank, Gemeinsames Informationsblatt zum Tatbestand der Anlageberatung, Stand: Juli 2013, www.bafin.de). In diesem Fall zielt die Empfehlung nämlich noch nicht auf eine konkrete Kapitalanlage ab, sondern auf den Abschluss einer Vereinbarung, die erst die Grundlage dafür schafft, dass ein Vermögensverwalter in einem zweiten Schritt für den Anleger Geld mit einem Entscheidungsspielraum in Finanzinstrumente investiert (zu den Voraussetzungen des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG vgl. Senatsurteil vom 9. November 2010 - VI ZR

303/09, VersR 2011, 218 Rn. 21 ff.; BVerwGE 122, 29, 35 ff.; EuGH, Slg. 2002, I-10811 Rn. 37 f. - Testa und Lazzeri).

12 b) Nach diesen Grundsätzen hat die Beklagte keine Tätigkeit der Anlageberatung im Sinne von § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1a KWG entfaltet. Die von ihr empfohlenen Verträge beinhalteten eine Finanzportfolioverwaltung. Dass die Beklagte darüber hinaus auf eine konkrete Kapitalanlage abzielende Empfehlungen abgegeben hat, ist nicht festgestellt und wird auch von der Revision nicht geltend gemacht.

13 3. Ob die Beklagte dem Kläger gegenüber die erlaubnispflichtige Finanzdienstleistung der Anlagevermittlung erbracht und mithin aus diesem Grund gegen § 32 Abs. 1 KWG verstoßen hat, hängt von der Auslegung von Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 in Verbindung mit Anhang I Abschnitt A Nr. 1 MiFID ab, über die der Senat nicht selbst entscheiden kann.

14 a) Nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG ist Anlagevermittlung die Vermittlung von Geschäften über die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten. Eine Vermittlung in diesem Sinne ist jede Tätigkeit, die final darauf gerichtet ist, dass der Kunde das betreffende Geschäft abschließt (vgl. BGH, Urteile vom 5. Dezember 2013 - III ZR 73/12, WM 2014, 121 Rn. 14 und vom 30. Oktober 2014 - III ZR 493/13, WM 2014, 2310 Rn. 36; Hess. VGH, NJW 2003, 3578; Reschke in Beck/Samm/Kokemoor, KWG, § 1 Abs. 1a Rn. 528, 536 ff. [Stand: Juni 2014]; Schwennicke in ders./Auerbach, KWG, 2. Aufl., § 1 Rn. 83; BaFin, Merkblatt - Hinweise zum Tatbestand der Anlagevermittlung, Stand: Juli 2013, www.bafin.de). Eine solche - über einen bloßen Nachweis hinausgehende - Tätigkeit hat die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Hinblick auf den von dem Kläger mit der D. AG abgeschlossenen Vermögensverwaltungsvertrag entfaltet. Es kommt deshalb darauf an, ob ein solcher - auf die Anschaffung und Veräußerung sowie die Verwaltung von

konkreten Finanzinstrumenten im Sinne einer Finanzportfolioverwaltung gemäß § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG (vgl. BVerwGE 122, 29, 35 ff.) gerichteter - Vertrag bereits ein "Geschäft über die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten" im Sinne von § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG darstellt.

15 b) Diese Frage ist umstritten und bislang höchstrichterlich nicht entschieden (vgl. BGH, Urteil vom 20. März 2012 - XI ZR 377/11, VersR 2012, 1182 Rn. 28). Nach Auffassung der zuständigen Aufsichtsbehörde stellt ein Vermögensverwaltungsvertrag ein Geschäft über die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten dar. Ein solcher Vertrag sei darauf gerichtet, dass in Vertretung des Anlegers Finanzinstrumente angeschafft oder veräußert würden (Merkblatt - Hinweise zum Tatbestand der Anlagevermittlung, Stand: Juli 2013, www.bafin.de). Das haben zwei Verwaltungsgerichte in erstinstanzlichen Entscheidungen über die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gebilligt. Dabei haben sie sich auf den Gesetzeswortlaut ("Geschäfte über") gestützt, dem sich nicht entnehmen lasse, dass nur die Vermittlung desjenigen Rechtsgeschäfts erfasst sei, durch das der rechtliche Erwerb des Finanzinstruments unmittelbar bewirkt werde (VG Berlin, Beschluss vom 28. März 2001 - VG 25 A 248.00, n.v., zitiert in WM 2005, 1030; VG Frankfurt am Main, WM 2005, 1028, 1030 f.; zustimmend Schwintowski/Freiwald, Handbuch Energiehandel, 3. Aufl., Rn. 1447 f.; vgl. auch VG Frankfurt am Main, ZIP 2005, 2105, 2106).

16 Demgegenüber ist in der Literatur zu § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG und dem gleich lautenden § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 WpHG die Auffassung vorherrschend, die Anlagevermittlung dürfe sich nicht lediglich auf Zwischenstufen beschränken, sondern müsse sich auf ein konkrete Finanzinstrumente beinhaltendes Geschäft beziehen (vgl. KK-WpHG/Baum, 2. Aufl., § 2 Rn. 162; Assmann in ders./Schneider, WpHG, 6. Aufl., § 2 Rn. 81a; Kumpan in Schwark/Zimmer, KMRK, 4. Aufl., § 2 WpHG Rn. 70; Jung/Schleicher, Finanzdienstleister und

Wertpapierhandelsbanken, 2. Aufl., S. 45). Die Vermittlung von Vermögensverwaltungen sei davon nicht erfasst (vgl. Brogl in Reischauer/Kleinhans, KWG, § 1 Rn. 193 [Stand: März 2014]; Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 4. Aufl., § 1 Rn. 122b; ders. in Schäfer/Hamann, KMG, § 2 WpHG Rn. 71 [Stand: Januar 2006]; von Livonius, EWiR 2005, 739, 740; Schwintek, EWiR 2006, 125, 126; im Ergebnis auch LG Flensburg, Urteil vom 12. März 2014 - 2 O 261/12, juris Rn. 49).

17 c) Für die Auslegung der Vorschrift des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG kommt es auf die Auslegung von Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 in Verbindung mit Anhang I Abschnitt A Nr. 1 MiFID an, weil § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG der Umsetzung dieser Bestimmungen dient (vgl. den 2. Erwägungsgrund der Finanzmarktrichtlinie sowie BT-Drucks. 13/7142 S. 65 zu der im Wesentlichen inhaltsgleichen Definition in Art. 1 Nr. 1 in Verbindung mit Abschnitt A Nr. 1 Buchst. a des Anhangs der Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen, ABl. EG 1993, L 241/27). Die Frage, ob die Vermittlung von Portfolioverwaltungsverträgen von Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 in Verbindung mit Anhang I Abschnitt A Nr. 1 MiFID erfasst wird, kann der Senat indes nicht selbst entscheiden. Die richtige Anwendung der Richtlinie ist nicht derart offenkundig, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (vgl. EuGH, Slg. 1982, 3415, 3430 - C.I.L.F.I.T.).

18 aa) Der Wortlaut der maßgeblichen Bestimmungen ist nicht eindeutig. Nach Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 MiFID sind Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten jede in Anhang I Abschnitt A genannte Dienstleistung, die sich auf eines der Instrumente in Anhang I Abschnitt C bezieht. Darunter fallen nach Anhang I Abschnitt A Nr. 1 der deutschen Fassung "Annahme und Übermittlung von Aufträgen, die ein oder mehrere Finanzinstrument(e) zum Gegenstand haben". Diese Formulierung legt zwar ebenso wie die Formulierung der Vorschrift

des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG nahe, dass nur die Vermittlung solcher Verträge erfasst ist, die sich auf die Anschaffung oder Veräußerung eines konkreten Finanzinstruments beziehen. Das gilt auch im Hinblick auf die weiter gefasste, die Wertpapier- und Finanzanalyse betreffende Formulierung in Anhang I Abschnitt B Nr. 5. Jedoch könnten etwa der - bei der Auslegung ebenfalls zu berücksichtigende (vgl. EuGH, EuZW 2013, 557 Rn. 37 f. - Genil 48 SL u.a.) - Text der englischen ("in relation to"), französischen ("et portant sur tout instrument visé à la section C") oder der spanischen ("en relación con") Fassung auch offen sein für eine weite Auslegung im Sinne eines nur mittelbaren Zusammenhangs zwischen dem vermittelten Geschäft und dem Erwerb oder der Veräußerung eines Finanzinstruments.

- 19 bb) Die allgemeine Systematik (vgl. EuGH, EuZW 2013, 557 Rn. 38 - Genil 48 SL u.a.) könnte die durch den deutschen Wortlaut nahegelegte enge Auslegung stützen. So wird in Art. 52 Abs. 2 Satz 2 der Durchführungsrichtlinie die Anlageberatung definiert als eine Empfehlung, die auf den Kauf, den Verkauf, die Zeichnung, den Tausch, den Rückkauf, das Halten oder die Übernahme eines bestimmten Finanzinstruments oder auf die Ausübung bzw. Nichtausübung eines mit einem bestimmten Finanzinstrument einhergehenden Rechts betreffend Kauf, Verkauf, Zeichnung, Tausch oder Rückkauf eines Finanzinstruments abzielt. Dem könnte ein allgemeiner, auch für die Auslegung des Tatbestands der Anlagevermittlung maßgebender Rechtsgedanke zu Grunde liegen (vgl. Erwägungsgrund 81 Satz 1 der Durchführungsrichtlinie). Zwingend ist dies indes nicht.

20 cc) Schließlich könnte der von der Richtlinie bezweckte Anlegerschutz (vgl. Erwägungsgrund Nr. 2) eine Einbeziehung der Vermittlung von Portfolioverwaltungsverträgen jedenfalls dann nicht erfordern, wenn - wie hier - die Portfolioverwalter ihrerseits den Vorgaben der Richtlinie unterliegen (Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 iVm Anhang I Abschnitt A Nr. 4 MiFID). Auch dies ist aber nicht zwingend im Sinne eines *acte clair*. Bei einer engen Auslegung könnten möglicherweise Schutzlücken verbleiben, wenn Verwalter aus Drittstaaten vermittelt werden.

21 4. Die Entscheidung im Revisionsverfahren hängt von der Antwort auf die Vorlagefrage ab. Ist auf Grund der Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs die Vermittlung eines Portfolioverwaltungsvertrags als eine Wertpapierdienstleistung im Sinne der Finanzmarktrichtlinie anzusehen, so hätte die Revision des Klägers Erfolg. Das Berufungsgericht hätte einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 32 Abs. 1 KWG auf der Grundlage seiner bisher getroffenen Feststellungen zu Unrecht verneint.

22 Sollte die Vermittlung eines Portfolioverwaltungsvertrags auf Grund der Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs dagegen keine Wertpapierdienstleistung im Sinne der Finanzmarktrichtlinie darstellen, so hätte das Berufungsgericht einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 32

Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 KWG zu Recht verneint. Die Revision wäre in diesem Fall zurückzuweisen.

Galke

Wellner

Offenloch

Oehler

Roloff

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 22.03.2013 - 19 O 23/11 -

KG Berlin, Entscheidung vom 05.06.2014 - 22 U 90/13 -