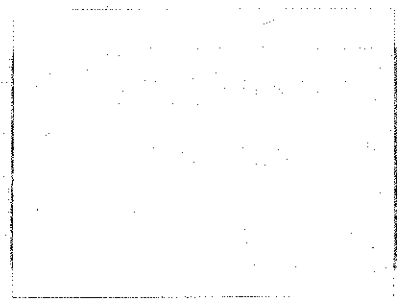


Ausfertigung



zugestellt mit Karte

Kammergericht

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:
26 U 240/08
4 O 297/08 Landgericht Berlin

verkündet am : 06.01.2010
[REDACTED]
Justizangestellte

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

Kläger und Berufungskläger,

- Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]

g e g e n

die Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsun-
ternehmen,

[REDACTED]

Beklagte und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. Henning Berger in White & Case LLP,
Kurfürstendamm 32, 10719 Berlin,-

hat der 26. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin auf die mündliche Verhandlung vom 6. Januar 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht [REDACTED] und die Richter am Kammergericht [REDACTED] und [REDACTED]

f ü r R e c h t e r k a n n t :

Die Berufung des Klägers gegen das am 1. Oktober 2008 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin – 4 O 297/08 – wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Kostenbetrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Für den Kläger wird die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen.

Gründe

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte, eine Entschädigungseinrichtung nach § 6 Abs. 1 Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz (ESAEG), auf Entschädigung im Zusammenhang mit seinem am 30. September 1999 erfolgten Beitritt zu einer von der Phoenix Kapitaldienst GmbH (im Folgenden: Phoenix GmbH) verwalteten Kapitalanlage, dem Phoenix Managed Account, in Anspruch. Am 15. März 2005 stellte die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BAFin) den Entschädigungsfall fest.

Wegen der Einzelheiten des Tatbestandes wird auf die tatsächlichen Ausführungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Mit seiner Berufung wendet sich der Kläger gegen das die Klage abweisende Urteil des Landgerichts. Der Kläger rügt: Das Landgericht sei mit einer zudem unzutreffenden Auslegung der Norm davon ausgegangen, dass auf das Rechtsverhältnis der Parteien § 1 Abs. 4 ESAEG in der seit dem 1. Juli 2002 geltenden Fassung anzuwenden sei. Tatsächlich sei die Fassung der Norm vom 19. Juli 1998 anzuwenden, da sein Entschädigungsanspruch dem Grunde nach bereits vor dem 1. Juli 2002 entstanden sei. In diesem Rahmen unterfielen auch die Ansprüche aus den Saldenmitteilungen der Phoenix GmbH, soweit hieraus noch keine Zahlungen erfolgt seien; dem Entschädigungsanspruch, selbst wenn es sich hierbei um fiktive Guthaben gehandelt habe. Die zum 1. Juli 2002 in Kraft getretene Gesetzesänderung entfalte dabei eine unzulässige Rückwirkung. Von dem

Entschädigungsanspruch seien auch Schadensersatzansprüche wegen Beratungsverschuldens umfasst, die ihn zu einer vorzeitigen Kündigung des Vertrages mit der Folge berechtigt hätten, den einbezahlten Anlagebetrag von der Phoenix GmbH zurückzufordern, was unter Berücksichtigung der erhaltenen Ausschüttungen noch einen Betrag von 306,20 € ausmache. Zudem stehe ihm, wegen der tatsächlich nicht ausgeführten Wertpapiergeschäfte ein Entschädigungsanspruch zu.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des am 1. Oktober 2008 verkündeten Urteils des Landgerichts Berlin, Az.: 4 O 297/08, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 6.814,58 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10. Juli 2008 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie tritt dem Rechtsmittel entgegen und verteidigt das angefochtene Urteil.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

A.

Die nach § 511 Abs. 1 statthafte Berufung des Klägers ist zulässig, da sie gem. §§ 517, 519, 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt sowie begründet worden ist.

B.

Das Rechtsmittel bleibt in der Sache jedoch ohne Erfolg. Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass dem Kläger ein Entschädigungsanspruch nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 ESAEG gegen die Beklagte nicht zusteht.

(1)

Auf den sich eventuell aus §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 ESAEG ergebenden Entschädigungsanspruch ist hier, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, § 1 Abs. 4 ESAEG in der seit dem 1. Juli 2002 geltenden Fassung anzuwenden. Danach wird der Begriff der entschädigungsfähigen Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften wie folgt definiert:

Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften im Sinne dieses Gesetzes sind die Verpflichtungen eines Instituts zur Rückzahlung von Geldern, die Anlegern aus Wertpapiergeschäften geschuldet werden oder gehören und die für deren Rechnung im Zusammenhang mit Wertpapiergeschäften gehalten werden. Hierzu gehören

auch Ansprüche von Anlegern auf Herausgabe von Instrumenten, dessen Eigentümer diese sind und die für deren Rechnung im Zusammenhang mit Wertpapiergeschäften gehalten oder verwahrt werden.

Der seit dem 1. Juli 2002 geltende Wortlaut der Vorschrift deckt sich mit Art. 2 § 2 Abs. 2 der Richtlinie 97/9/EG in der damals maßgeblichen Fassung vom 3. März 1997, wonach eine Deckung für Forderungen gewährt werden muss,

die dadurch entstanden sind, dass eine Wertpapierfirma nicht in der Lage war, entsprechend den einschlägigen Rechtsvorschriften und Vertragsbedingungen

- *Gelder zurückzuzahlen, die Anlegern geschuldet werden oder gehören und für deren Rechnung im Zusammenhang mit Wertpapiergeschäften gehalten werden, oder*
- *den Anlegern Instrumente zurückzugeben, die diesen gehören und für deren Rechnung im Zusammenhang mit Wertpapiergeschäften gehalten, verwahrt oder verwaltet werden.*

Die Verwendung des Wortes „und“ im ersten Spiegelstrich des Absatzes macht dabei als kumulative Anspruchsvoraussetzung deutlich, dass lediglich im Zusammenhang mit Wertpapiergeschäften gehaltene und dem Anleger geschuldete Gelder entschädigungsfähig sein sollen. Dem entspricht der seit dem 1. Juli 2002 geltende Wortlaut des § 1 Abs. 4 ESAEG.

Soweit der Kläger meint, auf den streitgegenständlichen Entschädigungsanspruch sei § 1 Abs. 4 ESAEG in der Fassung vom 16. Juli 1998 anzuwenden, kann dem nicht gefolgt werden.

Der ursprüngliche Wortlaut der Vorschrift lautete insoweit:

Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften im Sinne dieses Gesetzes sind die Verpflichtungen eines Instituts aus Wertpapiergeschäften, einem Kunden Besitz oder Eigentum an Geldern oder Finanzinstrumenten oder Rechte aus Finanzinstrumenten im Sinne des § 1 Abs. 11 des Gesetzes über das Kreditwesen zu verschaffen.

Die Vorschrift vermag schon nach ihrem Inhalt dem Kläger keine weitergehenden Ansprüche als die Gesetzesfassung vom 1. Juli 2002 zu verschaffen. Der historische Gesetzgeber wollte auch mit der ursprünglichen Formulierung von § 1 Abs. 4 ESAEG nur vertragliche Hauptleistungspflichten des Wertpapierdienstleisters als vom Entschädigungsanspruch umfasst ansehen. Die Gesetzesbegründung führt insoweit aus (BT-Drs. 13/10188, S. 16):

Zu Absatz 4

Absatz 4 nimmt durch die Verwendung des Begriffs „Wertpapiergeschäfte“ Bezug auf Absatz 3.

Aus dieser Begriffsbestimmung folgt im Zusammenhang mit den Vorschriften über den Entschädigungsanspruch (§§ 3ff.), daß in den Schutzbereich des Entwurfs nur solche Verpflichtungen aus Wertpapiergeschäften fallen, die zu den vertraglichen Hauptleistungspflichten gehören. So sind beispielsweise Schadensersatzansprüche aus Beratungsfehlern im Zusammenhang mit Wertpapiergeschäften im Entschädigungsfall nicht gedeckt.

Geschützt sind auch Forderungen gegen ein Institut, das zwar aufgrund seiner Erlaubnis nicht befugt war, sich bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen Eigentum oder Besitz an Geldern oder Wertpapieren von Kunden zu verschaffen, sich aber nicht an diese beschränkte Erlaubnis gehalten und Kundenvermögen veruntreut hat.

Von dieser Begründung hat der Gesetzgeber, anders als der Kläger meint, auch nicht im Rahmen der Neufassung des § 1 Abs. 4 ESAEG Abstand genommen, da die Änderung des Gesetzeswortlauts wie folgt begründet wurde (BT-Drs. 14/8017, S. 140):

Nach dem Wortlaut der Norm ist nicht eindeutig ausgeschlossen, ob auch solche Ansprüche in den Schutzbereich des ESAEG fallen, die der Kunde aus der Nichtausführung einer Wertpapierorder oder eines Wertpapierverkaufs gegen ein Institut geltend machen könnte, sofern diese infolge des mit einem Moratorium verbundenen Zahlungs- und Veräußerungsverbotes nicht mehr ausgeführt werden können. Er könnte seinen nicht erfüllten Lieferungsanspruch – Verschaffung des Eigentums an Wertpapieren – zur Entschädigung anmelden. Selbst für den Fall eines Kursverlustes könnte er den Anlegerentschädigungsanspruch geltend machen, sofern er seinen Höchstbetrag der Anlegerentschädigung schon voll ausgeschöpft hätte und somit zur Entschädigung weiterer Gelder gelangte. Ähnliches gilt für den umgekehrten Fall einer nicht ausgeführten Verkaufsorder.

Der Entschädigungsanspruch nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 ESAEG entsteht, anders als ein gegen das Wertpapierunternehmen gerichteter Anspruch aus Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten nicht bereits mit dem Erwerb der Wertpapiere, sondern erst mit der Feststellung des Schadensfalls durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) nach § 5 ESAEG. Insbesondere lässt sich entgegen der Auffassung des Klägers, der Entschädigungsanspruch nicht mit dem Anspruch aus einer Ausfallversicherung gleichstellen. Soweit der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 18. März 2008 – XI ZR 454/06 – einen Vergleich der Entschädigungsforderung aus § 4 ESAEG mit einem Ausfallversicherungsanspruch vorgenommen hat (ebd. Rdnr. 22 nach juris), beziehen sich diese Ausführungen allein auf die Frage, ob insoweit das Surrogat eines ursprünglich einer Bank verpfändeten Anspruchs vorliegt. Die Entscheidung stellt aber zugleich deutlich, dass der Entschädigungsanspruch einen selbständigen Anspruch darstellt, der zunächst dem Grunde nach von der BaFin festzustellen ist (Rdnr. 17). Nach Auffassung des Senats, der sich insoweit durch die angezogene Entscheidung des Bundesgerichtshofs bestätigt sieht, entsteht der gesetzliche Entschädigungsanspruch dem Grunde nach nicht schon mit dem Abschluss des jeweiligen Wertpapierdienstleistungsvertrages, sondern erst mit der Feststellung des Schadensanspruchs durch die BaFin. Diese Feststellung ist erst am 15. März 2005 und damit zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem § 1 Abs. 4 ESAEG in der Fassung vom 1. Juli 2002 galt.

Da die zum 1. Juli 2002 in Kraft getretene Gesetzesänderung auch lediglich eine Präzisierung des Gesetzeswortlauts im Hinblick auf die Richtlinie 97/9/EG beinhaltet, konnten Anleger auch nicht darauf vertrauen, dass die ursprüngliche Gesetzesfassung in Bezug auf bereits geschlossene Wertpapierdienstleistungsverträge weiterhin Geltung haben konnte. Der historische Gesetzgeber hat bereits bei Erlass der Ursprungsfassung des ESAEG deutlich gemacht, mit dem Gesetz lediglich die Richtlinie 97/9/EG umsetzen und Anlegern keine darüber hinaus gehenden Rechte einräumen zu wollen. Die in der Neufassung des § 1 Abs. 4 ESAEG liegende unechte Rückwirkung mag zwar betroffene Rechtspositionen beeinträchtigen (BVerfG, Urt. v. 23. März 1971 – 2 BvL

17/69 - Rdnr. 32 nach juris), sie greift jedoch nicht im Sinne einer echten Rückwirkung in bereits abgeschlossene und der Vergangenheit angehörende Sachverhalte ein.

(2)

Hinsichtlich der einzelnen geltend gemachten Ansprüche des Klägers bedeutet das:

- (a) Soweit dem Kläger Kontoauszüge übersandt worden sind, die ein Guthaben beinhalten, das ihm nicht ausgezahlt worden ist, stehen ihm keine Ansprüche aus §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 ESAEG gegen die Beklagte zu.

Zwischen den Parteien ist im Ergebnis unstrittig, dass den insoweit maßgeblichen Saldenmitteilungen der Phoenix GmbH keine tatsächlichen Guthaben und Geldflüsse zu Grunde lagen. Zudem lassen sich die von der Rechtsprechung für den Girokontovertrag entwickelten Grundsätze, wonach Gutschriften auf einem Girokonto als abstraktes Schuld-
anerkennnis anzusehen sind (BGHZ 105, 263 [269]), auf andere Rechtsbeziehungen zwischen einer Bank und ihrem Kunden nicht übertragen. Auf die von der Phoenix GmbH erstellten Saldenmitteilungen lassen sich die insoweit maßgeblichen Grundsätze, die aus dem Bedürfnis erhöhter Rechtssicherheit im Zahlungsverkehr entwickelt worden sind, nicht anwenden (BGH, Ur. v. 7. Dezember 2004 – XI ZR 361/03 – Rdnr. 24 nach juris). Die dem Kläger übersandten Kontoauszüge zum 30. September 2004 (in Anlage K5) und zum 28. Februar 2005 (Anlage K6) lassen unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen nicht hinreichend erkennen, dass die Phoenix GmbH erklärt haben will, die darin genannten Beträge dem Kläger auf jeden Fall auch ohne nachvollziehbare Abrechnung der zugrundeliegenden Geschäfte zu schulden.

In den Saldenmitteilungen liegt auch – anders als das Verwaltungsgericht Berlin in seinem Beschluss vom 17. September 2008 – 1 A 105.08 – meint, keine Schenkung. Die Schenkung setzt einen gegenseitigen Vertrags voraus, bei dem auch der Beschenkte davon ausgeht, ihm sei ein Vermögensgegenstand unentgeltlich zugewendet worden. Die jeweiligen Anleger gingen jedoch davon aus, dass es sich um Gelder handelte, die aus ihrer Einlage erwirtschaftet worden waren.

Zudem umfassen weder die Bestimmungen des ESAEG noch die Richtlinie 97/9/EG Ansprüche aus etwaigen Anerkennnissen, denen Wertpapiergeschäfte gerade nicht zu Grunde liegen. Im Übrigen meint der Senat, dass im Hinblick auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11. Dezember 2008 – IX ZR 195/07 – ein Anspruch auf Auszahlung fiktiver Guthaben nicht vom Schutzbereich des ESAEG umfasst ist. Danach kann der Insolvenzverwalter der Phoenix GmbH auf Grund derartiger Saldenmitteilungen geleistete

Zahlungen nach § 134 Abs. 1 InsO anfechten und nach § 143 InsO zurückfordern. Dem betroffenen Anleger ist es versagt, der Masse in diesem Zusammenhang die in § 814 BGB getroffene Regelung, wonach der Leistende, wenn er von dem fehlenden Rechtsgrund seiner Leistung gewusst hat, das Geleistete nicht zurückfordern kann, entgegen zu halten. Die Einbeziehung von fiktiven Guthaben in den Entschädigungsanspruch führt dann aber zu einer Besserstellung derjenigen Anleger, die noch keine Auszahlungen seitens der Phoenix GmbH erhalten haben. Eine derartige Besserstellung ist vom Gesetzgeber aber ebenso wie von der europäischen Richtlinie erkennbar nicht gewollt.

- (b) Soweit die Phoenix GmbH mit den eingezahlten Geldern des Klägers vertragswidrig keine Wertpapiergeschäfte ausgeführt hat, ist ein etwaiger Schadensersatzanspruch des Klägers von dem Entschädigungsanspruch gegenüber der Beklagten nicht umfasst, wie sich aus dem seit dem 1. Juli 2002 geltenden Wortlaut von § 1 Abs. 4 ESAEG und der Begründung des Gesetzgebers ergibt.

Selbst wenn auf den Entschädigungsanspruch des Klägers die bis zum 30. Juni 2002 geltende Fassung von § 1 Abs. 4 ESAEG Anwendung fände und die Vorschrift auch Ansprüche wegen unterlassener Wertpapiergeschäfte umfasste, fehlt es an einer Darlegung, welche konkreten Geschäfte die Phoenix GmbH unterlassen hat und welcher konkrete Schaden dem Kläger hierdurch entstanden sein soll.

- (c) Der Entschädigungsanspruch umfasst auch keinen gegenüber der Phoenix GmbH bestehenden Schadensersatzanspruch in Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung des Klägers durch die Phoenix GmbH darüber, dass zum Zeichnungszeitpunkt Wertpapiergeschäfte tatsächlich nicht mehr ausgeführt wurden, sondern die eingehenden Gelder im Rahmen eines Schneeballsystems Verwendung fanden, um bisherigen Anlegern Zahlungen zukommen und Verwaltungskosten ausgleichen zu lassen. Zwar geht der Senat davon aus, dass der Kläger in Kenntnis dieser Umstände die Anlage bereits nicht vorgenommen hätte, der sich aus einen in diesem Zusammenhang ergebenden außerordentlichen Kündigungsrecht entstehende, auf Rückgewähr der Einlage gerichtete Anspruch stellt aber keinen durch das ESAEG allein abgesicherten Hauptanspruch aus dem Wertpapierdienstleistungsvertrag dar. Als entschädigungsberechtigte Hauptansprüche im Sinne der Gesetzesbegründung in der BT-Drs. 13/10118, S. 16, können lediglich Ansprüche auf Auszahlung real vorhandener Guthaben oder Herausgabe von für den Anlegern verwahrter Wertpapiere angesehen werden. Schadensersatz- oder Rückabwicklungsansprüche, die lediglich im Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis stehen, fallen nach Auffassung des Senats nicht hierunter.

- (d) Ebenso kann der Kläger nicht mit Erfolg verlangen, so gestellt zu werden, als wäre die Phoenix GmbH bis zur Feststellung des Entschädigungsfalles ihren vertraglichen Verpflichtungen nachgekommen. Auch in diesem Fall hätten von dem eingezahlten Betrag vertragsgemäß Abzüge für Verwaltungsgebühren von 0,5 % p.m. vorgenommen werden können (Ziff. 10.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Phoenix Managed Account in Anlage K7). Bei einer Beteiligung von 19.655,07 € (38.461,54 DM) und einer jährlichen Verwaltungsgebühr von 6% ergäbe sich für eine Laufzeit von mehr als fünf Jahren eine Verwaltungsgebühr i.H.v. mehr als 30 % entsprechend einem Betrag von 5.896,52 €, die sogar deutlich über dem hier nur Ansatz findenden Betrag von 306,20 € liegt.
- (e) Soweit dem Kläger ein etwaiger bereicherungsrechtlicher Rückerstattungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB i.V.m. § 123 Abs. 1 BGB oder ein Rückzahlungsanspruch nach Kündigung zustünde, rechtfertigt dies den Klageanspruch ebenfalls nicht. Dabei kann offen bleiben, ob ein derartiger Anspruch den von den Bestimmungen des ESAEG abgesicherten Hauptansprüchen gleichzusetzen ist. Ein sich hieraus ergebender Entschädigungsanspruch wäre nach § 4 Abs. 2 ESAEG a.F. auf 90 % der Verbindlichkeit und den Gegenwert von 20.000,00 € beschränkt gewesen. Insoweit könnte der Kläger allenfalls eine Entschädigung i.H.v. 17.689,56 € entsprechend 90 % seiner Einlage ohne Agio verlangen, auf die er sich aber auch nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen den bereits erhaltenen Betrag von 19.304,88 € anrechnen lassen müsste (§ 818 Abs. 3 BGB).

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Senat hält eine Vorlage der Sache an den EuGH nach Art. 267 Abs. 1 b) und 2 AEUV nicht für geboten, da die Richtlinie 97/9/EG in Bezug auf den vom Kläger geltend gemachten Anspruch eindeutig ist und keine ihm günstige Auslegung zulässt. Der Senat hat jedoch die Revision zugelassen, da die aufgeworfenen Rechtsfragen grundsätzliche Bedeutung besitzen. Grundsätzlich dürfte die Frage, ob und in welchem Umfang gegenüber der Beklagten Entschädigungsansprüche im Zusammenhang mit der Phoenix GmbH bestehen, mehrere tausend Anleger betreffen, wobei in diesen Fällen den Parteien die Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof regelmäßig wegen der damaligen betragsmäßigen Beschränkung des Entschädigungsanspruchs nach § 26 Nr. 8 EGZPO verwehrt ist. Die Sache wirft auch grundsätzliche Rechtsfragen auf. Zum einen steht

auch nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7. Dezember 2004 – XI ZR 361/03 – nicht abschließend fest, wie Kontoauszüge zu behandeln sind, die, anders als dort zu entscheiden, vom Empfänger der Einzahlungen ausgestellt wurden. Zum anderen bedarf nach Auffassung des Senats die Frage, ob vereinbarte Vergütungen auf den Entschädigungsanspruch anzurechnen sind, einer grundsätzlichen Entscheidung, zumal wenn, wie hier, tatsächliche Geschäfte nicht mehr ausgeführt wurden.

