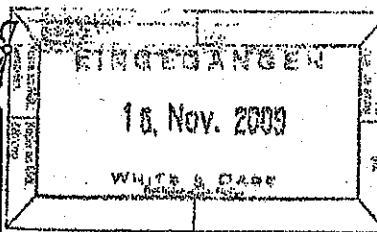


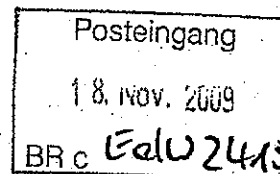
Ausfertigung



zugestellt mit Karte

# Landgericht Berlin

## Im Namen des Volkes



### Urteil

Geschäftsnummer: 9 O 254/09

verkündet am: 05.11.2009

Justizobersekretärin

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

Klägers,

[REDACTED]

gegen

die EdW Entschädigungseinrichtung der  
Wertpapierhandelsunternehmen,  
vertreten durch die Direktoren,  
Behrensstraße 31, 10117 Berlin,

Beklagte,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte White & Case,  
Kurfürstendamm 32, 10719 Berlin,-

hat die Zivilkammer 9 des Landgerichts Berlin  
in Berlin-Charlottenburg, Tegeler Weg 17-21, 10589 Berlin,  
auf die mündliche Verhandlung vom 5. November 2009  
durch die Richterin am Landgericht [REDACTED] als Einzelrichterin

**f ü r R e c h t e r k a n n t :**

1. Die Klage wird als zur Zeit nicht fällig abgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

**Tatbestand**

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Entschädigung nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz (ESAEG) im Urkundsprozeß in Anspruch. Der Kläger schloß am 30. Dezember 2004 einen Beteiligungsvertrag an der Phoenix Managed Account [REDACTED] [REDACTED] Erzahlte am 18. Januar insgesamt 33.920,- EUR inklusive Agio für die Anlage ein.

Die Phoenix ist ein der Beklagten zugeordnetes Institut. Am 15. März 2005 stellte die BaFin den Entschädigungsfall bei Phoenix fest. Die Anleger der Phoenix konnten innerhalb der einjährigen Anmeldefrist nach § 5 Absatz 3 Satz 1 ESAEG einen Entschädigungsanspruch anmelden. Die Phoenix bot seit 1992 die Beteiligung an dem Produkt Phoenix Managed Account (PMA) an. Bei dieser Anlage beteiligten sich die Investoren mit ihren Geldern an einer Kollektivanlage (Finanzpool), Gegenstand der Geschäftsbesorgung durch Phoenix war die Anlage der Einzahlungen der Anleger in Termingeschäften für gemeinsame Rechnung. Phoenix führte die Wertpapiergeschäfte über verschiedene lizenzierte Brokerhäuser aus. Dazu unterhielt Phoenix bei den Brokerhäusern Gemeinschaftstreuhandkonten für den PMA. Der einzelne Anleger war mit seinem Kapital an der Entwicklung des Gemeinschaftsvermögens beteiligt und sollte, der Höhe nach abhängig vom Wert seines Kapitalanteils zu Beginn der jeweiligen Abrechnungsperiode, am Handelserfolg partizipieren (Ziffer 7 AGB der Phoenix). Nach Ziffer 12.3 der AGB der Phoenix nahm der Anleger am weiteren Ergebnis des PMA indes nicht mehr teil, wenn der Wert seiner Beteiligung auf 65 % oder weniger seiner Gesamteinzahlungen gesunken war. Die von Phoenix erstellten und den Anlegern zugesandten Kontoauszüge spiegelten allerdings nicht den tatsächlichen Handelsverlauf wider. Es wurden fiktive Gewinne und Verluste ausgewiesen, die nicht tatsächlich erwirtschaftet wurden. Insgesamt wurde bis zum Eintritt des Entschädigungsfalles ein tatsächlicher Handelsverlust in Höhe von 54.655.629,48 EUR erzielt. Der jeweilige Kapitalanteil eines Anlegers war darüber hinaus mit verschiedenen Abzugsposten gemäß Ziffer 10 der AGB belastet. Zunächst erhob Phoenix bei Zahlung der Ersteinlage ein variables Agio. Ferner wurde eine Verwaltungsgebühr von 0,5 % pro Monat vom jeweiligen Vermögensstand des PMA - vor Abzug einer etwaigen Gewinnbeteiligung der Phoenix - berechnet. Weiter standen der Phoenix Teile der Transaktionskosten von 20 USD für jeden vorgenommenen Handel sowie die Zinsen zu, welche die Broker für die auf den Treuhandkonten liegenden Gelder zahlten. Schließlich stand

Phoenix ein Anspruch in Höhe von 30 % der erzielten Handelsgewinne ihrer Anleger pro Abrechnungsperiode zu.

Über das Vermögen der Phoenix wurde am 14. März 2005 die vorläufige Verwaltung angeordnet und ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt. Am 1. Juli 2005 wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Es gelang Vermögenswerte der Phoenix in Höhe von circa 236 Millionen EUR sicherzustellen. Der Kläger meldeten am 29. Juli 2005 eine Forderung in Höhe von 32.277,68 EUR an, der Insolvenzverwalter erkannte diese Forderung in Höhe von 31.803,92 EUR zur Tabelle an (Anlage K 5). Im Insolvenzverfahren kam es zunächst zu einem Beschluß über einen Insolvenzplan, der jedoch von einem Teil der Gläubiger erfolgreich gerichtlich angefochten wurde (LG Frankfurt a. M. Beschluß vom 29. Oktober 2007 - 2/9 T 198/07 - = NZI 2008, 110 ff; BGH Beschluß vom 5. Februar 2009 - IX ZB 230/07- = NJW-RR 2009, 839 ff). Insoweit beriefen sich Gläubiger auf Aussonderungsrechte an den sicher gestellten Geldern. Ein neuer Insolvenzplan wurde nicht beschlossen. Zwischenzeitlich verfolgt ein Teil der Gläubiger diese Aussonderungsrechte gerichtlich. Insoweit werden fünf verschiedene Berechnungsmethoden hinsichtlich der Aussonderungsrechte vertreten, Eine abschließende Klärung in welchem Umfang hinsichtlich der sicher gestellten Gelder in Höhe von circa 236 Millionen EUR Aussonderungsrechte bestehen und welche Beträge etwa noch an die Insolvenzgläubiger zu verteilen sind ist bislang nicht erfolgt.

Mit Bescheid vom 6. April 2009 gewährte die Beklagte dem Kläger eine Teilentschädigung in Höhe von 2.261,89 EUR. Die Beklagte berechnete in dem Bescheid beziehungsweise in der beigefügten Anlage den Betrag, den das Konto des Klägers unter Außerachtlassung von Scheingewinnen sowie unter Berücksichtigung des Agios, der Provisionen und der Gebühren sowie unter Berücksichtigung der tatsächlich erwirtschafteten Gewinne und Verluste aufweist. Die Beklagte kommt insoweit auf einen Betrag in Höhe von 31.803,92 EUR der der zu leistenden Berechnung des Entschädigungsbetrages zu Grunde gelegt wurde. Von diesem Betrag zieht sie zunächst den maximal möglichen Betrag in Höhe von 29.290,71 EUR ab, hinsichtlich dessen Aussonderungsrechte für den Kläger bestehen könnten, von dem verbliebenen Betrag in Höhe von 2.513,21 EUR leistete sie dann 90 % = 2.261,89 EUR.

Der Kläger ist der Auffassung ihm stehe ein weiterer Zahlbetrag bereits jetzt gegen die Beklagte in Höhe von 17.738,11 EUR zu, da ein Einbehalt wegen eines Aussonderungsrechts nicht erfolgen dürfe. Insoweit beruft sich der Kläger auf zwischenzeitlich ergangenen Urteile unter anderem des Landgerichts Frankfurt am Main, die in Verfahren zwischen einzelnen Anlegern und dem Insolvenzverwalter geführt wurden und die Aussonderungsrechte verneinen. Der Kläger ist ferner der Auffassung, daß bei der Berechnung des der Entschädigung zu Grunde zu legenden Betrages

weder das Agio noch Kosten und Provisionen in Abzug zu bringen sind, er ist insoweit der Auffassung daß sein Entschädigungsbetrag daher tatsächlich nach einem Betrag in Höhe von 33.920,- EUR zu berechnen sei, so daß ihm auch insoweit der geltend gemachte Betrag zustehe.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 17.738,11 EUR zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hält das Urkundsverfahren für unstatthaft. Sie ist der Auffassung, daß sie berechtigt war zunächst eine Teilentschädigung zu berechnen und den Betrag zunächst von dem Ausgangsbetrag abzuziehen, der maximal als Aussonderungsbetrag dem Kläger zustehen könnte. Sie ist ferner der Auffassung, daß bei der Berechnung des Ausgangsbetrages, nach dem der Entschädigungsbetrag berechnet wird, gemäß § 4 ESAEG Scheingewinne unberücksichtigt bleiben mußten. Ferner ist sie der Auffassung, daß zu berechnen war, welchen Kontostand die Anlage des Klägers ausgewiesen hätte, wenn die Phoenix den Vertrag korrekt erfüllt hätte, wenn also Agio, Kosten und Provisionen sowie tatsächlich erwirtschaftete Gewinne und Verluste Berücksichtigung finden.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die von ihnen eingereichten Schriftsätze nebst der beigefügten Anlagen ergänzend verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Klage ist unbegründet, gemäß § 3 Absatz 4 ESAG ist der Zivilrechtsweg gegeben, die Beklagte ist als nichtrechtsfähiges Sondervermögen des Bundes parteifähig.

Die Klage ist entgegen der Auffassung der Beklagten im Urkundsprozeß statthaft §§ 592 ff ZPO, da der Kläger anspruchsbegründende Tatsachen durch Urkunden belegen kann, jedoch besteht der geltend gemachte Anspruch aus materiellrechtlichen Gründen zur Zeit jedenfalls nicht. Ob und in welcher Höhe er tatsächlich besteht war vorliegend nicht zu klären, da ein etwaiger Anspruch jedenfalls nicht fällig ist. Zwar ergeben sich aus den eingereichten Urkunden der Anlagebetrag, nämlich aus der schriftlichen Mitteilungen der Beklagten 6. April 2009 (Anlage K1), und das Vorliegen des Entschädigungsfalles, aus der schriftlichen Mitteilung der Beklagten vom 11. März 2005 (Anlage B 2), als auch die Höhe des Entschädigungsbetrages unter Berücksichtigung der Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechte des Anlageinstitutes nach § 4 Absatz 1 ESAEG. Diese Urkunden belegen durchaus grundsätzlich rechnerisch den geltend gemachten Anspruch in

der geltend gemachten Höhe. Die Klage ist jedoch zur Zeit unbegründet, so daß diese durch kontradiktorisches Endurteil abzuweisen war. Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf weitere Entschädigungszahlung über den geleisteten Betrag in Höhe von 2.261,89 EUR hinaus jedenfalls zur Zeit nicht nach § 3 ESAEG zu.

Gemäß § 4 Absatz 1 und 3 ESAEG sind bei der Berechnung des Entschädigungsbetrages sowohl Gegenansprüche des Institutes als auch Leistungen zu berücksichtigen, die der Anleger von Dritten erhält. Die Beklagte hat deshalb in ihrem Bescheid vom 6. April 2009 bei der Ermittlung des Entschädigungsbetrages zu Recht berücksichtigt, welche Vergütung der Kläger zu zahlen gehabt hätte, wenn die Anlagegeschäfte ordnungsgemäß durchgeführt worden wären (Landgericht Berlin Urteil vom 1. Oktober 2008, - 4 O 297/08 -). Es waren daher sowohl die vertraglich vereinbarte Gewinnbeteiligung, soweit diese nach der Geschäftsentwicklung angefallen ist, als auch die vereinbarten Bestandsprovisionen von den belegten Einzahlungen abzuziehen. Auch ist zutreffenderweise berechnet worden, welchen Stand die Anlage hätte, wenn die Phoenix korrekte Abrechnungen erstellt hätte. Soweit der Kläger erstmals mit Schriftsatz vom 4. November 2009 dagegen die Auffassung vertritt, die Berechnung sei fehlerhaft, weil weder das Agio noch Provisionen oder Kosten in Abzug zu bringen seien, und er sich insoweit auf eine Entscheidung des Landgerichts Frankfurt am Main - 2-25 O 68/08 - vom 24. August 2009 stützt, ist dem nicht zuzustimmen. Zum einen führt diese vom Bescheid abweichende Berechnungsmethode nicht zu einem Anspruch, der über den Maximalanspruch von 20.000,- EUR, den der Kläger mit seiner Klage unter Berücksichtigung der Teilentschädigung erhalten will, hinausgeht. Im übrigen betrifft die genannte Entscheidung betrifft nämlich nicht die Frage, wie der verbliebene Einlagebetrag des Anlegers im Rahmen von Entschädigungsansprüchen aus dem ESAEG gegenüber beziehungsweise von der Beklagten zu berechnen ist, sondern allein die Frage, in welchem Umfang eine Insolvenzanfechtung Wirkung entfaltet. Insoweit betraf die genannte Entscheidung den Fall, daß eine Anlegerin über den tatsächlich eingezahlten Betrag hinaus Leistungen erhielt, die angefochten wurden, sowie eine Forderung hinsichtlich des Differenzbetrages zwischen den tatsächlichen Einlagen und dem nachberechneten Kontostand der Anlegerin (nach realer Gewinn- und Verlustrechnung). Insoweit hat die Entscheidung ausgeführt, daß im Hinblick auf die vernachlässigten Pflichten der Phoenix Kosten und Provisionen für nicht erbrachte Leistungen nicht gefordert werden konnten. Diese Bewertung gibt jedoch keine Aussage dazu her, wie im Rahmen des ESAEG der der Entschädigung zu Grunde zu legende Betrag zu berechnen ist, insoweit ist allein auf § 4 ESAEG abzustellen. Im übrigen sind die Ermittlungen der Beklagten nicht ernsthaft und substantiiert bestritten worden, so daß dieser Vortrag schon deshalb nicht zu berücksichtigen ist.

Die Beklagte war im Hinblick auf die bislang nicht eingetretene Fälligkeit einer Entschädigungsforderung zudem berechtigt, den Betrag zurückzuhalten, in dessen Höhe eventuell ein Aussonderungsrecht des Klägers gegenüber dem Insolvenzverwalter der Phoenix GmbH besteht. Insoweit ist deutlich zu machen, daß die Beklagte nicht an die Stelle der Phoenix GmbH tritt, die Beklagte ist nicht ihre Rechtsnachfolgerin. Dementsprechend hat sie auch nicht selbst das Insolvenzverfahren voranzutreiben oder gar zu entscheiden, ob und in welcher Höhe den Gläubigern der Phoenix GmbH Aussonderungsrechte zustehen können oder in welcher Höhe (Quote) die Forderungen aus der Insolvenzmasse befriedigt werden. Das Entschädigungsverfahren hat erkennbar den Zweck, Anleger der der Aufsicht der BaFin unterliegenden Institute vor dem Totalverlust zu schützen und zu entschädigen, wenn die Durchsetzung der sich aus dem Anlagegeschäften ergebenden Ansprüche endgültig gescheitert ist. Solange und soweit Ansprüche des Anlegers gegenüber dem Anlageinstitut beziehungsweise dessen Insolvenzverwalter durchsetzbar sind, besteht der Entschädigungsanspruch noch nicht. Der Anleger hat insoweit eine Mitwirkungspflicht dahin, daß er ihm zustehende Ansprüche gegenüber dem Insolvenzverwalter durchsetzt. Der Anleger kann nicht zu Lasten der Beklagten auf die Durchsetzung von Ansprüchen gegenüber dem Anlageinstitut beziehungsweise dem Insolvenzverwalter verzichten, darin wäre ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter zu sehen.

Nach den Berechnungen der Wirtschaftsprüfer, den Ausführungen im eingereichten Rechtsgutachten und den diversen Entscheidungen der Gerichte ist es hinsichtlich des Aussonderungsrechtes möglich, verschiedene Ansichten zum Bestehen und gegebenenfalls zur Höhe zu vertreten. Zudem sind Gelder in nicht unerheblicher Höhe vorhanden, so daß eine Realisierung eines Aussonderungsanspruches nicht unmöglich erscheint. Die Entscheidung ob und gegebenenfalls in welcher Höhe ein geltend gemachtes Aussonderungsrecht befriedigt wird, obliegt allein dem Insolvenzverwalter der Phoenix GmbH. Die Beklagte hat nicht an Stelle des Insolvenzverwalters zu entscheiden, ob und in welcher Höhe ein Aussonderungsrecht tatsächlich besteht. Eine Befriedigung des Rückzahlungsanspruches des Klägers würde auch dann teilweise eintreten und wäre bei der Berechnung des Entschädigungsanspruches zu berücksichtigen, wenn der Insolvenzverwalter entgegen der objektiven Rechtslage den geltend gemachten Aussonderungsanspruch befriedigt. Der Kläger hat somit zunächst ein Aussonderungsrecht gegenüber dem Insolvenzverwalter geltend zu machen, angesichts der vertretbaren Ansicht dazu ist dies nicht überflüssige Förmerei. Der Insolvenzverwalter hat eine Befriedigung der Aussonderungsansprüche auch nicht bereits in der Gläubigerinformation vom 2. März 2009 abgelehnt. In dieser bringt der Insolvenzverwalter lediglich seine Enttäuschung über das Scheitern des Insolvenzplans zum Ausdruck, eine generelle Ablehnung von Aussonderungsrechten liegt in dieser Mitteilung aber nicht, sondern die Ankündigung solche nach einem letztinstanzlich Urteil weiter zu prüfen, falls ein solches Aussonderungsrecht angenommen wird. Der Insolvenzverwalter

würde damit bei der Geltendmachung eines Aussonderungsrechts durch den Kläger voraussichtlich um eine Fristgewährung bis zum Abschluß eines Verfahrens in der letzten Instanz ersuchen, nicht jedoch Ansprüche bereits jetzt generell dem konkreten Anleger gegenüber, dem Aussonderungsrechte möglicherweise zustehen, ablehnen.

Der Kläger hat nicht vorgetragen, daß ein derartiger Anspruch durch ihn gegenüber dem Insolvenzverwalter erhoben worden wäre und erst Recht nicht, daß ein solcher abgelehnt worden wäre. Soweit der Kläger sich darauf bezieht, daß bereits einzelne Entscheidungen vorliegen, die Aussonderungsrechte verneinen, genügt dies vorliegend nicht. Die Beklagte war deshalb berechtigt den maximal möglichen Aussonderungsbetrag zunächst von dem Entschädigungsbetrag abzuziehen und eine Entschädigung nur nach dem verbliebenen Betrag zu berechnen. Da die Beklagte ihre Entscheidung insoweit auch ausdrücklich als eine Teilentscheidung ausgewiesen hat, ist über den noch nicht entschädigten Teil des berechneten maximalen Entschädigungsbetrages nach abschließender Klärung eines Aussonderungsrecht auch nach Auffassung der Beklagten noch zu entscheiden.

Im übrigen ist die geltend gemachte Forderung auch deshalb nicht fällig - selbst wenn dem Kläger wie auch der Mehrzahl der anderen Anleger Aussonderungsrechte nicht zustehen sollten - weil dann die unstrittig vorhandenen Gelder in Höhe von circa 236 Millionen EUR an die Gläubiger der Phoenix zu verteilen sind und der Kläger zu den Gläubigern gehört, seine Forderung ist in Höhe von 31.803,92 EUR zur Tabelle anerkannt. Da aber gemäß § 4 Absatz 1 ESAEG der Entschädigungsanspruch sich nach der Höhe der Einlage des Gläubigers oder der ihm gegenüber bestehenden Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften zu berechnen ist, ist entscheidend für die Berechnung der Höhe des Betrages, der entschädigungsfähig ist, welche Leistungen der Kläger aus der Insolvenzmasse als Insolvenzgläubiger erhalten kann. Erst nachdem der Kläger den entsprechenden Betrag erhalten hat, kann überhaupt ermittelt werden, mit welchem Betrag er ausfällt und damit der Betrag nach dem die Entschädigungsleistung zu berechnen ist. Da dieser Betrag aber noch nicht feststeht und eben maximal den der Berechnung einer Entschädigungsleistung noch nicht zu Grunde gelegten Betrag von 29.290,71 EUR erreichen kann, ist hinsichtlich dieses Betrages noch keine Fälligkeit der Forderung aus § 4 ESAEG gegeben. An dieser Wertung ändert sich auch nicht deshalb etwas, weil nach § 5 Absatz 5 ESAEG die Forderung des Entschädigungsberechtigten - hier des Klägers - gegen die Phoenix auf die Beklagte übergeht. Diese gesetzliche Regelung entspricht allein dem Rechtsgedanken der unter anderem in § 116 SGB X, im Versicherungsrecht, in §§ 255, 426 Absatz 2 BGB normiert ist, nämlich der Gedanke, das dem Ausgleichspflichtigen Leistungen von dritter Seite nicht schuldbeeidend zu Gute kommen sollen, sondern die Schuld weiter besteht und nur der Gläubiger gewechselt hat. Nichts anderes bezweckt die Regelung in § 5 Absatz 5 ESAEG, durch sie soll

nicht von der in § 4 genannten Fälligkeitsvoraussetzung, nämlich dem Feststehen des Ausfallbetrages abgewichen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Absatz 1 ZPO, die Vollstreckbarkeitsentscheidung aus § 709 ZPO.



Ausgefertigt



Justizobersekretärin

