



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IX ZR 49/10

Verkündet am:  
10. Februar 2011  
Kirchgeißner  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja (zu A)

BGHR: ja

InsO § 47

Behandelt der Treuhänder auf ein Treuhandkonto eingezahlte Fremdgelder als eigenes Vermögen, kann das im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch vorhandene Restguthaben nicht ausgesondert werden.

BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - IX ZR 49/10 - LG Frankfurt am Main  
OLG Frankfurt am Main

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Februar 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Vill, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers werden das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 11. Februar 2010 und das Urteil der 21. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 28. November 2008 aufgehoben. Die Widerklage wird im Hauptantrag (Aussonderungsrecht) und im ersten Hilfsantrag (Mitaussonderungsrecht) abgewiesen. Wegen der weiteren Hilfsanträge wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Revision der Beklagten wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der P. GmbH (fortan: Schuldnerin), das am 1. Juli 2005 eröffnet worden ist. Die Schuldnerin bot seit 1992 nach Maßgabe ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen (fortan auch: Vertragsbedingungen) Beteiligungen an

einem Einlagenpool ("Managed Account") an, welche die Anleger am Erfolg oder Nichterfolg der von ihr, der Schuldnerin, betriebenen Optionsgeschäften teilhaben ließen. Sie erwirtschaftete bis 1997 hohe Verluste, die sie jedoch verschwieg. Ihre auf gefälschten Kontoauszügen und Saldenbestätigungen beruhenden Jahresabschlüsse sowie die Kontoauszüge und Abrechnungen, welche die Anleger erhielten, wiesen tatsächlich nicht erwirtschaftete Gewinne aus. Zahlreiche Anleger beteiligten sich. Nach den im Strafverfahren gegen leitende Mitarbeiter getroffenen Feststellungen gab es im Zeitraum 1992 bis 2005 mehr als 30.000 Anleger. Allein in der Zeit zwischen dem 12. Juli 2004 und dem 7. Januar 2005 belief sich das Investitionsvolumen auf 123.438.385 €. Die Schuldnerin verwandte die Anlagen im Wesentlichen dazu, Scheingewinne an schon vorhandene Anleger auszuzahlen und sonstige Rückzahlungen zu leisten sowie die eigenen Geschäftskosten zu decken. Optionsgeschäfte betrieb sie seit 1997 allenfalls in - bezogen auf die Anlagen - geringem Umfang. Im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens standen noch rund 600.800.000 € an Einlagen offen; die Kontoguthaben bei Banken und Sparkassen im In- und Ausland betrugen demgegenüber nur 228.058.000 €.

- 2 Die Beklagte erwarb im Zeitraum von Oktober 2003 bis März 2005 Beteiligungen in Höhe von insgesamt 11.130.000 US-Dollar. Sie nimmt für sich ein Aussonderungsrecht in Anspruch, das sich auf sämtliche Konten der Schuldnerin erstrecken soll. Ihre Zahlungen hat die Beklagte auf ein "Einzahlungskonto" bei der F. geleistet. "Einzahlungskonten" unterhielt die Schuldnerin auch bei verschiedenen anderen Kreditinstituten. Es handelte sich um "Omnibuskonten", die also jeweils nicht nur einem Anleger zugeordnet, sondern für Einzahlungen verschiedener Anleger bestimmt waren. Insgesamt gab es 43 Einzahlungskonten. Auf 33 dieser Konten haben Kunden eingezahlt. Innerhalb der Einzahlungskonten gab es Querüberweisungen. Von diesen Kon-

ten aus überwies die Schuldnerin die ihr vermeintlich zustehenden Verwaltungs- und Vertriebsgebühren, Gewinnbeteiligungen, Kommissionen und Agio auf ihre Geschäftskonten und tätigte die Auszahlung von Scheingewinnen und sonstige Rückzahlungen an Anleger. Daneben unterhielt die Schuldnerin eigene Geschäftskonten. Verschiedentlich kam es zu Überweisungen von den Geschäftskonten auf die Einzahlungskonten. Schließlich hatte die Schuldnerin bei verschiedenen Brokern Konten zur Durchführung der Termingeschäfte eröffnet. Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat der Kläger sämtliche Konten aufgelöst.

3 Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger zunächst beantragt festzustellen, dass der Beklagten kein Aussonderungsrecht in Höhe von 8.932.666,70 € zustehe. Die Beklagte hat im Wege der Widerklage beantragt festzustellen, dass ihr ein Aussonderungsrecht - hilfsweise ein Mitaussonderungsrecht - an den sogenannten Kundengeldern zustehe. Weiter hilfsweise hat sie beantragt, den Kläger zu verurteilen, ihr (näher bestimmte) Auskünfte zu erteilen und Rechnung zu legen, erforderlichenfalls die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Angaben an Eides statt zu versichern sowie den sich aus der Auskunft ergebenden Betrag an sie herauszugeben.

4 Das Landgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen und auf die Widerklage hin festgestellt, dass der Beklagten dem Grunde nach ein "Aussonderungsrecht an ihren eingezahlten Kundengeldern" zustehe. Die nur auf die Widerklage bezogene Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision will der Kläger weiterhin die Abweisung der Widerklage erreichen. Die Beklagte hat ebenfalls Revision eingelegt. Sie beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit zu ihrem Nachteil erkannt worden ist, und nach ihren Schlussanträgen in der Berufungsinstanz

zu erkennen, hilfsweise den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Entscheidungsgründe:

5 A. Revision des Klägers

6 Die Revision des Klägers hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidungen und zur Abweisung der Widerklage im Haupt- und im ersten Hilfsantrag.

I.

7 Entgegen der Ansicht der Revision ist die Widerklage allerdings nicht bereits wegen fehlender Bestimmtheit unzulässig. Die Beklagte hat beantragt festzustellen, dass ihr ein Aussonderungsrecht an den "Kundengeldern" zustehe. Der Begründung der Widerklage und den weiteren Schriftsätzen erster Instanz lässt sich entnehmen, dass mit dem Begriff "Kundengelder" sämtliche Konten der Schuldnerin gemeint waren, also die Einzahlungskonten, die Geschäftskonten und die Brokerkonten. Die Beklagte hat diesen Begriff der Vorschrift des § 34a WpHG entnommen und die Ansicht vertreten, der Aussonderung unterfielen alle Guthaben, Auszahlungsforderungen und sonstige Vermögenswerte, welche die Schuldnerin als Finanzdienstleister im Rahmen der Geschäftsführung erlangt habe. Eigenes Geld habe die Schuldnerin nicht gehabt. Damit hat die Beklagte grundsätzlich alles Geld, was bei Eröffnung des Insol-

venzverfahrens vorhanden war, als Aussonderungsgut angesehen. Die Konten, welche die Schuldnerin hielt, sowie die Kontostände sind jedenfalls bestimmbar. Ob das Aussonderungsrecht tatsächlich besteht, ist eine Frage der Begründetheit der Widerklage.

## II.

8 Das Berufungsgericht hat die Widerklage im Hauptantrag für begründet gehalten und dazu ausgeführt: Die Beklagte sei nach § 47 Satz 1 InsO aussonderungsberechtigt. Bei den Einzahlungs- und den Brokerkonten handele es sich um Treuhandkonten. Dies folge zwar nicht bereits aus § 34a WpHG, der eine Verpflichtung des Wertpapierdienstleistungsunternehmens zur getrennten Verwahrung von Kundengeldern begründe, nicht aber bestimme, dass Kundengelder auch bei nicht getrennter Verwahrung Treugut bleibe. Die Schuldnerin und die Anleger hätten jedoch, wie sich aus den Prospektangaben zum Managed Account und den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergebe, eine stillschweigende Treuhandabrede getroffen. Bei mehreren Treugebern sei eine getrennte Verwahrung nicht erforderlich. Es reiche aus, dass ein Konto als Ganzes von der Treuhandbindung erfasst werde. Die Anleger hätten ausschließlich auf Einzahlungskonten gezahlt, die - wie auch die Brokerkonten - von den Geschäftskonten der Schuldnerin getrennt worden seien. Dass die Schuldnerin von den Einzahlungskonten Auszahlungen an (Alt-)Anleger geleistet habe, stehe nicht entgegen, weil diese Zahlungen formal betrachtet dem jeweiligen Treuhandauftrag entsprochen hätten. Auch wenn die Schuldnerin sich letztendlich nach eigenem Gutdünken bedient habe, indem sie Scheingewinne an Anleger ausgezahlt und auf Scheingewinnen beruhende Provisionen und Gebühren abgebucht habe, ändere dies hinsichtlich der auf den Konten verbliebenen Beträge

nichts, zumal die Schuldnerin auch insoweit formal in Übereinstimmung mit den Treuhandaufträgen gehandelt habe. Eine Vermischung von Eigenvermögen und Treuhandgeldern habe der Kläger nicht dargetan. Schließlich scheitere die Annahme einer Treuhand auch nicht an der fehlenden Bestimmbarkeit. Diese sei nicht Voraussetzung einer Treuhand. Dass bislang nicht geklärt sei, wie das Aussonderungsrecht der Höhe nach zu berechnen sei, schade folglich nicht.

9 Die Guthaben auf den Geschäftskonten unterfielen demgegenüber keiner treuhänderischen Bindung. Die Schuldnerin habe die Geschäftskonten als Eigenkonten geführt. Soweit sie Beträge von den Einzahlungs- auf die Geschäftskonten übertragen habe, hätten diese damit die Eigenschaft als Treugut verloren. Der Rechtsgedanke des § 392 HGB stehe dieser Annahme nicht entgegen.

10 Soweit ein Aussonderungsrecht der Beklagten bestehe, beziehe es sich nicht nur auf diejenigen Konten, auf die sie eingezahlt habe. Vielmehr handele es sich bei sämtlichen Konten um ein einheitliches Treugut, das von der Schuldnerin für alle Anleger gemeinsam gehalten worden sei. Der Beklagten stehe schließlich ein eigener Aussonderungsanspruch zu, nicht nur ein Mitaussonderungsrecht; denn die Anleger hätten jeweils in Einzelrechtsbeziehungen zur Schuldnerin gestanden. Insbesondere sei jeder Kunde berechtigt gewesen, einzeln die Beteiligung zu kündigen und die Herausgabe des Guthabens zu verlangen.

III.

11            Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

12            1. Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen stellen die Einzahlungs- und die Brokerkonten der Schuldnerin keine Treuhandkonten dar, die der Aussonderung der Anleger unterliegen. Aus- oder Mitaussonderungsrechte an den Kontoguthaben bestehen deshalb nicht.

13            a) Der Treuhandvertrag als solcher ist im Gesetz nicht geregelt. Unter welchen Voraussetzungen Treugut gemäß § 47 InsO in der Insolvenz des Treuhänders ausgesondert werden kann, ist ebenfalls nicht geregelt und in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht abschließend geklärt. Das Reichsgericht hat ein Aussonderungsrecht des Treugebers im Konkurs des Treuhänders dann anerkannt, wenn der Treuhänder das Treugut aus dem Vermögen des Treugebers übertragen erhalten hat (RGZ 84, 214, 216; RGZ 91, 12, 14). Von diesem Grundsatz der Unmittelbarkeit hat der Bundesgerichtshof eine Ausnahme für den Fall zugelassen, dass von dritter Seite Geld auf ein Anderkonto eingezahlt oder überwiesen wird, das offenkundig zu dem Zweck bestimmt ist, fremde Gelder zu verwalten. In einer weiteren Entscheidung hat der Bundesgerichtshof die Überweisung auf ein nicht als Anderkonto eingerichtetes Postscheckkonto genügen lassen, sofern die den Zahlungen zugrundeliegenden Forderungen nicht in der Person des Treuhänders, sondern unmittelbar in der Person des Treugebers entstanden waren. Später hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass die Publizität des Treuhandkontos nicht zwingend erforderlich ist (zusammenfassend BGH, Urteil vom 1. Juli 1993 - IX ZR 251/92, ZIP 1993, 1185 f mwN). Die Treuhandbindung muss nicht nur für einen Treugeber

bestehen. Notwendig ist lediglich, dass das Konto offen ausgewiesen oder sonst nachweisbar ausschließlich zur Aufnahme von treuhänderisch gebundenen Fremdgeldern bestimmt ist (BGH, Urteil vom 7. Juli 2005 - III ZR 422/04, ZIP 2005, 1465, 1466). In diesem Fall erstreckt sich das Treuhandverhältnis auch auf von dritter Seite eingegangene Zahlungen, sofern die ihnen zugrunde liegenden Forderungen nicht in der Person des Treuhänders, sondern unmittelbar in der Person des Treugebers entstanden sind (BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 - IX ZR 75/01, BGHZ 155, 227, 231; vom 7. Juli 2005, aaO).

14            b) Hinsichtlich der Einzahlungskonten scheidet ein Aussonderungsrecht der Beklagten daran, dass die Schuldnerin sich nicht an die vertraglichen Absprachen gehalten, sondern die Kundengelder vertragswidrig zu eigenen Zwecken verwandt und mit eigenem Geld vermischt hat.

15            aa) Guthaben auf Konten, die auch für eigene Zwecke des Treuhänders genutzt werden, können in der Insolvenz des Treuhänders nicht ausgesondert werden (BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 - IX ZR 120/02, NZI 2003, 549, 550). Nutzt der Treuhänder das Guthaben auf einem (zunächst) ausschließlich für Fremdgeld bestimmten und genutzten Konto (auch) für eigene Zwecke, entfällt das Aussonderungsrecht regelmäßig auch hinsichtlich des verbliebenen, im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch vorhandenen Bestandes.

16            (1) Die Aussonderungsbefugnis des Treugebers ist entscheidend daran geknüpft, dass der Treuhänder die Treuhandbindung beachtet. Der Treuhänder darf nicht ohne Zustimmung des Treugebers über das Treugut - im Falle eines Treuhandkontos über das Guthaben - verfügen (BGH, Urteil vom 8. Februar 1996 - IX ZR 151/95, NJW 1996, 1543, 1544). Kennzeichen einer Treuhandvereinbarung ist, dass die dem Treuhänder eingeräumte Rechtsmacht im In-

nenverhältnis zum Treugeber durch eine schuldrechtliche Treuhandabrede beschränkt ist (BGH, Urteil vom 10. Dezember 2003 - IV ZR 249/02, BGHZ 157, 178, 182). Es liegt allein beim Treuhänder, ob er die Bindung respektiert oder sich über sie hinwegsetzt. Das Landgericht hat gemeint, es könne nicht der alleinigen EntschlieÙung des Treuhänders überlassen bleiben, die Rechtsstellung des Treugebers zunichte zu machen. Das Gegenteil ist richtig. Die schuldrechtliche Treuhandvereinbarung hindert den Treuhänder gemäß § 137 BGB nicht daran, wirksam über das Treugut zu verfügen und damit die Rechte des Treugebers zu vereiteln (RGZ 153, 366, 369; vgl. auch BGH, Urteil vom 4. April 1968 - II ZR 26/67, WM 1968, 649, 650; vom 4. November 1976 - II ZR 50/76, WM 1977, 525, 527; vom 2. April 1998 - IX ZR 232/96, ZIP 1998, 830, 832 f). Handelt es sich bei dem Treugut um eine Sache oder ein Recht, ist es mit der Übereignung oder Übertragung auf den Erwerber endgültig aus dem Vermögen des Treugebers ausgeschieden. Für das Guthaben auf einem Treuhandkonto gilt nichts anderes. Soweit es zweckwidrig verwandt wird, scheidet es aus dem Vermögen des Treugebers aus. Die Untreue des Treuhänders hat jedoch auch zur Folge, dass das Konto insgesamt nicht mehr dem Vermögen des Treugebers zugerechnet werden kann. Respektiert der Treuhänder die treuhänderische Bindung des Kontos nicht, kann dies auch von seinen Gläubigern nicht verlangt werden. Ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO kommt nur dann in Betracht, wenn der Treuhänder die Treuhandbindung im Grundsatz beachtet (vgl. Holzer, ZIP 2009, 2324, 2328 f).

- 17 (2) Ob jegliches Fehlverhalten des Treuhänders die zur Aussonderung berechtigende Zuordnung des Treuguts zum Vermögen des Treugebers zerstört oder welche Anforderungen im Einzelfall zu stellen sind, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Die Treuhandbindung besteht jedenfalls dann nicht mehr fort, wenn dem Treuhänder in Wirklichkeit der Wille fehlt, das Treu-

gut für den Treugeber zu verwalten, und er es stattdessen als eigenes Vermögen behandelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht das Interventionsrecht gemäß § 771 ZPO nur solange, wie der Treuhänder mit dem Treugut dem Treuhandverhältnis entsprechend verfährt (BGH, Urteil vom 7. April 1959 - VIII ZR 219/57, WM 1959, 686, 688; vom 8. Februar 1996 - IX ZR 151/95, aaO S. 1544). Im Streitfall hat die Schuldnerin spätestens im Jahr 1997 den Willen aufgegeben, die Treuhandabreden jedenfalls im Wesentlichen einzuhalten. Sie hat - wie das Berufungsgericht ausdrücklich festgestellt hat - die vorhandenen Guthaben nach eigenem Gutdünken verwandt.

18 Zum einen hat die Schuldnerin in Widerspruch zu der Treuhandabrede Geld von Einzahlungskonten auf ihre Geschäftskonten überwiesen. Nach Nr. 10 der Vertragsbedingungen hatte sie zwar neben den Ansprüchen auf ein Agio auf die Einzahlung, auf eine Verwaltungsgebühr, auf eine Vergütung für die Transaktionskosten sowie auf die Zinsen, welche der Broker auf die bei ihm unterhaltene Reserve an Geldbeträgen zahlen würde, Anspruch auf einen Anteil von 30 v.H. am Gewinn des Kunden pro Abrechnungsperiode. Hätte sie nur die ihr zustehenden Beträge den Einzahlungskonten entnommen, hätte dies am Treuhandcharakter des jeweiligen Kontos möglicherweise nichts geändert (vgl. BGH, Urteil vom 8. Februar 1996, aaO). Sie hat jedoch in großem Umfang Provisionen auf Gewinne berechnet, die sie nicht erzielt, sondern nur vorgetäuscht hatte, und diese "Scheinprovisionen" im wirtschaftlichen Eigeninteresse auf ihre Geschäftskonten überwiesen. Das war ein klarer Verstoß gegen die vertraglichen Absprachen.

19 Zum anderen hat die Schuldnerin tatsächlich nicht erzielte "Scheingewinne" an Kunden ausgezahlt. Indem sie einem Anleger einen Anteil an einem tatsächlich nicht erwirtschafteten Gewinn überwies, verstieß sie gegen ihre

Pflichten aus ihren Verträgen mit allen anderen Anlegern. Nach Nr. 1.1 Satz 5 der Vertragsbedingungen war Grundlage der Beteiligung am Managed Account, dass allen Beteiligungen vergleichbare Verträge zu Grunde lagen. Alle Anleger waren im Verhältnis ihrer Anteile gleichmäßig am Gewinn und Verlust der Kollektivanlage beteiligt. Unrechtmäßige Auszahlungen an einen Anleger verringerten dann, wenn sie aus Mitteln des Managed Account erfolgten, den Wert der Beteiligungen der anderen Anleger. Es handelte sich um eigennütziges Verhalten der Schuldnerin, die Auszahlungen deshalb vornahm, um den Anschein hoher Renditen aufrecht zu erhalten und potentielle Neuanleger nicht abzuschrecken.

20           (3) Auf den vom Berufungsgericht für ausschlaggebend gehaltenen Umstand, dass die Schuldnerin in formaler Kongruenz mit der Treuhandabrede gehandelt habe, kommt es nicht an. Das Aussonderungsrecht folgt aus der treuhänderischen Bindung, die im Treuhandvertrag vereinbart wird und vom Treuhänder respektiert werden muss, nicht aus deren Offenlegung. Die Einzahlungskonten, um die es hier geht, waren nicht als Treuhandkonten gekennzeichnet. Die Beklagte beruft sich insoweit gerade auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach welcher die Publizität des Treuhandkontos für das Aussonderungs- oder Widerspruchsrecht des Treugebers nicht erforderlich ist (BGH, Urteil vom 1. Juli 1993, aaO S. 1185). Diese Rechtsprechung beruht auf der Überlegung, dass die Vermögensverhältnisse des Schuldners für seine Gläubiger nicht ohne weiteres durchschaubar sein müssen. Der Gläubiger muss immer damit rechnen, dass Vermögensgegenstände, die dem äußeren Anschein nach dem Schuldner gehören, in Wahrheit nicht seinem Vollstreckungszugriff unterliegen (BGH, Urteil vom 1. Juli 1993, aaO S. 1186). Kommt es auf die äußere Erkennbarkeit der Vermögenszuordnung nicht an, kann der

formale Anschein einer abweichenden Vermögenszuordnung gerade kein Aussonderungsrecht begründen.

21           bb) Zu einer Vermischung von Fremd- mit Eigengeld, die schon für sich genommen zum Erlöschen eines etwaigen Aussonderungsrechts an einem Kontoguthaben führt (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 - IX ZR 120/02, NZI 2003, 549, 550; vom 7. Juli 2005 - III ZR 422/04, ZIP 2005, 1465, 1466), ist es dadurch gekommen, dass die Schuldnerin nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts Überweisungen von ihren Geschäftskonten auf die Einzahlungskonten vorgenommen hat. Nach dem vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Rechtsgutachten handelte es sich im Zeitraum 2000 bis 2005 um insgesamt 926.734,66 €. Das Geld auf den Geschäftskonten diene eigenen Zwecken der Schuldnerin. Die Rücküberweisungen änderten nichts an dieser Zweckbestimmung. Das Rechtsgutachten "vermutet", dass es sich insoweit um tatsächlich erzielte Gewinne handelte, auf welche die Anleger einen Anspruch gehabt hätten, oder um die Rückzahlung überhöhter Abbuchungen, welche die Schuldnerin den Anlegern ebenfalls geschuldet habe. Feststellungen haben die Vorinstanzen hierzu aber nicht getroffen. Selbst wenn die Vermutung zuträfe, wäre die Treuhandbindung der Einzahlungskonten, wie gezeigt, schon mit den von den Treuhandverträgen nicht gedeckten Abbuchungen von "Scheinprovisionen" erloschen und könnte durch ebenso willkürliche Erstattungsleistungen nicht einseitig wieder hergestellt werden.

22           Demgegenüber hat die Beklagte in den Vorinstanzen die Ansicht vertreten, sämtliche Konten der Schuldnerin enthielten Aussonderungsgut, weil die Schuldnerin nicht über eigenes Vermögen verfügt habe. Träfe dies zu, könnte von einer Vermischung von eigenem und fremdem Vermögen nicht gesprochen werden. Entsprechende Feststellungen haben die Vorinstanzen jedoch nicht

getroffen. Es ist auch weder vorgetragen noch in anderer Weise ersichtlich, dass die Schuldnerin seit ihrer Gründung nie über eigenes Vermögen verfügt hat.

23           cc) Ob einzelne Einzahlungen der Beklagten - wie diese in den Tatsacheninstanzen behauptet hat - im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch in voller Höhe unterscheidbar auf einem der Einzahlungskonten vorhanden waren, ist für die Entscheidung nicht von Bedeutung. Der Senat hat bereits im Urteil vom 24. Juni 2003 (IX ZR 120/02, aaO) dargelegt, aus welchen Gründen eine geteilte Berechtigung von Treuhänder und Treugeber an aus Eigen- und Treugut bestehenden Vermögensgegenständen rechtlich nicht möglich ist. Gelangt Geld auf ein Konto, das kein Treuhandkonto im Sinne der oben dargestellten Grundsätze ist oder diese Eigenschaft durch die Untreue des Treuhänders verliert, stellt es kein aussonderungsfähiges Treugut dar.

24           c) Hinsichtlich der Brokerkonten scheidet eine Aussonderungsbefugnis jedenfalls deshalb aus, weil die auf ihnen befindlichen Guthaben weder unmittelbar von den Anlegern stammten noch auf Forderungen der Anleger direkt eingezahlt worden waren.

25           aa) In Nr. 5.1 der Vertragsbedingungen hat sich die Schuldnerin gegenüber den Anlegern verpflichtet, die Konten bei den ausführenden Brokern ausschließlich für Gelder des Managed Account zu verwenden und als Treuhandkonten für diesen auszuweisen. Hieraus hat das Berufungsgericht den Schluss gezogen, die Brokerkonten hätten Treuhandkonten dargestellt. Nachprüfbare Feststellungen hierzu hat es jedoch nicht getroffen. Die zugrunde liegenden Verträge befinden sich nicht bei den Akten. In dem Rechtsgutachten, auf welches sich die Vorinstanzen wegen der Einzelheiten bezogen haben, heißt es

ebenfalls, Details seien nicht bekannt. Der Gutachter verweist lediglich auf ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. April 2002 (ZIP 2002, 1569), nach dessen Tatbestand die Schuldnerin bei einem englischen und einem amerikanischen Broker verschiedene als "Gemeinschaftstreuhandkonten" deklarierte Konten unterhalten habe.

26           bb) Jedenfalls ist auf diese Konten kein unmittelbar von den Anlegern stammendes Geld gelangt. Die Schuldnerin kann Überweisungen auf die Brokerkonten nur von Einzahlungs- oder Geschäftskonten aus getätigt haben, auf denen sich - wie gezeigt - kein aussonderungsfähiges Treugut befand. Soweit auf den Konten auch tatsächlich erzielte Gewinne gebucht worden sind, handelte es sich um Zahlungen auf Forderungen der Schuldnerin, die bei der Besorgung der Termingeschäfte im eigenen Namen handeln sollte (Nr. 2.1 der AGB) und - soweit sie überhaupt noch Termingeschäfte abschloss - in eigenem Namen gehandelt hat.

27           2. Weitergehende Rechte der Beklagten folgen hier auch nicht aus § 34a WpHG in der im Zeitpunkt der Einzahlungen geltenden Fassung vom 21. Juni 2002 (a.F.). Diese Vorschrift bestimmte, dass ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das kein Einlagenkreditinstitut war, Kundengelder unverzüglich getrennt von den Geldern des Unternehmens und von anderen Kundengeldern auf Treuhandkonten eines Kreditinstituts zu verwahren hatte; vor der Verwahrung war dem Kreditinstitut offenzulegen, dass die Gelder für fremde Rechnung eingelegt werden. Verhält sich ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen entsprechend, könnte der Kunde in der Insolvenz des Wertpapierdienstleistungsunternehmens ein Aussonderungsrecht an dem jeweiligen Treuhandkonto haben. Die Schuldnerin ist ihren Verpflichtungen aus § 34a WpHG a.F. jedoch

nicht nachgekommen. Sie hat weder die Gelder der Anleger voneinander getrennt gehalten noch offene Treuhandkonten angelegt.

28           3. Entgegen der Ansicht der Beklagten folgt ein Aussonderungsrecht schließlich auch nicht aus § 384 Abs. 2 HGB. Der Vertrag zwischen der Beklagten und der Schuldnerin war kein Kommissionsvertrag im Sinne der §§ 383 ff HGB.

29           a) Kommissionär ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen, des Kommittenten, in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen (§ 383 Abs. 1 HGB). Der Kommissionär hat das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen (§ 384 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB).

30           b) Die Schuldnerin hat sich vertraglich verpflichtet, im Rahmen einer Geschäftsbesorgung die Geschäfte der Beklagten zu führen und den von ihr zur Verfügung gestellten Betrag (ohne Agio) zu verwalten (Nr. 1.1 Satz 1 der Vertragsbedingungen). Die Beklagte war jedoch nicht weisungsberechtigt. Dem Verträge nach beteiligte sie sich mit ihren Einzahlungen an einer Kollektivanlage (dem P.           Managed Account). Diese sollte aus von verschiedenen Kunden herrührenden Einzahlungen bestehen, die miteinander in einem Ausführungskonto vermischt werden sollten. Die Kollektivanlage sollte von der Schuldnerin "als ein Ausführungskonto geführt und für gemeinsame Rechnung aller Kunden disponiert" werden (Nr. 1.1 Satz 3 und 4 der Vertragsbedingungen). Schon diese Vertragsbestimmung schloss ein Weisungsrecht des einzelnen Kunden aus. Weitere Bestimmungen bestätigen diesen Befund. Die Beklagte hat die Schuldnerin ermächtigt, "alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die im Rahmen einer ordnungsmäßigen Geschäftsbe-

sorgung und Verwaltung notwendig und angemessen" waren (Nr. 1.3 der Vertragsbedingungen). Die Schuldnerin hatte sich darüber hinaus das Recht ausbedungen, die Einzeldispositionen über die Poolkonten sachverständigen Dritten zu überlassen und diesen Personen Ermessensvollmacht ("discretionary power") einzuräumen (Nr. 4.1 der Vertragsbedingungen). Der Beklagten blieb demgegenüber lediglich das Recht, die Geschäftsunterlagen des Managed Account auf eigene Kosten durch einen Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchprüfer oder durch eine sonstige zur Berufsverschwiegenheit verpflichtete Person einsehen und prüfen zu lassen. Das reicht an ein Weisungsrecht im Sinne von § 384 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB nicht heran. Die Beklagte sollte zwar an dem Ergebnis der jeweiligen Abrechnungsperiode im Verhältnis des jeweiligen Wertes ihres Anteils zum jeweiligen gesamten Vermögen des Managed Account zu Beginn der Abrechnungsperiode teilnehmen (Nr. 7 der Vertragsbedingungen). Nimmt der Anleger nur aufgrund eines schuldrechtlichen Anspruchs wertmäßig an der Entwicklung der Geschäftstätigkeit des Dienstleisters teil, erfüllt dies nicht die Tatbestandsvoraussetzungen eines Kommissionsgeschäfts im Sinne der §§ 383 ff HGB (BGH, Urteil vom 7. Dezember 2009 - II ZR 15/08, WM 2010, 262 Rn. 15).

B.

31 Revision der Beklagten

32 Die Revision der Beklagten bleibt ohne Erfolg.

I.

33 Die Revision der Beklagten ist zulässig.

34 1. Die Beklagte ist durch das angefochtene Urteil beschwert.

35 a) "Beschwer" ist die nachteilige Abweichung des Inhalts der angefochtenen Entscheidung von dem Begehren der Partei (Stein/Jonas/Grunsky, ZPO 21. Aufl. Einl. vor § 511 Rn. 14). Die klagende (oder widerklagende) Partei ist durch das Urteil nur dann beschwert, wenn dieses von dem gestellten Antrag zu ihrem Nachteil abweicht, ihrem Begehren also nicht voll entsprochen worden ist (BGH, Urteil vom 2. Februar 1999 - VI ZR 25/98, BGHZ 140, 335, 338; vom 29. Juni 2000 - I ZR 29/98, NJW-RR 2001, 620, 621; sog. formelle Beschwer). Das Landgericht hat auf die Widerklage der Beklagten hin festgestellt, dass der Beklagten im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin dem Grunde nach ein Aussonderungsrecht an ihren eingezahlten Kundengeldern zustehe. Nur der Kläger hat Berufung gegen dieses Urteil eingelegt, und die Berufung ist zurückgewiesen worden. Es geht hier jedoch um ein Feststellungsurteil. In einem solchen Fall versagt das Kriterium der formellen Beschwer (Wiezcorek/Schütze/Gerkan, ZPO 3. Aufl. Vor § 511 Rn. 27). Zu prüfen ist vielmehr der sachliche Gehalt der Entscheidung, soweit er der Rechtskraft fähig ist.

36 b) Die Beklagte hat auf Feststellung eines Aussonderungsrechts an den "Kundengeldern" angetragen und hat eine entsprechende Feststellung auch erreicht. Um welche Gelder es sich hierbei handelt, kann nur im Wege der Auslegung der Klageschrift einerseits und der Urteilsgründe andererseits ermittelt werden. Wie gezeigt, hat die Beklagte sämtliche Konten der Schuldnerin als Treugut angesehen; hierauf bezog sich der Widerklageantrag. Das Landgericht

hat der Widerklage ohne Einschränkungen im Tenor oder in den Gründen stattgegeben. Das Berufungsgericht hat dagegen zwar die Berufung des Klägers zurückgewiesen, in den Urteilsgründen aber ausgeführt, nur die Einzahlungs- und die Brokerkonten, nicht aber die Geschäftskonten stellten der Aussonderung unterliegende Treuhandkonten dar. Bei einem Widerspruch zwischen Tenor und Entscheidungsgründen ist grundsätzlich der Tenor maßgebend. Hier ist der Tenor jedoch seinerseits auslegungsbedürftig. Die Urteilsgründe lassen mehrfach erkennen, dass das Berufungsgericht den Begriff "Kundengelder" anders verstehen wollte, als es das Landgericht getan hat. Die Beklagte muss die Möglichkeit erhalten, noch im laufenden Rechtsstreit den Inhalt der Feststellung klarstellen zu lassen, statt - wie sonst erforderlich - eine neue Feststellungsklage erheben zu müssen.

37                    2. Die Zulassungsentscheidung, die das Berufungsgericht ausdrücklich mit den bisher zur Frage der Aussonderung ergangenen divergierenden Instanzentscheidungen begründet hat, erstreckt sich auch auf die Revision der Beklagten.

## II.

38                    In der Sache bleibt die Revision jedoch ohne Erfolg. Die Vorschriften der §§ 384 ff HGB über das Kommissionsgeschäft sind hier, wie oben gezeigt, nicht anwendbar. Um Treuhandkonten handelte es sich bei den Geschäftskonten der Schuldnerin nicht.

C.

39 Die Revision der Beklagten ist damit zurückzuweisen (§ 562 ZPO). Auf die Revision des Klägers wird das angefochtene Urteil aufgehoben (§ 562 ZPO). Da die Aufhebung nur wegen Rechtsverletzung bei der Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat eine eigene Sachentscheidung zu treffen (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die auf Feststellung eines Aussonderungsrechts, hilfsweise eines Mitaussonderungsrechts der Beklagten an den Kun-

dengeldern gerichtete Widerklage wird unter Aufhebung auch des landgerichtlichen Urteils abgewiesen. Wegen der noch nicht beschiedenen weiteren Hilfsanträge wird die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Kayser

Gehrlein

Vill

Lohmann

Fischer

Vorinstanzen:

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 28.11.2008 - 2-21 O 298/07 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 11.02.2010 - 16 U 176/09 -