



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

XI ZR 377/11

Verkündet am:  
20. März 2012  
Herrwerth,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

EAEG § 3 Abs. 2

Ein Anspruch auf Entschädigung nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz steht aufgrund des Ausschlusstatbestands des § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EAEG auch solchen Unternehmen nicht zu, die als Haupttätigkeit nur Anlagevermittlung i.S.d. § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG betreiben.

BGH, Urteil vom 20. März 2012 - XI ZR 377/11 - KG Berlin  
LG Berlin

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 2012 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, die Richterin Mayen und die Richter Dr. Grüneberg, Maihold und Pamp

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 8. Juli 2011 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger nimmt die beklagte Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen aus abgetretenem Recht auf Entschädigung nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz (im Folgenden: EAEG) in Anspruch.
- 2 Die K. GmbH (im Folgenden: K. GmbH) beteiligte sich im Oktober 2004 und Januar 2005 im eigenen Namen und für eigene Rechnung mit einem Anlagebetrag von insgesamt 62.000 € zuzüglich eines 1%-igen Agios in Höhe von 620 € an dem Phoenix Managed Account (im Folgenden: PMA), einer von der Phoenix Kapitaldienst GmbH (im Folgenden: P. GmbH) im eigenen Namen und für gemeinsame Rechnung der Anleger verwalteten Kollektivanlage, deren Gegenstand nach Nummer 1.4 der in den Geschäftsbesorgungsvertrag einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Anlage der Kundengelder in "Termingeschäften (Futures und Optionen) für

gemeinsame Rechnung zu Spekulationszwecken mit Vorrang von Stillhaltergeschäften" war.

- 3 Die P. GmbH war bis Ende 1997 auf dem sogenannten Grauen Kapitalmarkt tätig. Ab dem 1. Januar 1998 wurde sie als Wertpapierhandelsbank eingestuft und der Aufsicht des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel unterstellt. Spätestens seit jenem Jahr legte die P. GmbH nur noch einen geringen Teil der von ihren Kunden vereinnahmten Gelder vertragsgemäß in Termingeschäften an. Ein Großteil der Gelder wurde im Wege eines "Schneeballsystems" für Zahlungen an Altanleger und für die laufenden Geschäfts- und Betriebskosten verwendet. An die K. GmbH wurden keine Auszahlungen geleistet.
- 4 Im März 2005 untersagte die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht der P. GmbH den weiteren Geschäftsbetrieb und stellte am 15. März 2005 den Entschädigungsfall fest. Am 1. Juli 2005 wurde über das Vermögen der P. GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet.
- 5 Die K. GmbH meldete im April 2005 bei der Beklagten einen Entschädigungsanspruch an. Diesen trat sie im August 2005 an A. C. ab, der die Forderung im November 2009 an den Kläger zederte. Geschäftsgegenstand der K. GmbH war nach der Handelsregistereintragung vom 20. Mai 2003 die "Vermittlung von Geschäften über die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten oder deren Nachweis (Anlagevermittlung gemäß § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG) mit der Maßgabe, dass die Gesellschaft nicht befugt ist, sich bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen Eigentum oder Besitz an Geldern oder Wertpapieren von Kunden zu verschaffen" und die "Durchführung von solchen Finanzdienstleistungen, die nicht dem Kreditwesengesetz unterliegen sowie der Erwerb, das Halten und das Veräußern von Vermögenswerten und Unternehmensanteilen im eigenen Namen und für eigene Rechnung".

6 Mit Schreiben vom 23. April 2009 lehnte die Beklagte eine Entschädigung ab, weil die K. GmbH zum Zeitpunkt des Eintritts des Entschädigungsfalles ein Institut im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 1 EAEG gewesen sei, dem kein Anspruch auf Entschädigung zustehe.

7 Mit der Klage verlangt der Kläger von der Beklagten auf der Grundlage eines Kontoauszuges, der zum 28. Februar 2005 einen Forderungsstand von 63.621,99 € ausweist, eine - an Herrn A. C. zu zahlende - Entschädigungsleistung von 20.000 € nebst Zinsen. Er macht geltend, die K. GmbH falle nicht unter den Ausschlussstatbestand des § 3 Abs. 2 Nr. 1 EAEG, weil deren Haupttätigkeit die Anlagevermittlung, nicht aber der Handel mit Finanzinstrumenten oder der Erwerb von Beteiligungen gewesen sei.

8 Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

#### Entscheidungsgründe:

9 Die Revision ist unbegründet.

#### I.

10 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

11 Dem Kläger stehe gegen die Beklagte kein Entschädigungsanspruch aus § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 EAEG i.V.m. § 398 BGB zu. Die Abtretung des streitgegenständlichen Anspruchs sei zwar wirksam, aber ins Leere gegangen, weil die

K. GmbH gemäß § 3 Abs. 2 EAEG mit Entschädigungsansprüchen ausgeschlossen sei. Die K. GmbH sei ein Finanzinstitut im Sinne des in dieser Vorschrift in Bezug genommenen Art. 1 Nr. 6 der Richtlinie 89/646/EWG. Sie habe als Unternehmen, ohne ein Kreditinstitut zu sein, als Haupttätigkeit ein Geschäft i.S.d. Ziffer 7e) der Anlage zur Richtlinie 89/646/EWG, nämlich Wertpapiergeschäfte betrieben. Der Begriff des Wertpapiergeschäfts sei im Kontext des die verlangte Entschädigung regelnden EAEG auszulegen. Hierzu gehöre auch die Anlagevermittlung i.S.d. § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG. Nach dem unstreitigen Vorbringen habe die Haupttätigkeit der K. GmbH in der Anlagevermittlung bestanden. Der Kläger habe vorgetragen, dass der von der K. GmbH erzielte Umsatz ausschließlich aus Vermittlungsprovisionen, im Wesentlichen für die Vermittlung des PMA, des Metzler Fonds, des BCA Fonds und der Fondsnet GmbH, resultiert habe. Insbesondere bei der Vermittlung des PMA habe die K. GmbH als Finanzdienstleistungsinstitut gehandelt, weil es sich bei dieser Geldanlage um ein Finanzinstrument i.S.d. § 1 Abs. 11 Satz 1 KWG gehandelt habe. Diese Tätigkeit der K. GmbH stehe auch in Einklang mit dem Inhalt des Handelsregisters.

12 Die Auffassung des Klägers, bei der bloßen Anlagevermittlung handele es sich nicht um ein Wertpapiergeschäft i.S.d. Ziffer 7e) der Anlage zur Richtlinie 89/646/EWG, sei nach dem klaren Wortlaut von § 1 Abs. 3 EAEG i.V.m. § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG unzutreffend. Der in Ziffer 7 vorangestellte Begriff des "Handels" werde durch die nachfolgende Aufzählung näher beschrieben, ohne dass deren Unterpunkte wiederum durch den Begriff "Handel" einschränkend auszulegen wären. Dafür spreche auch, dass die K. GmbH nach der Terminologie in § 1 Abs. 3d Satz 3 KWG (richtig: § 1 Abs. 3d Satz 2 KWG) ein Wertpapierhandelsunternehmen darstelle.

13               Schließlich ergebe sich der Ausschluss der K. GmbH von der Anlegerentschädigung aus dem Sinn und Zweck des § 3 Abs. 2 EAEG. Danach sollten professionelle und institutionelle Anleger vom Anlegerschutz aufgrund ihrer geringeren Schutzwürdigkeit ausgenommen sein. Bei der K. GmbH handele es sich um eine solche Anlegerin.

14               Die weitere Voraussetzung des § 3 Abs. 2 EAEG sei ebenfalls erfüllt. Die K. GmbH habe bei Zeichnung der Anlage unstreitig im eigenen Namen und für eigene Rechnung gehandelt.

## II.

15               Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Prüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist. Das Berufungsgericht hat einen Entschädigungsanspruch des Klägers aus § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 EAEG i.V.m. § 398 BGB zu Recht verneint, weil der K. GmbH ein solcher Anspruch gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 EAEG nicht zugestanden hat und die Abtretung damit ins Leere gegangen ist. Nach dieser Vorschrift haben Finanzinstitute i.S.d. Art. 1 Nr. 6 der Richtlinie 89/646/EWG des Rates vom 15. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77/780/EWG (ABl. EG Nr. L 386 S. 1) mit Sitz im In- oder Ausland keinen Entschädigungsanspruch nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz, soweit sie im eigenen Namen und auf eigene Rechnung handeln. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

16           1. Die K. GmbH ist ein Finanzinstitut i.S.d. Art. 1 Nr. 6 der Richtlinie 89/646/EWG. Hierfür genügt es, dass die K. GmbH als Haupttätigkeit die Anlagevermittlung i.S.d. § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG betreibt.

17           a) Nach Art. 1 Nr. 6 der Richtlinie 89/646/EWG ist ein Finanzinstitut ein Unternehmen, das kein Kreditinstitut ist und dessen Haupttätigkeit darin besteht, Beteiligungen zu erwerben oder eines oder mehrere der Geschäfte zu betreiben, die unter den Ziffern 2 bis 12 der im Anhang zu der Richtlinie enthaltenen Liste aufgeführt sind. Nach Ziffer 7 gehört hierzu der "Handel für eigene Rechnung oder im Auftrag der Kundschaft", wozu nach Buchstabe e) Wertpapiergeschäfte zählen. Darunter fällt auch die Anlagevermittlung.

18           aa) Der Begriff der Wertpapiergeschäfte wird in der Richtlinie 89/646/EWG zwar nicht definiert. Insoweit kann aber auf die Richtlinie 97/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. März 1997 über Systeme für die Entschädigung der Anleger (ABl. EG Nr. L 84 S. 22; im Folgenden: Anlegerentschädigungsrichtlinie) zurückgegriffen werden, deren Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Anhang I Nr. 1 dritter Spiegelstrich durch § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 EAEG in nationales Recht umgesetzt worden ist.

19           Nach Art. 1 Nr. 2 der Anlegerentschädigungsrichtlinie ist ein Wertpapiergeschäft unter anderem jede Wertpapierdienstleistung i.S.d. Art. 1 Nr. 1 der Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen (ABl. EG 1993 L 141 S. 27). Die Richtlinie 93/22/EWG definiert in Art. 1 Nr. 1 i.V.m. Anhang Abschnitt A Nr. 1 Buchst. a) als Dienstleistung die Annahme und Übermittlung - für Rechnung von Anlegern - von Aufträgen, die eines oder mehrere der in Abschnitt B genannten (Finanz-)Instrumente zum Gegenstand haben. Entsprechendes ergibt sich aus Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 der - diese Richtlinie ablösenden - Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments

und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente (ABl. EU 2004 L 145 S. 1) i.V.m. Anhang I Abschnitt A Nr. 1.

20           Unter diese "Dienstleistung" fällt die Anlagevermittlung, d.h. die Vermittlung von Geschäften über die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten i.S.d. § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG, der auf Art. 1 Nr. 1 i.V.m. Anhang Abschnitt A Nr. 1 Buchst. a) der Richtlinie 93/22/EWG beruht (vgl. Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 4. Aufl., § 1 Rn. 122; Schwennicke in Schwennicke/Auerbach, KWG, § 1 Rn. 75; Assmann in Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl., § 2 Rn. 80).

21           Entgegen der Auffassung der Revision ist der Begriff des Wertpapiergeschäfts i.S.d. Ziffer 7 Buchst. e) des Anhangs zur Richtlinie 89/646/EWG nicht im Hinblick auf den vorangestellten Terminus "Handel für eigene Rechnung oder im Auftrag der Kundschaft" dahingehend enger auszulegen, dass die (blo- ße) Anlagevermittlung nicht darunter fällt. Vielmehr ist der Begriff "Handel für eigene Rechnung oder im Auftrag der Kundschaft" als Oberbegriff zu verstehen, der durch die nachfolgende Liste der Buchstaben a) bis e) näher präzisiert und ausgefüllt wird. Dafür, dass der Richtliniengeber dem Begriff der Wertpapiergeschäfte in der Richtlinie 89/646/EWG einen anderen Inhalt beimessen wollte als in der - wenn auch zeitlich späteren - Richtlinie 93/22/EWG, ist kein Anhaltspunkt ersichtlich. Ganz im Gegenteil spricht die (weite) Definition des Begriffs des Wertpapiergeschäfts in der - hier maßgeblichen - Anlegerentschädigungsrichtlinie dafür, dass der Richtliniengeber diesen Begriff auch in der - hier in Bezug genommenen - Richtlinie 89/646/EWG in diesem Sinne verstanden wissen will.

22           bb) Die weite Bedeutung des Begriffs "Handel" ergibt sich auch aus einer systematischen Auslegung der einschlägigen Richtlinien. Der Richtliniengeber

hat diesen Terminus in Anhang Abschnitt A Nr. 2 der Richtlinie 93/22/EWG und in Anhang I Abschnitt A Nr. 3 der Richtlinie 2004/39/EG für die Definition des sogenannten Eigenhandels verwendet, ohne diesen Begriff aber in diesem Sinne abschließend zu meinen. Dies ergibt sich aus Anhang Abschnitt A Nr. 1 Buchst. b) der Richtlinie 93/22/EWG und Anhang I Abschnitt A Nr. 2 der Richtlinie 2004/39/EG, in denen - ohne Verwendung des Terminus "Handel" - die Ausführung von Aufträgen im Namen von Kunden aufgeführt wird, was aber ebenfalls "Handel" darstellt. Aus der Gleichstellung der in Anhang Abschnitt A Nr. 1 Buchst. a) der Richtlinie 93/22/EWG genannten Anlagevermittlung mit dem Kommissionsgeschäft in Buchst. b) kann darüber hinaus nur der Schluss gezogen werden, dass auch die Anlagevermittlung als "Handel im Auftrag der Kundenschaft" i.S.d. Ziffer 7 des Anhangs zur Richtlinie 89/646/EWG zu verstehen ist.

23           Ohne Erfolg bleibt deshalb der Hinweis der Revision auf Art. 2 Nr. 6 Buchst. a) der Richtlinie 93/6/EWG des Rates vom 15. März 1993 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten (ABl. EG Nr. L 141 S. 1). Soweit dort der Begriff des Handels auf den Eigenhandel bezogen wird, ist dies dem Regelungsinhalt der Richtlinie geschuldet und beinhaltet - wie in den Richtlinien 93/22/EWG und 2004/39/EG - keine abschließende Bedeutung dieses Terminus.

24           Schließlich sprechen gegen dieses Auslegungsergebnis auch nicht, wie die Revision meint, die in den Ziffern 11 und 12 des Anhangs zur Richtlinie 89/646/EWG genannten "Portfolioverwaltung und -beratung" bzw. "Wertpapieraufbewahrung und -verwahrung". Dabei handelt es sich um inhaltlich andersartige Dienstleistungen als der in Ziffer 7 genannte "Handel". Dies lässt keinen Rückschluss darauf zu, dass die Anlagevermittlung vom Anwendungsbereich der Ziffer 7 ausgeschlossen sein soll.

- 25                   cc) Dieses sich aus dem Wortlaut und der Systematik ergebende Auslegungsergebnis wird durch eine Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Art. 4 Abs. 2 der Anlegerentschädigungsrichtlinie bestätigt, der durch § 3 Abs. 2 Satz 1 EAEG in nationales Recht umgesetzt worden ist (vgl. dazu BT-Drucks. 13/10188, S. 16). Nach deren Erwägungsgrund 17 können bestimmte Gruppen von Anlegern, die keines besonderen Schutzes bedürfen, von der durch die Anlegerentschädigungssysteme gebotenen Deckung ausgenommen werden. Die in Anhang I enthaltene Liste der nach Art. 4 Abs. 2 ausgeschlossenen Anleger benennt insoweit insbesondere professionelle und institutionelle Anleger, wie etwa Wertpapierfirmen, Kreditinstitute oder Finanzinstitute. Als ein solcher professioneller Anleger ist auch ein Unternehmen einzuordnen, das nur die Anlagevermittlung betreibt. Denn auch bei einem solchen Unternehmen müssen nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 zweiter Spiegelstrich der Richtlinie 93/22/EWG bzw. Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2004/39/EG die Geschäfte der Wertpapierfirma von Personen tatsächlich geleitet werden, die ausreichende Erfahrung besitzen. Diese sind daher auch in der Lage, die für das Vermögen des von ihnen geleiteten Unternehmens entstehenden Risiken selbst einzuschätzen.
- 26                   b) Nach diesen Maßgaben ist die K. GmbH als Finanzinstitut i.S.d. Art. 1 Nr. 6 der Richtlinie 89/646/EWG anzusehen.
- 27                   Nach den - von der Revision nicht angegriffenen - Feststellungen des Berufungsgerichts betreibt die K. GmbH als Haupttätigkeit die Anlagevermittlung i.S.d. § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG. Dies ist - wie dargelegt - für die Erfüllung dieser Tatbestandsvoraussetzung des § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 EAEG ausreichend.
- 28                   Soweit sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts wendet, auch die Vermittlung von Beteiligungen an dem PMA sei als Anlage-

vermittlung i.S.d. § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG anzusehen, kommt es darauf nicht an. Hierbei handelt es sich lediglich um eine Hilfsbegründung, die nicht tragend ist, weil das Berufungsgericht die Haupttätigkeit der K. GmbH als Anlagevermittlerin damit bejaht hat, dass der von der K. GmbH erzielte Umsatz ausschließlich aus Vermittlungsprovisionen erzielt worden ist, und zwar nicht nur im Zusammenhang mit der Vermittlung des PMA, sondern auch aus der Vermittlung von drei anderen Fonds. Allerdings ist die Auffassung des Berufungsgerichts in Bezug auf die Vermittlung des PMA nicht zweifelsfrei. Die Beteiligung an dem PMA stellt selbst kein Finanzinstrument i.S.d. § 1 Abs. 11 KWG dar (vgl. Senatsurteil vom 23. November 2010 - XI ZR 26/10, BGHZ 187, 327 Rn. 16); vielmehr ist das Geschäftsmodell der P. GmbH als Finanzkommissionengeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG zu qualifizieren (vgl. Senatsurteil vom 20. September 2011 - XI ZR 434/10, WM 2011, 2176 Rn. 15 ff., für BGHZ bestimmt). Ob auch die Vermittlung von Vermittlern oder anderen Erbringern von Wertpapierdienstleistungen von dem Begriff der Anlagevermittlung i.S.d. § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 KWG erfasst wird, ist umstritten (vgl. nur Assmann in Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl., § 2 Rn. 81 a mwN), kann hier aber - wie ausgeführt - offenbleiben.

29 Ebenfalls keiner Entscheidung bedarf die Frage, ob die K. GmbH bereits deshalb als Finanzinstitut i.S.d. Art. 1 Nr. 6 der Richtlinie 89/646/EWG einzuordnen ist, weil nach der Handelsregistereintragung zu ihrem Geschäftsgegenstand unter anderem der Erwerb, das Halten und das Veräußern von Vermögenswerten im eigenen Namen und für eigene Rechnung gehörte. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob dies eine der Haupttätigkeiten der K. GmbH war.

30                    2. Nach den - von der Revision nicht angegriffenen - Feststellungen des Berufungsgerichts ist auch die weitere Voraussetzung des § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EAEG erfüllt. Danach handelte die K. GmbH bei Zeichnung des PMA im eigenen Namen und für eigene Rechnung.

Wiechers

Mayen

Grüneberg

Maihold

Pamp

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 16.02.2010 - 21 O 523/09 -

KG Berlin, Entscheidung vom 08.07.2011 - 9 U 86/10 -