

VOLLTEXTSERVICE

Risiken bei unseriösen Stiftungsmodellen steigen: Ist der Treuhänder insolvent, ist das Geld des Stifters weg

OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 01.03.2012, Az. 16 U 152/11

Tatbestand

Der Beklagte ist Insolvenzverwalter in dem am ... Juli 2005 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der A ... GmbH Gesellschaft für ... (im Folgenden: Schuldnerin).

Die Schuldnerin bot mit dem 1992 eingeführten A1 (A1) ihren Kunden die Möglichkeit an, am Erfolg oder Nichterfolg von Optionsgeschäften teilzunehmen, die sie im eigenen Namen auf Rechnung der Anlegergemeinschaft durchführte. Im Rahmen dieser Anlagen zahlten die Anleger Geldbeträge auf Einzahlungskonten, die die Schuldnerin bei anderen Kreditinstituten unterhielt, wobei nicht jedem Anleger ein eigenes Konto zugewiesen wurde, sondern die Gelder verschiedener Anleger auf Omnibuskonten, also Sammelkonten, verwahrt wurden. Bereits zwischen 1992 und 1997 erlitt die Schuldnerin bei den Termingeschäften hohe Verluste, die sie den Anlegern durch manipulierte Buchungen verschwieg. In der Folge baute die Schuldnerin ein Schneeballsystem auf, bei dem sie die Einlagen von Neukunden dazu verwendete, Auszahlungen an Altkunden sowie Zahlungen für die laufenden Geschäfts- und Betriebskosten der Schuldnerin und ihrer Vertriebspartner vorzunehmen.

Der Kläger beteiligte sich mit Einzahlungen am 9. November 2004 in Höhe von 35.000,- zzgl. Agio und am 7. März 2005 in Höhe von 10.000,- zzgl. Agio an dem A1. Am 9. März 2005 ordnete die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (u. a.) die Untersagung der Annahme und Auszahlung von Kundengeldern an.

Der Kläger begehrt die Aussonderung seiner Einlagen, hilfsweise Auskunftserteilung, Rechnungslegung und Herausgabe eines noch zu bestimmenden Betrags sowie weiter hilfsweise die Feststellung eines (Mit-)Aussonderungsrechts. Wegen der Einzelheiten wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (Bl. 204 bis 208 d. A.) Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage einschließlich der gestellten Hilfsanträge unter Hinweis auf die Entscheidung des 9. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 10. Februar 2011 (IX ZR 49/10), wonach ein Aussonderungsrecht nicht besteht, abgewiesen. Der Kläger könne auch nicht damit gehört werden, seine Einzahlung vom 7. März 2005 über 10.000,- habe sich noch vollständig auf dem Konto Nr. ... befunden.

WINHELLER
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Corneliusstr. 34, 60325 Frankfurt am Main

Tel.: +49 (0)69 76 75 77 80

Fax: +49 (0)69 76 75 77 810

E-Mail: info@winheller.com

Internet: <http://www.winheller.com>

Frankfurt | Karlsruhe | Berlin

Hamburg | München | Shanghai

Einen Antrag auf Übernahme des Rechtsstreits durch die Kammer und auf Vorlage an den Europäischen Gerichtshof hat das Landgericht zurückgewiesen.

Auf die Entscheidungsgründe (Bl. 209 bis 210 d. A.) wird verwiesen.

Mit seiner Berufung begehrt der Kläger die Aufhebung des Urteils und die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. Hilfsweise verfolgt er seine erstinstanzlich gestellten Anträge weiter. Zudem beantragt er vorsorglich die Zulassung der Revision bzw. die Vorlage an den Europäischen Gerichtshof.

Der Kläger rügt, das Landgericht habe maßgeblichen Vortrag übergangen, so dass das Urteil auf einem Verstoß gegen das rechtliche Gehör beruhe. Die Klageabweisung könne nicht mit einem Verweis auf die Entscheidung des 9. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 10. Februar 2011 begründet werden, da sie verfassungs- und europarechtswidrig ergangen sei, von Entscheidungen des 11. Zivilsenats (zur Frage des Vorliegens eines Finanzkommissionsgeschäfts) und des 6. Zivilsenats (zum Vorliegen eines Treuhandkontos) abweiche und sich der vorliegende Sachverhalt von dem von dem Bundesgerichtshof zugrunde gelegten unterscheide. Der Kläger ist der Auffassung, der erkennende Senat sei bei einer Abweichung von seiner früheren, im Urteil vom 11. Februar 2010 dargelegten Auffassung zu einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof verpflichtet.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landgerichts Frankfurt vom 10. Juni 2011, Az. 2-7 O 336/10, aufzuheben und die Sache zur weiteren Verhandlung an das Landgericht Frankfurt zurückzuverweisen;

hilfsweise:

das angefochtene Urteil abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, an ihn die Beträge in Höhe von 10.000,00 und 34.437,84 abzüglich am 09. November 2009 bezahlter 6.241,67 nebst Zinsen in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;

hilfsweise:

den Beklagten zu verurteilen,

a) ihm Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen über

aa) das Vermögen und die Entwicklung des A1 (A1) in den Abrechnungsperioden November 2004 bis März 2005,

bb) sein Auszahlungsguthaben gem. Ziff. 13 AGB in Gestalt seines Anteils am Vermögen des A1 (A1) aufgrund seiner Einzahlungen vom 09. November 2004 in Höhe von 35.000,00 (zuzüglich eines Agios in Höhe von 2.750,00) und vom 07. März 2005 in Höhe von 10.000,00 (zuzüglich eines Agios in Höhe von 400,00);

sofern sein Auszahlungsguthaben geringer als 44.437,84 ist, hinsichtlich der einzelnen Verluste, Entnahmen etc. und deren Zurechnung zum Anteil des Klägers unter Offenlegung aller einzelnen Verwendungen, der nach der jeweiligen Einzahlung vorgenommenen Umbuchungen, Kontobewegungen und sonstigen Buchungen zugunsten oder Lasten Dritter, der durch Umbuchungen und Verwendungen erlangten Surrogate;

cc) die anteiligen Zinserträge und sonstigen Erträge aus der Kapitalanlage des Vermögens des A1 (A1) in der Zeit der vorläufigen Insolvenzverwaltung und seit der Insolvenzeröffnung am 01. Juli 2005;

b) erforderlichenfalls die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Angaben an Eides statt zu versichern;

c) an den Kläger die Herausgabe des Geldes in einer nach Erteilung der Auskunft noch zu bestimmenden Höhe nebst Zinsen in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz zu leisten;

hilfsweise:

festzustellen, dass dem Kläger im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Firma A ... GmbH Gesellschaft für ... dem Grunde nach ein Aussonderungsrecht - hilfsweise: ein Mitaussonderungsrecht - an seinen eingezahlten Kundengeldern zusteht.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt die angefochtene Entscheidung. Der Umstand, dass sich das Landgericht die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu Eigen gemacht habe, führe nicht zu einem Verstoß gegen Art. 101 und 103 Abs. 1 GG.

Selbst wenn es sich bei dem A1 um ein Finanzkommissionsgeschäft handele, begründe dies nicht per se ein Aussonderungsrecht. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs sei zutreffend. Der Senat sei - da nicht letztentscheidend - nicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof verpflichtet.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und auf die Ausführungen unter Ziff. II Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung ist nicht begründet.

Das Landgericht hat zu Recht das Bestehen eines Aussonderungsrechts verneint. Die dagegen vorgebrachten Argumente des Klägers vermögen eine andere Entscheidung nicht zu rechtfertigen.

1. Ohne Erfolg rügt der Kläger, das Landgericht habe gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verstoßen, weil das Urteil nicht erkennen lasse, dass das Landgericht sein Vorbringen und seine Beweisangebote zur Kenntnis genommen habe. Das Landgericht hat auf die Vergleichbarkeit des Sachverhalts hingewiesen und sich die nach seiner Auffassung überzeugenden Ausführungen des Bundesgerichtshofs zu Eigen gemacht. Zwar hat es nicht im Einzelnen zu den dagegen erhobenen Einwänden des Klägers Stellung genommen; es hat aber zumindest deutlich gemacht, keinen hinreichenden Anhalt dafür zu sehen, von der zitierten Entscheidung abzuweichen. Von daher geht der Senat davon aus, dass das Landgericht den Vortrag des Klägers in seine Überlegungen einbezogen hat. Eine Aufhebung des Urteil und eine Zurückverweisung der Sache an das Landgericht scheidet damit aus, zumal dies nach § 538 Abs. 2 S. 1 Ziff. 1 ZPO ohnehin nur dann in Betracht gekommen wäre, wenn aufgrund eines wesentlichen Verfahrensmangels eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig wäre; dies ist aber nicht der Fall.

2. Der Senat geht mit dem Landgericht in Anlehnung an die Entscheidung des 9. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 10. Februar 2011 (IX ZR 49/10 = BGHZ 188, 317) davon aus, dass dem Kläger kein Aussonderungsrecht an den von ihm eingezahlten Geldern zusteht. Soweit der Senat mit Urteil vom 11. Februar 2010 (16 U 176/09 = ZIP 2010, 437) eine andere Auffassung vertreten hat, hält er daran nicht fest.

Grundsätzlich waren - wie der Senat in der vorzitierten Entscheidung dargelegt hat - die Einzahlungs- und Brokerkonten nach den Prospektangaben und den dazugehörigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Treuhandkonten gedacht.

Eine Aussonderung - gleich auf welcher Rechtsgrundlage - setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat folgt, voraus, dass die auszusondernden Gegenstände bestimmt oder bestimmbar sind. Eine Aussonderung wegen eines bloßen Geldsummenanspruchs kennt die Rechtsordnung nicht. Aus dem Bestimmtheitserfordernis folgt, dass das Treugut - soweit es sich um vertretbare Gegenstände handelt - vom eigenen Vermögen des Treuhänders getrennt gehalten werden muss; sobald vertretbare Gegenstände mit anderem Vermögen des Treuhänders vermischt werden, lässt sich nicht mehr mit Bestimmtheit sagen, was Treugut ist. Dies gilt in entsprechender Weise, wenn Forderungen eingezogen werden und die Beträge auf einem auch als Eigenkonto genutzten Girokonto des Treuhänders gutgeschrieben werden (BGH, Urteil vom 24. Juni 2003, IX ZR 120/02 = WuM 2003, 512). Diese Grundsätze kommen nach Auffassung des Senats auch dann zur Anwendung, wenn auf Konten, die eigentlich als Treuhandkonten gedacht waren, eine

Vermischung von Fremd- und Eigengeld stattfindet. Auch dann lässt sich nämlich nicht mehr mit Bestimmtheit sagen, welche Gelder wem zuzuordnen sind.

Vorliegend ist es zu einer Vermischung von Fremd- und Eigengeldern dadurch gekommen, dass - wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 11. Februar 2010 festgestellt hat - die Schuldnerin Überweisungen von ihren Geschäftskonten auf die Einzahlungskonten vorgenommen hat. Nach dem Gutachten des Sachverständigen Prof. X vom Februar 2006 handelt es sich um einen Betrag in Höhe von insgesamt 926.734,66, der in den Jahren 2000 bis 2005 von den Geschäftskonten auf die Einzahlungskonten geflossen ist. Zwar hatte der Senat in seiner zitierten Entscheidung vor dem Hintergrund des Umstands, dass der Sachverständige Prof. X (auch) aus diesem Buchungsverhalten eine Vermischung nicht hergeleitet hatte und der dortige Kläger dem nicht substantiiert entgegengetreten war, den erfolgten Überweisungen von den Geschäftskonten auf die Einzahlungskonten keine rechtliche Wirkung beigemessen. Der Bundesgerichtshof weist in seinem Urteil vom 10. Februar 2011 (Rn. 21) allerdings zu Recht darauf hin, dass das Rechtsgutachten lediglich Vermutungen dahingehend anstellt, dass es sich bei diesen Geldern um tatsächlich erzielte Gewinne oder um Rückzahlungen überhöhter Abbuchungen handeln könnte; konkrete Anhaltspunkte dafür liegen jedoch nicht vor. Zudem folgt der Senat der Auffassung des Bundesgerichtshofs, wonach das Geld auf den Geschäftskonten eigenen Zwecken der Schuldnerin diene und die Rücküberweisungen daran grundsätzlich nichts änderten.

Soweit der Kläger vorliegend unter Beweisantritt behauptet, dass die Schuldnerin keine eigenen Gelder auf die zu den Kundengeldern gehörenden Konten überwiesen habe und auch keine eigenen Gelder habe überweisen wollen, dass also eine Vermischung nicht stattgefunden habe, war dem nicht nachzugehen. Es ist bereits nicht ersichtlich, ob der Kläger lediglich bestreiten will, dass es Überweisungen von den Geschäftskonten auf die Einzahlungskonten gegeben hat, oder ob er in Frage stellen möchte, dass es sich bei den Geldern auf den Geschäftskonten um eigene Gelder der Schuldnerin gehandelt habe und/oder diese sie nicht als solche angesehen habe. Das Bestreiten der Zahlungen wäre unsubstantiiert, da keinerlei Umstände angegeben sind, aus denen sich ergeben könnte, dass der Rechtsgutachter Prof. X von falschen Zahlen ausgegangen wäre. Dass die Gelder auf den Geschäftskonten eigenen Zwecken der Schuldnerin dienen, liegt in der Natur der Geschäftskonten.

Der Kläger kann sich auch nicht darauf berufen, dass die zweite Einzahlung vom März 2005 in Höhe von 10.000,- noch vollständig auf dem Einzahlungskonto vorhanden sei und damit ausgesondert werden könne. Dabei ist unerheblich, dass nach den Feststellungen des Landgerichts das Kontoguthaben nach der streitgegenständlichen Einzahlung gesunken ist. Wie der Senat in seiner Entscheidung vom 11. Februar 2010 dargelegt hat, würde sich ein Aussonderungsrecht nicht lediglich und speziell auf die auf den von dem Kläger bedienten Einzahlungskonten noch vorhandenen Gelder beziehen, sondern auf das auf sämtlichen Treuhandkonten noch vorhandene Treugut als einheitliches Treugut. Damit betrifft die erfolgte Vermischung aber das Treugut als Ganzes, unabhängig davon, auf welche konkreten Konten die Auszahlungen von den Geschäftskonten geflossen sind.

Aufgrund dieser Vermischung ist für eine Aussonderung kein Raum mehr. Es kommt deshalb nach Auffassung des Senats nicht mehr auf die Frage an, ob die eingezahlten Gelder der Kunden bereits deshalb ihre Eigenschaft als Treugut verloren haben, weil der Schuldnerin der Treuhandwille fehlte, und ob die Schuldnerin - insbesondere bei den Einzahlungen des Klägers - mit Treuhandwillen handelte, weil in diesem Zeitpunkt der Wille zum Vertragsbruch durch den Tod des Geschäftsführers Y weggefallen war.

3. Eine andere Entscheidung ist auch nicht deshalb veranlasst, weil dem 9. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs aus anderen Gründen nicht gefolgt werden könnte.

a) Nicht von Bedeutung ist, dass gegen die Entscheidung Verfassungsbeschwerde eingelegt worden ist; dies ändert nichts an ihrer Rechtskraft.

b) Ohne Erfolg rügt der Kläger im Weiteren, dass der 9. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs von den Entscheidungen des 11. Zivilsenats vom 23. November 2010 (XI ZR 26/10 = BGHZ 187, 327) und des 6. Zivilsenats vom 22. Juni 2010 (VI ZR 212/09 = BGHZ 186, 58) abgewichen sei.

aa) Unerheblich ist zunächst, dass der 9. Zivilsenat davon ausgegangen ist, dass die betroffenen Einzahlungskonten nicht als Treuhandkonten gekennzeichnet waren, während der 6. Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 22. Juni 2010 im Tatbestand angegeben hat, dass das dortige Einzahlungskonto mit einem Sperrvermerk Treuhandkonto für Anleger gekennzeichnet war und dass die Brokerkonten als Gemeinschaftstreuhandkonten deklariert sowie getrennt von Konten der Kunden anderer Geschäftsbereiche der Schuldnerin und von deren eigenen Konten gehalten wurden. Damit ist lediglich der Sachverhalt im dortigen (Einzel-)Fall beschrieben worden, ohne dass daraus rechtliche Wertungen hinsichtlich eines Aussonderungsrechts gezogen werden könnten. Im Gegenteil hat der 6. Zivilsenat in seinem Urteil (Rn. 30) unter Hinweis auf die anstehende Entscheidung des 9. Zivilsenats ausdrücklich angemerkt, dass höchststrichterlich noch nicht geklärt sei, ob der Kunde, dessen Gelder auf einem Sammeltreuhandkonto verwahrt wurden, im Insolvenzfall durch ein eigenes Aussonderungsrecht geschützt sei. Zudem ist es selbst nach der zitierten Entscheidung des 9. Zivilsenats (Rn. 20) für die Einordnung eines Kontos als Treuhandkonto unerheblich, ob es als solches bezeichnet ist oder nicht.

bb) Der 11. Zivilsenat geht in seiner Entscheidung vom 23. November 2010 zwar davon aus, dass es sich bei den von der Schuldnerin durchgeführten Geschäften um Finanzkommissionsgeschäfte i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 KWG handelt, während der 9. Zivilsenat einen Kommissionsvertrag im Sinne der §§ 383 ff. HGB verneint hat. Der erkennende Senat vermag aber eine maßgebliche Meinungsverschiedenheit zwischen diesen beiden Senaten des Bundesgerichtshofs nicht zu erkennen. Der 11. Zivilsenat hat nämlich in einer weiteren Entscheidung vom 20. September 2011 (XI ZR 434/10 = MDR 2011, 1433), in der er seine Auffassung noch einmal ausführlich begründet, die rechtliche Würdigung des 9. Zivilsenats, wonach kein Kommissionsvertrag vorliege, ausdrücklich als zutreffend erachtet, allerdings zugleich darauf hingewiesen, dass dies das Vorliegen eines Finanzkommissionsgeschäfts nicht ausschließe, da bei Finanzkommissionsgeschäften nicht alle Merkmale des Kommissionsgeschäfts nach § 383 ff. HGB gegeben sein müssten. Darüber hinaus hat sich der 11. Zivilsenat in diesem Urteil den Ausführungen des 9. Zivilsenats zum Nichtbestehen eines Aussonderungsrechts ausdrücklich angeschlossen (vgl. Rn. 26), was zudem zeigt, dass - entgegen der Auffassung des Klägers - aus dem Vorliegen einer Finanzkommission i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 KWG nicht automatisch auf das Vorliegen eines Aussonderungsrechts geschlossen werden kann. Im Übrigen ergibt sich auch nicht aus dem Rechtsgedanken des § 392 Abs. 2 HGB, dass sämtliche Gelder des Kommissionärs ohne Weiteres der Aussonderung unterliegen würden. So gelten zwar bei einem handelsrechtlichen Kommissionsgeschäft Forderungen aus einem Ausführungsgeschäft im Verhältnis zwischen Kommittenten und Kommissionär auch ohne Abtretung als Forderungen des Kommittenten. Dies gilt aber beispielsweise nicht für das in Erfüllung der Forderung aus dem Ausführungsgeschäft Geleistete selbst (vgl. zum Nachweis der insoweit herrschenden Meinung Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. A., § 392 Rn. 7).

Ohne Erfolg verweist der Kläger in diesem Zusammenhang ergänzend auf § 32 DepotG. Zwar haben nach § 32 Abs. 1 Ziff. 1 DepotG Kommittenten, die bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über den Kommissionär das Eigentum (...) an Wertpapieren noch nicht erlangten, aber ihre Verpflichtungen aus dem Geschäft über diese Wertpapiere dem Kommissionär gegenüber vollständig erfüllt haben, ein Vorrang bei der Befriedigung. Dabei handelt es sich jedoch nicht um ein Aussonderungsrecht, sondern um ein Insolvenzvorrecht zur Befriedigung aus einer Sondermasse, zu der Wertpapiere pp. gehören, die im Eigentum des Gemeinschuldners stehen (Scherer, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, a. a. O., § 32 DepotG BankR VI Rn. 645 und 668).

4. Zu Unrecht macht der Kläger schließlich geltend, die rechtliche Beurteilung durch den Bundesgerichtshof sei unvereinbar mit Vorschriften des Europäischen Gemeinschaftsrechts.

a) Der Kläger vertritt insoweit die Auffassung, § 34 a WpHG sei richtlinienkonform zwingend dahingehend auszulegen, dass dem Anleger im Insolvenzverfahren des Wertpapierdienstleisters ein Aussonderungsrecht gewährt werden müsse und dass dieses Aussonderungsrecht weder durch das Führen von Sammelkonten noch durch das zweckwidrige Verwenden von Teilen der Gelder der Anleger durch den Wertpapierdienstleister noch durch die Rückzahlung entnommener Gelder gerichtlich verneint werden dürfe. Dem vermag der Senat jedoch nicht zu folgen.

Der Senat ist zwar weiterhin der in seinem Urteil vom 11. Februar 2010 (Rn. 43) dargelegten Auffassung, dass die Annahme, durch die fortwährende Veruntreuung der eingezahlten Gelder entfalle die treuhänderische Bindung auch der noch vorhandenen Gelder, grundsätzlich dem Rechtsgedanken des § 34 a WpHG widerspricht (Rn. 43). Der Senat bleibt aber auch bei seiner (unter Rn. 36 dargelegten) Auffassung, dass die Behandlung der eingezahlten Gelder als Treugut und eine Verpflichtung zur Aussonderung noch nicht bereits zwingend aus § 34 a Abs. 1 WpHG folgt. Die Vorschrift ist eingefügt worden durch das Gesetz zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtlicher Vorschriften vom 22.10.1997 (BGBl. I. S. 2518). Die hierdurch geschaffene Verpflichtung zur getrennten Vermögenverwahrung dient ausweislich der Begründung zu dem Gesetzentwurf (BT-Drs. 13/7142 S. 110) der Umsetzung von Art. 10 Abs. 1 S. 2 Spiegelstrich 3 der Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen (ABl. Nr. L 141 S. 27). Danach hat der Herkunftsmitgliedstaat Aufsichtsregeln zu erlassen, die die Wertpapierfirma fortwährend einzuhalten hat. Diese Aufsichtsregeln sollen vorschreiben, dass die Wertpapierfirma insbesondere geeignete Vorkehrungen für die den Anlegern gehörenden Gelder trifft, um deren Rechte zu schützen und zu verhindern, dass die Gelder der Anleger von der Wertpapierfirma für eigene Rechnungen verwendet werden. Dieser Verpflichtung, Aufsichtsregeln zu erlassen, ist der deutsche Gesetzgeber dadurch nachgekommen, dass er in § 34 a Abs. 1 WpHG (a. F.) für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, die keine Einlagenkreditinstitute sind, die Verpflichtung aufgestellt hat, die Kundengelder, die sie entgegennehmen und im eigenen Namen und auf Rechnung der Kunden verwenden, unverzüglich getrennt von den Geldern des Unternehmens oder von anderen Kundengeldern auf Treuhandkonten zu verwahren, bis die Gelder zum vereinbarten Zweck verwendet werden. Verstößt ein Unternehmen schuldhaft gegen diese Pflicht, stellt sich dies als Ordnungswidrigkeit nach § 39 Abs. 2 Ziff. 13 WpHG dar und löst entsprechende Sanktionen aus.

Zwar mag § 34 a WpHG nicht nur aufsichtsrechtlicher Natur sein, sondern auch anlegerschützende Funktionen haben und den Anleger dabei auch und gerade vor den Folgen einer Insolvenz des Wertpapierdienstleisters schützen wollen. Dennoch kann aus der Entstehungsgeschichte der Richtlinie nach Auffassung des Senats nicht herausgelesen werden, dass dem Anleger in der Insolvenz des Wertpapierdienstleisters ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls (hier insbesondere der Veruntreuung von Geldern in Verbindung mit der Vermischung von Fremd- und Eigengeld) ein (in den meisten europäischen Rechtsordnungen nicht einmal bekanntes) Aussonderungsrecht gewährt werden müsse. Das kann insbesondere nicht für den Fall angenommen werden, dass die Gelder aufgrund ihrer Vermischung mit eigenen Geldern des Wertpapierdienstleisters nicht mehr unterscheidbar sind. Zwar soll gerade eine solche Vermischung verhindert werden; ist sie aber eingetreten, ist eine Aussonderung bereits per se nicht mehr möglich.

bb) Der Senat sieht keine Veranlassung, nach Art. 267 AEUV den Europäischen Gerichtshof im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens anzurufen, um ihn darüber entscheiden zu lassen, ob aufgrund der angeführten EG-Richtlinie § 34 a Abs. 1 WpHG im Sinne des Klägers auszulegen ist.

Abgesehen von der Frage, ob der Senat überhaupt als letztinstanzliches Gericht im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV anzusehen und damit zu einer Vorlage verpflichtet wäre, liegen die Voraussetzungen für ein Vorabentscheidungsverfahren nicht vor.

Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens ist allein Bestand und Inhalt von Unionsrecht, nicht dagegen von nationalem Recht. Es geht in einem Vorabentscheidungsverfahren also lediglich um die Frage der Auslegung von Gemeinschaftsrecht, nicht aber darum, ob innerstaatliches Recht in einem bestimmten Sinne - ggfls. unionsrechtskonform - auszulegen ist (vgl. EuGH, Urteil vom 26.10.2006, C 4/05 = NVwZ 2007, 187). Soweit der Kläger die EU-konforme Auslegung des § 34 a WpHG begehrt, kann dies nicht Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens sein.

Selbst wenn man das Ersuchen des Klägers dahingehend auslegt, dass er die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs darüber begehrt, ob Art. 10 Abs. 1 S. 2 der Wertpapierrichtlinie zwingend im Sinne eines Aussonderungsrechts auszulegen sei, besteht nach Auffassung des Senats keine Vorlagepflicht. Eine solche entfällt nämlich, wenn die richtige Auslegung derart offenkundig ist, dass keinerlei Raum für vernünftige Zweifel an der Entscheidung der gestellten Fragen bleibt und die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und der Europäische Gerichtshof keine Zweifel an dieser Auslegung

haben würden. Der Senat vermag in keiner Weise zu erkennen, dass die maßgebliche Richtlinie dahingehend auszulegen sei, dass dem Anleger auch bei einer vertragsbrüchigen Vermischung von Fremd- und Eigengeldern ein Aussonderungsrecht zu gewähren wäre.

Nach alledem steht dem Kläger kein Aussonderungsrecht zu. Da auch die Hilfsanträge an das Bestehen eines Aussonderungsrechts anknüpfen bzw. die Feststellung des Bestehens eines solchen begehren, sind sie ebenfalls unbegründet, so dass die Berufung insgesamt keinen Erfolg hat.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97, 708 Ziff. 10, 711, 709 S. 2 ZPO.

Die Revision wird nicht zugelassen. Die Frage des Bestehens eines Aussonderungsrechts ist höchstrichterlich entschieden.