BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

XI ZR 439/11

Verkündet am:
27. November 2012
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 312d Abs. 4 Nr. 6

Preis eines Finanzinstruments im Sinne des § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB ist nicht nur ein unmittelbar auf dem Finanzmarkt gebildeter Börsenpreis, sondern auch ein den Marktpreis mittelbar beeinflussender Basiswert, der seinerseits Schwankungen auf dem Finanzmarkt unterliegt.

BGH, Urteil vom 27. November 2012 - XI ZR 439/11 - OLG Karlsruhe
LG Mannheim

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. November 2012 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, die Richter Dr. Joeres, Dr. Ellenberger und Dr. Matthias sowie die Richterin Dr. Menges

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 13. September 2011 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 24. Oktober 2011 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin nimmt die beklagte Bank aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes im Revisionsverfahren noch auf Rückabwicklung des Erwerbs von Finanzprodukten unter anderem der inzwischen insolventen Lehman Brothers Treasury Co. B.V. in Anspruch.

2 Der Ehemann der Klägerin, ein promovierter Diplom-Wirtschaftsingenieur der Fachrichtung Informatik (nachfolgend: Zedent), unterhielt seit Jahren ein Konto bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 1 (nachfolgend: Beklagte), über das er zahlreiche Wertpapiergeschäfte abwickelte. Seit 1988 verwaltete er das bei der Beklagten in Aktien und Rentenfonds angelegte Vermögen seiner Großmutter. Beraten wurde er

bis Mai 2008 vom früheren Beklagten zu 2, später vom früheren Beklagten zu 3, beides Mitarbeiter der Beklagten. Auf Empfehlung der Beklagten erwarb der Zedent, der in keinem Fall über ein Widerrufsrecht belehrt wurde, für sich:

3 1. aufgrund eines Telefonats vom 12. Dezember 2006 am 13. Dezember 2006 22 "D. Zertifikate" ( ), ab dem 7. Dezember 2006 an die Entwicklung des Dow Jones EuroSTOXX 50 gebundene aktienindexbasierte Zertifikate der Beklagten, für 22.090,20 €, die er im Mai 2008 für 20.818,09 € verkaufte,

4 2. aufgrund einer E-Mail vom 30. Januar 2007 und eines Telefonats vom 6. Februar 2007 am 7. Februar 2007 10 "G. "-Zertifikate ( ), ab dem 6./7. Februar 2007 an die Entwicklung des Dow Jones EuroSTOXX 50, des Standard & Poor´s 500 sowie des Nikkei 225 gebundene aktienindexbasierte Bonuszertifikate der mittlerweile insolventen Lehman Brothers Treasury Co. B.V., für 10.085,30 €,

5 3. aufgrund eines Telefonats vom 17. April 2007 am 24. April 2007 320 "D. A. "-Zertifikate ( ), ab diesem Tag an die Entwicklung des Dow Jones EuroSTOXX Select Dividend 30 Index und des DAX 30 Total Return Index gebundene aktienindexvergleichende Zertifikate der Beklagten, für 32.000 €, die er am 7. Oktober 2008 für 21.728,49 € verkaufte,

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

6 4. aufgrund zweier E-Mails vom 13. Juli 2007 und 16. Juli 2007 am 25. Juli 2007 Fondsanteile "Al. ", eines in verschiedene Geldmarktprodukte, insbesondere Zertifikate, investierenden Fonds, für 31.500 €, die er am 3. März 2008 für 26.487,41 € verkaufte,

7 5. aufgrund einer E-Mail vom 30. Oktober 2007 und eines Telefonats vom 5. November 2007 am 8. November 2007 100 "U. "-Zertifikate ( ), ab dem 26. Oktober 2007 an die Entwicklung von vier im DAX notierten Aktiengesellschaften gebundene aktienbasierte Bonuszertifikate, für 10.223 €, die er am 5. November 2008 für 2.768,67 € verkaufte,

8 6. aufgrund eines Telefonats Ende Mai 2008 am 27. Mai 2008 und 3. Juni 2008 insgesamt 321 (richtig: 322) "D. E. Zertifikate " ( ), ab dem 18. April 2008 an die Entwicklung des Dow Jones EuroSTOXX 50 gebundene aktienindexbasierte Bonuszertifikate der Beklagten, für insgesamt 33.034,02 €, die er am 16. Oktober 2008 für 20.860,24 € verkaufte,

9 7. aufgrund zweier E-Mails am 30. Juli 2008 255 "D. S. Zertifikate" ( ), ab dem 14. Juli 2008 an die Entwicklung des Dow Jones EuroSTOXX 50 gebundene aktienindexbasierte Zertifikate der Beklagten, für 26.124,75 €.

10 Der Zedent widerrief am 15. Juli 2011 seine auf Erwerb der Finanzprodukte gerichteten Willenserklärungen.

11 Die Klägerin hat von der Beklagten und teilweise von den früheren Beklagten zu 2 und 3 als Gesamtschuldnern, ursprünglich auch im Wege des Schadensersatzes, Zahlung von insgesamt 82.522,96 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückübertragung beim Zedenten noch vorhandener Indexzertifikate und Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten verlangt sowie die Feststellung begehrt, dass die Beklagten der Klägerin entstehende steuerliche Nachteile zu tragen hätten. Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin nur noch ihr Zahlungsbegehren in Höhe von 72.394,37 € nebst Zinsen gegen die Beklagte aus dem Gesichtspunkt der Rückgewähr erbrachter Leistungen weiter.

Entscheidungsgründe:

12 Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg.

I.

13 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner in WM 2012, 213 ff. veröffentlichten Entscheidung, soweit in der Revisionsinstanz noch von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

14 Der Klägerin stehe kein Anspruch auf Rückgewähr erbrachter Leistungen wegen des vom Zedenten erklärten Widerrufs zu. Ein Widerrufsrecht nach den für Fernabsatzverträge geltenden Regelungen sei jedenfalls gemäß § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB ausgeschlossen. Die vom Zedenten

erworbenen Inhaberschuldverschreibungen und Fondsanteile fielen in den Regelbeispielskatalog dieser Ausnahmebestimmung. § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB finde (schon dann) Anwendung, wenn der Vertrag wesentlich von dem von beiden Parteien zu tragenden Risiko geprägt sei, dass die ihrer Preisfindung zugrunde liegende Einschätzung sich durch die Entwicklung am Markt als fehlerhaft erweise.

15 Dies sei hier der Fall. Das spekulative Risiko habe sich in einer Schwankung der Basiswerte manifestiert. Dass § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB - wie im Übrigen Art. 6 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG (ABl. EG 2002 Nr. L 271, S. 16, künftig: FinFARL) - auch solche Produkte erfasse, folge aus dem Umstand, dass die Vorschrift nach dem Willen des Gesetzgebers - anders als Credit Default Swaps - Equity Swaps miteinschließe. Bei einem zwischen der Bank und dem Kunden geschlossenen (dem Börsenhandel nicht zugänglichen) Equity Swap bestimmten die Vertragspartner die Konditionen. Die Basiswertabhängigkeit solcher Swaps präge maßgeblich den spekulativen Charakter der Anlage.

16 In dieser ungewissen und von den Vertragsparteien mit unterschiedlichen Vorzeichen antizipierten Entwicklung liege die Ähnlichkeit zu Verträgen über Wett- und Lotteriedienstleistungen, für die § 312d Abs. 4 Nr. 4 BGB auf der Grundlage paralleler Erwägungen die Anwendbarkeit der Bestimmungen über Fernabsatzverträge ausschließe.

II.

17 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Prüfung stand.

18 1. Der revisionsgerichtlichen Überprüfung unterliegt allein die Frage, ob der Klägerin ein Rückgewähranspruch aufgrund des vom Zedenten erklärten Widerrufs seiner auf Abschluss der auf den Erwerb der Finanzprodukte gerichteten Willenserklärung nach den Regeln über Fernabsatzgeschäfte zusteht. Die Klägerin hat ihr Rechtsmittel auf solche Ansprüche beschränkt. Diese Beschränkung ist wirksam, da sie sich auf einen abgrenzbaren und rechtlich selbständigen Teil des Streitstoffs bezieht (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2009 - VIII ZR 243/08, BGHZ 182, 241 Rn. 11).

19 2. Das Berufungsgericht hat Ansprüche der Klägerin aus § 312d Abs. 1 Satz 1, §§ 355, 357 Abs. 1 Satz 1, § 346 Abs. 1 BGB zu Recht unter Verweis auf § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB verneint. Es ist rechtsfehlerfrei mit der obergerichtlichen Rechtsprechung und der mehrheitlich in der Literatur vertretenen Auffassung (OLG Düsseldorf, ZIP 2012, 419, 420; OLG Frankfurt, WM 2011, 1893; Beschluss vom 26. Mai 2011 - 19 U 51/10, juris Rn. 1 ff.; HansOLG Hamburg, Urteil vom 15. Februar 2012 - 13 U 124/11 n.v.; OLG Hamm, WM 2011, 1412, 1413; OLG Schleswig, Beschluss vom 27. Januar 2012 - 5 U 70/11, juris Rn. 39 f.; Blankenheim, WuB IV D. § 312d BGB 2.11; Kropf, WM 2012, 1268, 1270 f.; Kugler/ Lochmann, BKR 2006, 41, 45 [zu Hedgefondsanteilen]; Palandt/ Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 312d Rn. 14; Pitsch, BKR 2011, 37, 38; Roth in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl., § 10 Rn. 83; Simon, EWiR 2011, 801, 802; Staudinger/Thüsing, BGB, Neubearbeitung 2013, § 312d Rn. 76; dagegen Schick, AG 2011, R 73, R 74;

Stoll, EWiR 2012, 9, 10; Winneke, BKR 2010, 321, 325 ff.; LG Krefeld, BKR 2011, 32, 35 f.; wohl auch Erman/Saenger, BGB, 13. Aufl., § 312d Rn. 27; MünchKommBGB/Wendehorst, 6. Aufl., § 312d Rn. 46; Schmidt-Räntsch in Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 312d Rn. 57) zu dem Ergebnis gelangt, ein Recht zum Widerruf habe nicht bestanden, weil Gegenstand der Verträge die Verschaffung von Finanzdienstleistungen gewesen sei, deren "Preis" innerhalb der Widerrufsfrist - dem Einfluss der Beklagten entzogenen - Schwankungen unterlegen habe.

20 Dabei kommt es nicht darauf an, ob und ab wann die vom Zedenten erworbenen Finanzprodukte an der Börse notierten. Ausreichend war nach der Systematik, dem Sinn und Zweck und der Gesetzgebungsgeschichte des § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB, dass die vom Zedenten erworbenen Index- und Basketzertifikate (künftig: Zertifikate) den Anspruch des Inhabers gegen den Emittenten auf Zahlung eines vom Stand der zugrundeliegenden Basiswerte (oder Underlyings) abhängigen Geldbetrages verbrieften (vgl. Senatsurteil vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, BGHZ 191, 119 Rn. 26 mwN) und ihre Werthaltigkeit von Beginn an an die Entwicklung der in Bezug genommenen Indizes geknüpft war bzw. der Wert der am 25. Juli 2007 erworbenen Fondsanteile maßgeblich von solchen Wertentwicklungen abhing.

21 a) "Preis" im Sinne des § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB ist nicht nur das Entgelt für ein Finanzprodukt, sondern auch ein wertbestimmendes Underlying.

22 aa) Dass mit dem Begriff des "Preises" in § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB nicht (nur) ein unmittelbar auf dem Finanzmarkt gebildeter Börsenpreis, sondern auch ein den Marktpreis mittelbar beeinflussender Basiswert ge-

meint ist, der seinerseits Schwankungen auf dem Finanzmarkt unterliegt, ergibt sich systematisch und historisch aus der Aufnahme von "Derivaten" in den Regelbeispielskatalog des § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB. Dieser Begriff fasst nach dem Willen des Gesetzgebers die in Art. 6 Abs. 2 Buchst. a FinFARL genannten (Equity-) "Swaps, Futures und Optionen" zusammen (BT-Drucks. 15/2946, S. 23; vgl. auch Siedler, Fernabsatzgesetz Finanzdienstleistungen, 2. Aufl., Rn. 198). Insbesondere Equity Swaps nehmen - anders als etwa Credit Default Swaps, die in Art. 6 Abs. 2 Buchst. a FinFARL nicht erwähnt sind und als deren Referenzwerte vertraglich festgelegte, nicht marktbeeinflusste Kreditereignisse wie Insolvenz, Aufsage oder Verzug des Referenzschuldners fungieren (Jahn in Schimansky/ Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 114 Rn. 25; Rudolf in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., Rn. 19.232; Wehowsky in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 188. Ergänzungslieferung, § 30j WpHG Rn. 2) - auf marktbestimmte Basiswerte Bezug, nach denen sich ausweislich der jeweiligen von den Beteiligten vereinbarten Tauschbedingungen die Zahlungspflichten bemessen, ohne selbst einem Börsenhandel zu unterliegen.

23 Daraus folgt, dass über die Einordnung in § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB nicht (nur) die Mechanismen entscheiden, die unmittelbar zur Bildung eines Handelsentgelts führen, sondern auch die sonstigen maßgeblich wertbestimmenden Faktoren. Entsprechend kommt es für die Subsumtion unter die Ausnahme des § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB nicht darauf an, ob Zertifikate der hier maßgeblichen Art bzw. eines in solche Zertifikate und Aktien investierenden Fonds (schon oder überhaupt) an einer Börse gehandelt werden und in welchem Umfang der Emittent - oder die Bank im Zuge

eines Festpreisgeschäfts - Gewinnmargen in den Verkaufspreis einrechnen.

24 bb) Nur ein weites Verständnis des "Preises" im Sinne des § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB wird Sinn und Zweck der Regelung gerecht (OLG Karlsruhe, WM 2012, 213, 216; 1860, 1862; OLG Schleswig, Beschluss vom 27. Januar 2012 - 5 U 70/11, juris Rn. 40; Kropf, WM 2012, 1268, 1271; Pitsch, BKR 2011, 37, 38; Simon, EWiR 2011, 801, 802; a.A. LG Krefeld, BKR 2011, 32, 35 f.; Winneke, BKR 2010, 321, 327). Dieser besteht darin, das Risiko eines wenigstens mittelbar finanzmarktbezogen spekulativen Geschäfts mit seinem Abschluss in gleicher Weise auf beide Parteien zu verteilen (Blankenheim, WuB IV D. § 312d BGB 2.11; Bodenstedt, Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie im englischen und deutschen Recht, 2006, S. 62; Finke, Der Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, 2004, Rn. 134; Kropf, WM 2012, 1268, 1270 f.; Kriegner, Die Fernabsatz-Richtlinie für Finanzdienstleistungen an Verbraucher, 2003, S. 201; Loock, Das Fernabsatzsystem, 2009, S. 61; Mohrhauser, Der Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, 2006, S. 99; Rott, BB 2005, 53, 59 f.; vgl. außerdem die Begründung der Kommission der Europäischen Union zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, KOM(1998) 468 endg., S. 14). Definierte man "Preis" eng (nur) als Kauf- oder Handelspreis, verschöbe sich das Risiko einer negativen Wertentwicklung einseitig zulasten des Unternehmers, da der Verbraucher einen drohenden Verlust aufgrund fallender Basiswerte innerhalb der Wider-

rufsfrist durch Ausübung des Widerrufsrechts auf den Unternehmer abwälzen könnte.

25 Von Fällen, in denen Vertragsgegenstand die Lieferung von Waren ist, deren Wert mittelbar von Preisschwankungen auf Rohstoffmärkten abhängt, etwa der Wert eines Goldrings von der Entwicklung des Goldpreises (vgl. Stoll, EWiR 2012, 9, 10; Winneke, BKR 2010, 321, 326; Erman/Saenger, BGB, 13. Aufl., § 312d Rn. 27; MünchKommBGB/Wendehorst, 6. Aufl., § 312d Rn. 46), und die ersichtlich nicht von § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB erfasst sind, unterscheidet sich der Handel mit basiswertabhängigen Finanzinstrumenten entscheidend dadurch, dass der spekulative Charakter den Kern des Geschäfts ausmacht und individuelle wertbildende Faktoren, etwa die Qualität der Verarbeitung, für die Preisbildung keine Rolle spielen.

26 cc) Das Gebot, § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB im Einklang mit dem durch die Bestimmung umgesetzten europäischen Sekundärrecht zu interpretieren, steht der Gleichsetzung des "Preises" mit dem Basiswert nicht entgegen (vgl. Blankenheim, WuB IV D. § 312d BGB 2.11; Kropf, WM 2012, 1268, 1271). Im Gegenteil lässt sich Art. 6 Abs. 2 Buchst. a FinFARL dieser Gleichlauf ohne weiteres entnehmen, ohne dass für den Senat - wie in der Revisionsverhandlung gefordert - Anlass bestünde, dem Gerichtshof der Europäischen Union die Frage nach der Reichweite dieser Bestimmung zu unterbreiten.

27 (1) Zwar ist der Senat gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV als innerstaatlich letztinstanzlich entscheidendes Gericht grundsätzlich verpflichtet, eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs einzuholen, wenn Gemeinschaftsrecht auszulegen ist. Die Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte der Mit-

gliedstaaten entfällt jedoch, wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum mehr bleibt (EuGH, Slg. 1982, 3415 Rn. 16; Slg. 2005, I-8151 Rn. 33).

28 Das innerstaatliche Gericht darf nur dann davon ausgehen, dass ein solcher Fall vorliegt, wenn es davon überzeugt ist, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewissheit bestünde (EuGH, Slg. 1982, 3415 Rn. 16). Bei der Beurteilung dieser Frage sind die Eigenheiten des Gemeinschaftsrechts, die besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung und die Gefahr abweichender Gerichtsentscheidungen innerhalb der Gemeinschaft zu berücksichtigen (EuGH, Slg. 2005, I-8151 Rn. 33). Dabei ist auch den gleichermaßen verbindlichen verschiedenen Sprachen der anzuwendenden gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift Rechnung zu tragen (EuGH, Slg. 1982, 3415 Rn. 18; Slg. 1996, I-5403 Rn. 28), wobei allerdings die maßgebliche Bestimmung nicht in jeder der offiziellen Sprachen der Gemeinschaft zu prüfen ist. Weiterhin ist die gemeinschaftsrechtliche Vorschrift in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts, seiner Ziele und seines Entwicklungstandes zur Zeit der Anwendung auszulegen (BGH, Beschluss vom 26. November 2007 - NotZ 23/07, BGHZ 174, 273 Rn. 34).

29 Ob nach Maßgabe dieser Kriterien die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist und keinem vernünftigen Zweifel unterliegt, dass eine Vorlage an den Gerichtshof verzichtbar ist, bleibt allerdings allein der Beurteilung des nationalen Gerichts überlassen (EuGH, Slg. 2005, I-8151 Rn. 37; vgl. auch BVerfGK 13, 256, 261 f.).

30 (2) Bei Anlegung dieses Maßstabs ist es zur Überzeugung des Senats offenkundig und unterliegt keinem vernünftigen Zweifel, dass Art. 6 Abs. 2 Buchst. a FinFARL unter "Preis" auch den Basiswert fasst. Das ergibt sich unmissverständlich aus dem Umstand, dass dort als "Finanzdienstleistungen, deren Preis auf dem Finanzmarkt Schwankungen unterliegt", unter anderem "Zins- und Devisenswaps sowie Swaps auf Aktien- oder Aktienindexbasis ('equity swaps')" definiert sind. Darin unterscheidet sich die deutsche nicht von anderen Sprachfassungen des Art. 6 Abs. 2 Buchst. a FinFARL (englisch: "financial services whose price depends on fluctuations in the financial market [...] as services related to: [...] interest rate, currency and equity swaps", französisch: "aux services financiers dont le prix dépend de fluctuations du marché financier [...] par exemple les services liés aux: [...] contrats d'échange [*swaps*] sur taux d'intérêt ou sur devises ou contrats d'échange sur des flux liés à des actions ou à des indices d'actions [*equity swaps*]"). Der gemeinschaftsrechtliche Begriff des "Preises" schließt mithin unzweideutig den Basiswert ein.

31 b) Das Berufungsgericht ist weiter zutreffend davon ausgegangen, der Preis im Sinne des § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB sei von Schwankungen auf dem Finanzmarkt abhängig gewesen, die außerhalb der Herrschaftssphäre der Beklagten gelegen hätten und die innerhalb der Widerrufsfrist hätten auftreten können. Die Bindung an die in Bezug genommenen Underlyings bestand durchgängig. Dass die Beklagte die Entwicklung der Basiswerte in ihrem Sinne habe beeinflussen können, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

Wiechers Joeres Ellenberger

Matthias Menges

Vorinstanzen:
LG Mannheim, Entscheidung vom 07.04.2010 - 8 O 282/09 -
OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 13.09.2011 - 17 U 104/10 -