
Datum: 14.10.2010
Gericht: Landgericht Krefeld
Spruchkörper: 3. Zivilkammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 O 49/10
ECLI: ECLI:DE:LGKR:2010:1014.3O49.10.00

Tenor:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 16.106,40 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.02.2010 zu zahlen, Zug um Zug gegen Abtretung von 16 von der X begebenen Inhaberschuldverschreibungen X ZERTIFIKAT (ISIN DE000A0NMJ46).

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der vorbezeichneten Abtretung im Verzug befindet.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der beklagten Bank aus abgetretenem Recht die Rückzahlung eines im Zusammenhang mit dem Erwerb von Zertifikaten der X Inc. angelegten Geldbetrages. 1

Der Ehemann der Klägerin (im Folgenden: Zedent) erwarb von der Beklagten im Februar 2007 sechzehn von der X B.V. emittierte Zertifikate der Bezeichnung "X Zertifikat II" (im Folgenden: X-Zertifikate) im Gesamtwert von 16.106,40 €. Der Zedent ist Inhaber einer Bedachungsfirma und führt seit mehreren Jahren ein Depot bei der Beklagten. In den vorangegangenen Jahren hatte er überwiegend in Aktien-, Renten- und Geldmarktfonds investiert. Des Weiteren verfügte er über ein von der Beklagten emittiertes Zertifikat. 2 3

Als aus den Vermögensanlagen des Zedenten Gelder frei wurden, rief die für den Zedenten zuständige Kundenberaterin der Beklagten, die Zeugin X, den Zedenten im Februar 2007 an, um mit ihm Möglichkeiten einer Folgeanlage der Gelder zu besprechen. Sie bot ihm die streitgegenständlichen X-Zertifikate, welche die Beklagte im Wege eines Eigengeschäfts zu Festpreisen vertrieb, zum Kauf an. Der Zedent entschloss sich, die Zertifikate von der Beklagten aus deren Eigenbestand zu erwerben. Die Vergütung für die Leistungen der Beklagten war in den Verkaufspreis einkalkuliert. Vollzogen wurde der Kauf der Zertifikate unter dem 27.02.2007. Die Beklagte belastete das Konto des Zedenten mit Wertstellung vom 07.03.2007 und schrieb die Wertpapiere dem Depot des Zedenten gut.

Emittiert wurden die Lehman-Zertifikate am 26.02.2007. Bei den Papieren handelte sich um eine Schuldverschreibung, deren Rendite unter folgenden Bedingungen von der Entwicklung des Dow Jones EuroSTOXX 50 abhängen sollte: Sofern der Index an einem bestimmten ersten Stichtag, dem 28.04.2008, auf oder über seinem Ausgangswert notieren würde, wäre der Anlagebetrag zuzüglich eines Bonus von 12,75 % sofort zur Rückzahlung fällig. Für den Fall, dass der Indexstand zu diesem ersten Stichtag unter seinem Ausgangswert liegen würde, sollte sich die Laufzeit um ein Jahr verlängern. Sollte der Index an einem dann relevanten zweiten Bewertungsstichtag, dem 27.04.2009, auf oder über seinem Ausgangswert notieren, würde der Anlagebetrag zuzüglich eines Bonus von 25,50 % (2 x 12,75 %) zur Rückzahlung fällig. Im Fall einer geringeren Notierung sollte sich die Laufzeit um ein weiteres Jahr verlängern, mit einer entsprechenden Erhöhung der Bonuschance auf 38,25 % (3 x 12,75 %) bei Notierung auf oder über dem Ausgangswert sowie einer weiteren Verlängerung um ein Jahr im Fall der geringeren Notierung. Spätestens enden sollte die Laufzeit des Zertifikats am 26.04.2011. Bei einer (erstmaligen) Notierung über oder auf dem Ausgangswert zu diesem Stichtag würde der Anlagebetrag zuzüglich eines Bonus von 51 % (4 x 12,75 %) zurückgezahlt. Im Falle einer Notierung unterhalb des Ausgangswertes würde der Anlagebetrag bis zu einer Schwelle von 75 % unter dem Ausgangswert noch in vollem Umfang zurückgezahlt. Läge der Index unterhalb von 75 %, würde sich die Rückzahlung nach der Entwicklung des Index bestimmen; der Anleger würde in diesem Fall also einen entsprechenden Kursverlust erleiden.

5

Im Oktober 2008 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der X Inc. eröffnet, deren Tochtergesellschaft die Emittentin ist, sodass die hier streitgegenständlichen Zertifikate von der Insolvenz betroffen sind.

6

Unter dem 01.02.2010 trat der Zedent seine Ansprüche gegen die Beklagte "im Zusammenhang mit der Falschberatung beim Verkauf der X-Zertifikate" sowie die aus den Zertifikaten resultierenden Ansprüche gegenüber der Emittentin an die Klägerin ab.

7

Die Klägerin stützte ihre Klageforderung zunächst ausschließlich auf eine fehlerhafte Beratung seitens der Beklagten im Zusammenhang mit dem Erwerb der Zertifikate. Hierzu behauptet sie, der Zedent habe in dem der Anlageentscheidung vorhergehenden Beratungsgespräch mit der Zeugin X deutlich gemacht, eine uneingeschränkt risikolose Geldanlageform zu wünschen und eine sichere Liquidität zu benötigen, damit das Kapital gegebenenfalls für betriebliche Steuerzahlungen zur Verfügung stehe. Die Zeugin Brands habe die streitgegenständlichen Zertifikate als eine konservative und absolut sichere Anlage dargestellt. Auf das Risiko eines Totalverlusts habe sie nicht hingewiesen, sondern erklärt, im schlimmsten Fall werde keine Rendite erwirtschaftet. Auf die Funktionsweise des Zertifikats sei sie nicht näher eingegangen. Hierüber habe der Zedent sich auch nicht anderweitig informieren können, da ihm im Nachgang zu der Beratung keinerlei Informationsmaterial überlassen worden sei.

8

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 09.09.2010 erklärte die Klägerin dann den Widerruf des Erwerbs der Zertifikate, nachdem im Rahmen der zuvor durchgeführten Beweisaufnahme zur Sprache gekommen – und seitens des als Zeugen vernommenen Zedenten zunächst in Abrede gestellt worden – war, dass der Vertragsschluss telefonisch erfolgt war. 9

Die Klägerin beantragt, 10

1. die Beklagte zu verurteilen, Zug um Zug gegen Abtretung von 16 von der X B.V. begebenen Inhaberschuldverschreibungen X ZERTIFIKAT (ISIN DE000A0NMJ46) an die Klagepartei 16.106,40 € zu zahlen nebst Zinsen hierauf in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit, 11
2. festzustellen, dass die Beklagte sich mit der Annahme des Abtretungsangebots zu Ziffer 1. im Verzug befindet. 11

Die Beklagte beantragt, 12

die Klage abzuweisen. 13

Sie behauptet, bei dem Zedenten handele es sich nicht um einen konservativen, sondern um einen chancenorientierten Anlegertyp, der in Anbetracht der Zusammensetzung seines Depots der letzten Jahre über umfangreiche Erfahrungen im Umgang mit Aktienfonds und Zertifikaten verfüge. Der Wunsch des Zedenten auf Vorhalten einer Liquiditätsreserve habe sich nur auf einen Teil des Vermögens bezogen. Daneben habe er aber auch aktienbasierte Geldanlagen mit höheren Renditechancen bevorzugt, wobei das damit einher gehende höhere Risiko ihm bekannt gewesen und von ihm bewusst eingegangen worden sei. Seine Risikobereitschaft habe er in diesem Zusammenhang gegenüber der Beklagten als "hoch" benannt und als Anlagehorizont einen Zeitraum von 5 Jahren angegeben. Die Zeugin habe die Anlage nicht als sicher oder konservativ dargestellt. Ebenso habe sie auf die Möglichkeit von Kursverlusten aufmerksam gemacht. Unmittelbar im Anschluss an das Telefonat habe die Zeugin schriftliches Informationsmaterial an den Zedenten versandt. 14

Die Klage ist der Beklagten am 25.02.2010 zugestellt worden. 15

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Zeugenvernehmung des Zedenten und der für die Beklagte tätig gewordenen Beraterin. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme nimmt die Kammer Bezug auf das Protokoll über die mündliche Verhandlung vom 09.09.2010 (Bl. 184a ff. d.A.). Die Beklagte hat durch Bewilligung einer Schriftsatzfrist Gelegenheit erhalten, zu dem erst am Ende der mündlichen Verhandlung erklärten Widerruf der Klägerin vorzutragen. 16

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes nimmt die Kammer Bezug auf den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen. 17

Entscheidungsgründe: 18

Die zulässige Klage hat in der Sache Erfolg. 19

I. 20

Die Klageforderung ist aus den §§ 346 Abs. 1, 357 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 398 Satz 2 BGB begründet. 21

1.	22
Die Klägerin ist gemäß § 398 Satz 2 BGB aktivlegitimiert, nachdem der Zedent ihr seine Ansprüche wirksam abgetreten hat. Die Abtretungserklärung ist dabei gemäß §§ 133, 157 BGB dahin zu verstehen, dass der Klägerin sämtliche Rechte und Ansprüche im Zusammenhang mit dem Erwerb der X-Zertifikate übertragen werden sollten, auch solche, die erst durch eine rechtsgestaltende Erklärung entstehen würden. Von daher ist auch das Recht, die Vertragserklärung zu widerrufen, auf die Klägerin übergegangen, zumal sich das Unterlassen einer Belehrung über die durch den telefonischen Vertragsschluss entstehenden Rechte des Zedenten auch als "Falschberatung beim Verkauf" im Sinne der Abtretungserklärung verstehen lässt.	23
2.	24
Die Klägerin hat den Vertrag über den Erwerb der Zertifikate wirksam widerrufen und ist damit an die auf den Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden (§ 355 Abs. 1 Satz 1 BGB).	25
a)	26
Eine Widerrufserklärung liegt vor. Der Beklagten ist die Erklärung gemäß § 164 Abs. 3 BGB über ihren in der mündlichen Verhandlung vom 09.09.2010 anwesenden Prozessbevollmächtigten zugegangen. Die von § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB verlangte Textform ist durch das schriftliche Sitzungsprotokoll über die mündliche Verhandlung gewahrt (vgl. BGH, Urt. v. 24.04.1985, VIII ZR 73/84, NJW 1984; <i>Grüneberg</i> , in Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, § 355 Rz. 7).	27
b)	28
Die Widerrufserklärung ist auch prozessual beachtlich. Eine Zurückweisung als verspätet nach §§ 296 Abs. 2, 282 Abs. 2 ZPO kommt nicht in Betracht. Die mit der Widerrufserklärung in Zusammenhang stehenden Tatsachen sind unstreitig, sodass sich die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögert. Die Beklagte hat durch die Bewilligung einer Schriftsatzfrist Gelegenheit zur Erwidern und zu weiterem Sachvortrag erhalten.	29
c)	30
Der Klägerin steht nach § 312d Abs. 1 S. 1 BGB ein Widerrufsrecht zu.	31
aa)	32
Ein Fernabsatzvertrag im Sinne der Legaldefinition des § 312b Abs. 1 BGB liegt vor.	33
Der Vertrag ist telefonisch und damit unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln geschlossen worden. Die Annahme eines Fernabsatzvertrags ist auch nicht gemäß § 312b Abs. 1 Satz 1 letzter Halbsatz BGB ausgeschlossen, weil der Vertrag nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt wäre. Diese Ausschlussregelung ist eng auszulegen. Es genügt, dass der Unternehmer seinen Betrieb durch die personelle und sachliche Ausstattung so organisiert, dass Verträge regelmäßig im Fernabsatz abgeschlossen und abgewickelt werden können (vgl. etwa Palandt- <i>Grüneberg</i> , § 312b Rz. 11). Selbst wenn die Beklagte ihren Geschäftsbetrieb überwiegend in ihren niedergelassenen Filialen betreiben mag, kann es keinen Zweifeln unterliegen, dass sie ihren Geschäftsbetrieb so ausgestaltet hat, dass sie	34

Vertragsschlüsse im Hinblick auf ihre Finanzdienstleistungen *auch* unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln im Sinne von § 312b Abs. 2 BGB (Telefon, Internet, etc.) abwickeln kann. Dies folgt angesichts der niedrigen Anforderungen, die hieran zu stellen sind, bereits daraus, dass sie im Rahmen ihres Internetauftritts ein sogenanntes "Online-Banking" anbietet. Zudem hat die Beklagte durch ihren Anruf beim Zedenten im vorliegenden Fall selbst die Initiative zum telefonischen Vertragsschluss ergriffen.

bb) 35

Die Anwendbarkeit der Vorschriften über Fernabsatzverträge ist auch nicht gemäß § 312b Abs. 4 BGB ausgeschlossen. Hiernach finden die Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Vertragsverhältnissen, die eine erstmalige Vereinbarung mit daran anschließenden aufeinander folgenden Vorgängen oder eine daran anschließende Reihe getrennter, in einem zeitlichen Zusammenhang stehender Vorgänge der gleichen Art umfassen, nur Anwendung auf die erste Vereinbarung. 36

(1) 37

Diese Vorschrift kann von vornherein nur dann eingreifen, wenn auf die dort bezeichnete "erste Vereinbarung" auch die Vorschriften über Fernabsatzverträge anzuwenden waren (vgl. Palandt-Grüneberg, § 312b Rz. 19). Denn nur dann ist der Verbraucher über seine Rechte im Zusammenhang mit Fernabsatzgeschäften überhaupt einmal informiert worden. Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck der Vorschrift, nach dem der Unternehmer im Rahmen einer längeren Geschäftsbeziehung mit ähnlichen Vertragsschlüssen nur einmal und nicht immer wieder den Einschränkungen des Fernabsatzrechts unterworfen werden soll. 38

Einen dem Fernabsatzrecht unterfallenden "ersten Vorgang" hat die Beklagte vorliegend nicht dargetan, insbesondere auch nicht im Rahmen des ihr nachgelassenen Schriftsatzes vom 23.09.2010. 39

(2) 40

Unabhängig davon ist der hier streitgegenständliche Erwerb der X-Zertifikate kein auf eine erstmalige Vereinbarung folgender oder daran anschließender Vorgang im Sinne des § 312b Abs. 4 Satz 1 BGB. 41

(a) 42

Die erste Variante des § 312b Abs. 4 Satz 1 BGB setzt die Begründung eines Dauerschuldverhältnisses und die Vornahme eines daran anschließenden "Vorgangs" zu dessen Vollzug voraus (Palandt-Grüneberg, § 312b Rz. 19). An letzterem fehlt es hier. Auch wenn zwischen dem Zedenten und der Beklagten ein Dauerschuldverhältnis in Gestalt des Vertrages über die Verwaltung eines Wertpapierdepots bestanden hat, stellt sich der streitgegenständliche Erwerb der Zertifikate nicht als eine Transaktion zu dessen Ausfüllung dar, sondern als eigenständiges Rechtsgeschäft, das im Hinblick auf Rechtsnatur und Inhalt deutlich vom Vertragsschluss zur Begründung des Depotvertrags abweicht. Denn der Depotvertrag ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit dienstvertraglichem Charakter und Verwahrungselementen (Palandt-Sprau, § 675 Rz. 10 m.w.N.). Er verpflichtet das Bankinstitut zur Verwaltung des Depots und zur Verwahrung der darin befindlichen Wertpapiere. Die Rechtsgeschäfte über Erwerb und Veräußerung der einzelnen Wertpapiere sind dabei nicht von vornherein von dem Depotvertrag als Dauerschuldverhältnis erfasst. Es ist ohne weiteres möglich, ein Wertpapierdepot zu unterhalten, ohne überhaupt Wertpapiere 43

zu erwerben und in das Depot einzustellen. Ob der Anleger dem Depot überhaupt Wertpapiere zuführt, und wenn ja, wann, welche und wie viele, ist bei Vertragsschluss über die Eröffnung des Depots in aller Regel völlig ungewiss.

Dass der Erwerb von Wertpapieren kein an die Depoteröffnung anschließendes, sondern ein anderes, völlig eigenständiges Rechtsgeschäft ist, zeigt sich auch daran, dass spezielle Aufklärungs- und Beratungspflichten der Bank nicht schon bei Depoteröffnung, sondern erst im Zusammenhang mit einem konkreten Anlagegeschäft entstehen und sich im Hinblick auf Art und Ausmaß der Pflichten auch an dem betreffenden Anlagegeschäft orientieren. Die Gerichte gehen in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass durch die Aufnahme von Vertragsgesprächen über Geldanlagegeschäfte jeweils stillschweigend ein separater Beratungsvertrag zustande kommt (vgl. etwa BGH, Urt. v. 04.03.1987, IVa ZR 122/85, NJW 1987, 1815, 1816; BGH, Urt. v. 13.01.2004, XI ZR 355/02, NJW 2004, 1868, 1869 m.w.N.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.07.2010, I – 9 U 236/09, zit. nach juris Rz. 12). Inhalt und Umfang der sich daraus für die Bank ergebenden Beratungspflichten sind dann von verschiedenen Faktoren abhängig, die sich sowohl aus der Person des Kunden und der Art des Anlageprojekts ergeben (OLG Düsseldorf, a.a.O.). Die Beratungs- und Informationspflichten entstehen folglich mit jedem Anlagegeschäft neu und können, je nach Art des betreffenden Anlagegeschäfts, sehr unterschiedlich ausfallen.

(b) 45

Der Depotvertrag ist auch keine Rahmenvereinbarung, an die sich die einzelnen Wertpapierkäufe als eine Reihe getrennter, in einem zeitlichen Zusammenhang stehender Vorgänge der gleichen Art anschließen (§ 312b Abs. 4 S. 1 Var. 2 BGB). Auch dies scheidet jedenfalls daran, dass Depotvertrag und einzelne Erwerbsgeschäfte einen gänzlich anderen Vertragsinhalt haben und der Vertrag über die Depoteröffnung den späteren Erwerb einzelner Wertpapiere noch in keiner Weise vorzeichnet. Denn auch für die zweite Variante des § 312b Abs. 4 Satz 1 BGB fordert das Gesetz, dass die Rahmenvereinbarung die daran anschließenden Vorgänge bereits "umfassen" muss. Der Abschluss des Depotvertrags und der Erwerb der Zertifikate sind dementsprechend auch keine Vorgänge der gleichen Art und können nicht – wie es die Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.09.2002 (Fernabsatz von Finanzdienstleistungen) im Erwägungsgrund Nr. 16 verlangt – als Gesamtvorgang betrachtet werden.

Die Voraussetzungen des § 312b Abs. 4 Satz 1 Var. 2 BGB liegen darüber hinaus auch deshalb nicht vor, weil sich angesichts der Vielfältigkeit der angebotenen Wertpapiere die einzelnen Erwerbsgeschäfte im Verhältnis zueinander ebenfalls nicht als Vorgänge der gleichen Art darstellen. Dass nach Erwägungsgrund Nr. 17 der Richtlinie 2002/65 EG die Zeichnungen neuer Anteile desselben Investmentfonds als aufeinander folgende Vorgänge der gleichen Art gelten sollen, steht dem nicht nur nicht entgegen, sondern bestätigt indirekt die Richtigkeit dieses Normverständnisses. Weil der Verbraucher beim wiederholten Erwerb von identischen Fondsanteilen nicht mehr schutzwürdig ist, wenn er beim Ersterwerb die Privilegien des Fernabsatzgeschäfts (Informationspflichten des Unternehmers, Widerrufsrecht) erhalten hat, gibt der Richtlinien text vor, dass für die identischen Folgegeschäfte die Fernabsatzregeln nicht gelten sollen. Dazu bedient sich der Richtliniengeber aber einer Fiktion ("gelten als"), was den Umkehrschluss zulässt, dass Anteilszeichnungen unterschiedlicher Investmentfonds oder gar ganz anderer Anlageformen im Übrigen keine Vorgänge der gleichen Art sind. Die Vorgabe der Richtlinie besagt zudem gar nicht, dass der Erwerb von Anteilen desselben Investmentfonds gerade im Hinblick auf die Einrichtung des Depots als gleichgerichteter Folgevorgang zu werten sein könnte.

Vielmehr liegt nahe, dass dies im Hinblick auf den Ersterwerb von Anteilen des betreffenden Investmentfonds gelten soll, erst das Rechtsgeschäft über den Ersterwerb – und nicht bereits die Vereinbarung zur Depotöffnung – also die Rahmenvereinbarung darstellt, an die die Folgekäufe anknüpfen.

(c) 48

§ 312d Abs. 4 Satz 2 BGB (gleichartige Vorgänger ohne zugrunde liegendes Dauerschuldverhältnis bzw. ohne zugrunde liegende Rahmenvereinbarung) greift vorliegend schon deshalb nicht ein, weil die Vorschrift ein – mit jedem Vorgang wieder entstehendes – Widerrufsrecht gar nicht ausschließt, sondern nur die Pflicht des Unternehmers zur (wiederholten) Erfüllung seiner Informationspflichten. 49

d) 50

Das Widerrufsrecht ist nicht nach § 312d Abs. 3 BGB erloschen. 51

Nach dieser Bestimmung erlischt das Widerrufsrecht bei einer Dienstleistung, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat. Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hat die Äußerung eines solchen ausdrücklichen Wunsches seitens des Zedenten nichts vorgetragen, insbesondere auch nicht in dem nachgelassenen Schriftsatz vom 24.09.2010. Von daher kann offen bleiben, ob überdies die Vorschrift – wovon auszugehen sein dürfte – eine ordnungsgemäße Belehrung des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht bzw. zumindest eine Kenntnis des Rechts und damit ein Bewusstsein hinsichtlich der Möglichkeit eines Widerrufs voraussetzt. 52

e) 53

Das Widerrufsrecht ist auch nicht wegen § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB ausgeschlossen. Nach dieser Vorschrift besteht ein Widerrufsrecht nicht bei Fernabsatzverträgen, die die Erbringung von Finanzdienstleistungen zum Gegenstand haben, deren Preis auf dem Finanzmarkt Schwankungen unterliegt, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat und die innerhalb der Widerrufsfrist auftreten können, insbesondere Dienstleistungen im Zusammenhang mit Aktien, Anteilsscheinen, die von einer Kapitalanlagegesellschaft oder einer ausländischen Investmentgesellschaft ausgegeben werden und anderen handelbaren Wertpapieren, Devisen, Derivaten oder Geldmarktinstrumenten. 54

Sinn und Zweck dieser Ausschlussregelung ist es, dem Verbraucher nicht die Möglichkeit einzuräumen, risikolos und damit letztlich einseitig auf Kosten des Unternehmers zu spekulieren (vgl. MüKo-BGB-Wendehorst, § 312d Rz. 45). Diese Möglichkeit hätte der Verbraucher, wenn er während der Widerrufsfrist die Entwicklung des erworbenen Finanzprodukts beobachten und bei Ablauf der Widerrufsfrist entweder eine bis dahin eingetretene Kurssteigerung in einen Spekulationsgewinn umsetzen oder, bei ungünstiger Entwicklung, das Erwerbsgeschäft widerrufen und so in jedem Fall den Eintritt eines Verlustes vermeiden könnte. 55

(1) 56

Der Preis der hier von der Beklagten erbrachten Finanzdienstleistung unterlag nicht den Schwankungen auf dem Finanzmarkt. 57

(a) 58

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der Zedent die Zertifikate aus dem Eigenbestand der Beklagten zu einem Festpreis erworben hat. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wurden die Zertifikate selbst noch nicht an der Börse gehandelt, sondern erst ein halbes Jahr darauf, im August 2007, in den Börsenhandel einbezogen (vgl. Klageerwiderung S. 11, Bl. 65 d.A.). Die Zertifikate waren demnach bereits nicht Bestandteil des Finanzmarkthandels, sodass ihr Preis nicht den Schwankungen "auf dem" Finanzmarkt unterliegen konnte. Schon aus diesem Grund steht fest, dass § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB das Widerrufsrecht der Klägerin hier nicht ausschließen kann. 59

(b) 60

Dass die Beklagte bzw. die Emittentin die (Fest-)Verkaufspreise nach der Emission der Zertifikate ständig neu festgelegt und dabei – neben anderen Parametern wie etwa Umfang noch bestehender Risikopuffer oder noch ausstehender Laufzeit des Zertifikats – den Kursstand des Basiswerts einbezogen hat (S. 4/5 des Schriftsatzes vom 31.08.2010, Bl. 171 f. d.A.), ist vor diesem Hintergrund irrelevant. Denn der Finanzmarkt nimmt dadurch nicht unmittelbar Einfluss auf den Preis, sondern allenfalls mittelbar auf dessen Kalkulation. § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB erfasst aber nur eine unmittelbare Beeinflussung des Preises der Finanzdienstleistung durch den Finanzmarkt (ebenso *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 312d Rn. 46; *Winneke*, BKR 2010, 321, 326 m.w.N.). 61

Dies folgt zwingend aus der Wendung "auf dem". Das Gesetz, das insoweit wortgleich die Vorgaben von Art. 6 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie 2002/65/EG umsetzt, lässt damit gerade nicht ausreichen, dass die Finanzmärkte einen irgendwie gearteten Einfluss auf den Preis der Finanzdienstleistung nehmen, sondern verlangt konkret, dass die Preisschwankungen des in Frage stehenden Produkts gerade "auf dem Finanzmarkt" stattfinden. Die Regelung stellt also darauf ab, dass der Preis der Finanzdienstleistung durch die Kräfte des Finanzmarktes und die dort Handelnden bestimmt wird. Dies ist bei Festpreisgeschäften über Zertifikate schon deshalb nicht der Fall, weil die Anbieterseite den (Fest-)Preis autonom bestimmen kann. 62

Dies steht auch in Übereinstimmung mit dem Sinn und Zweck der Regelung. Denn nur wenn der Preis des Finanzprodukts unmittelbar von der Entwicklung der Finanzmärkte – also etwa von sich täglich ändernden Aktienkursen – abhängt und somit drittbestimmt ist, besteht das eingangs aufgezeigte einseitige Spekulationsrisiko zu Lasten der Bank. Hängt der Preis des Finanzprodukts dagegen nicht unmittelbar vom Finanzmarkt ab und ist die Entwicklung des Finanzmarkts allenfalls für die Preiskalkulation von Bedeutung, erleidet die Bank jedenfalls keinen Spekulationsschaden, sondern allenfalls einen Verlust, der darauf zurückzuführen ist, dass sie den fest vereinbarten Preis falsch kalkuliert hat. Eine Fehlkalkulation der Bank kann jedoch einen Ausschluss des Widerrufsrechts des Verbrauchers nicht rechtfertigen (so auch *Winneke*, BKR 2010, 321, 326). 63

Dass § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB mit Blick auf den Sinn und Zweck der Regelung nicht anwendbar ist auf Zertifikate, die zu einem Festpreis verkauft und selbst nicht am Finanzmarkt gehandelt werden, zeigt sich im Übrigen besonders deutlich an dem hier in Rede stehenden Finanzprodukt, bei dem nur dessen Renditechancen von der mittel- bis langfristigen Entwicklung bestimmter Finanzmärkte abhängen. Denn der Verbraucher hat hier nach den Bedingungen des Finanzprodukts von vornherein keine Möglichkeit, innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Widerrufsfristen einen – wegen der bestehenden Widerrufsoption risikolosen – Gewinn einzufahren. Hätte die Beklagte durch die Erfüllung der ihr obliegenden Hinweis- und Informationspflichten eine Widerrufsfrist in Gang gesetzt, hätte der Zedent nicht einmal innerhalb der vom Gesetz in § 355 Abs. 3 Satz 1 BGB in der angesichts des 64

Vertragsschlusses im Jahre 2007 hier anzuwendenden, bis zum 11.06.2010 geltenden Fassung (a.F.; jetzt § 355 Abs. 4 S. 1 BGB) vorgesehenen Höchstwiderrufsfrist von 6 Monaten die Möglichkeit gehabt, mit den erworbenen Zertifikaten einen Gewinn zu erzielen, weil die Renditechancen in diesem Zeitraum allein abhängig waren vom Indexstand des Dow Jones EuroSTOXX zum noch in weiter Ferne liegenden ersten Stichtag 28. April 2008.

(c) 65

Diese Abhängigkeit der Renditechancen der erworbenen Zertifikate von der mittel- bis langfristigen Entwicklung des Dow Jones EuroSTOXX 50 kann die Anwendbarkeit von § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB schon deshalb nicht begründen, weil die Vorschrift nach ihrem eindeutigen Wortlaut ausschließlich auf den Preis der Finanzdienstleistung abstellt und nicht auf deren (Gegen-)Wert. Im Hinblick auf den Wert (= Renditechancen) der zum Festpreis erworbenen Zertifikate ist der Einfluss des Finanzmarkts darüber hinaus erst recht nur ein mittelbarer. Im Übrigen war der "Wert" des hier erworbenen Finanzprodukts gar nicht abhängig von kurzfristigen Schwankungen des Dow Jones EuroSTOXX 50, sondern vom Stand des Index zu einem ersten Stichtag mehr als 14 Monate nach Vertragsschluss.

(3) 67

Nach alledem kommt es nicht mehr darauf an, dass auch die weitere Voraussetzung des § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB, nach der der Unternehmer keinen Einfluss auf die Preisschwankungen haben darf, hier nicht erfüllt ist. Denn eine unmittelbar drittbestimmte, finanzmarktgesteuerte Preisbildung lag nicht vor, weil die Zertifikate selber nicht an der Börse gehandelt wurden. Da die Beklagte die hier streitgegenständlichen Zertifikate vielmehr aus ihrem Eigenbestand verkauft hat, ist davon auszugehen ist, dass sie deren Angebotspreis autonom bestimmen konnte. In jedem Fall aber konnte sie in Abstimmung mit der Emittentin Einfluss auf den (Fest-)Preis der Zertifikate nehmen.

f) 69

Das Widerrufsrecht ist nicht infolge verspäteter Ausübung erloschen. 70

Die Höchstfrist des § 355 Abs. 3 Satz 1 BGB a.F. von 6 Monaten gilt nicht. Denn nach § 355 Abs. 3 Satz 3 BGB a.F. (jetzt § 354 Abs. 4 S. 3 BGB) erlischt das Widerrufsrecht hiervon abweichend nicht, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist, bei einem – hier vorliegenden – Fernabsatzvertrag über Finanzdienstleistungen ferner nicht, wenn der Unternehmer seine Mitteilungspflichten gemäß § 312c Abs. 2 Nr. 1 BGB a.F. (jetzt: Art. 246 § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und S. 2 Nr. 1 bis 3 EGBGB) nicht ordnungsgemäß erfüllt hat. 71

Zu einer (nachträglichen) Belehrung des Zedenten über sein Widerrufsrecht sowie zu einer Erfüllung der Informationspflichten hat die Beklagte nichts vorgetragen. Die Darlegungs- und Beweislast trifft auch insoweit die Beklagte (vgl. Palandt-Grüneberg, § 355 Rz. 23). 72

g) 73

Die Klägerin hat ihr Widerrufsrecht schließlich auch nicht vor dem Hintergrund der Grundsätze von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verwirkt. 74

Der vergleichsweise lange Zeitablauf zwischen Vertragsschluss und Widerrufserklärung reicht hierfür nicht aus. Da die Beklagte auf der Grundlage von § 355 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 229 § 9 EGBGB die Möglichkeit hatte, die Belehrung nachzuholen und damit eine 75

Widerrufsfrist in Gang zu setzen, ist sie nicht schutzwürdig. Die Beklagte konnte auch kein Vertrauen darin bilden, die Klägerin oder der Zedent werde den Vertrag nicht widerrufen, da sie davon ausgehen musste, dass diese von ihrem Widerrufsrecht nichts wussten (vgl. dazu Palandt-Grüneberg, § 242 Rz. 109 m.w.N.).

3. 76

Nach ihrem somit wirksam erklärten Widerruf kann die Klägerin gemäß §§ 357 Abs. 1 Satz 1, 346 Abs. 1 BGB die Rückgewähr des an die Beklagte gezahlten Anlagebetrags verlangen, und zwar Zug um Zug gegen Rückgewähr der erhaltenen Zertifikate (§§ 357 Abs. 1 Satz 1, 348 BGB). Zur Leistung von Wertersatz für die während der Besitzzeit der Klägerin infolge der Insolvenz wertlos gewordenen Zertifikate ist die Klägerin nach § 312d Abs. 6 BGB von vornherein nicht verpflichtet, weil der Zedent vor Abgabe seiner Vertragserklärung nicht auf eine mögliche Wertersatzpflicht hingewiesen worden ist. 77

4. 78

Ob eine Pflichtverletzung der Beklagten aus dem mit Aufnahme des telefonischen Verkaufsgesprächs stillschweigend zustande gekommenen Beratungsvertrag vorliegt, die adäquat-kausal zum Eintritt eines Schadens beim Zedenten bzw. der Klägerin geführt hat, und sich die Klageforderung demzufolge auch auf § 280 Abs. 1 BGB stützen lässt, kann dahin stehen. Dementsprechend kann hier auch eine Auseinandersetzung mit dem Ergebnis der Beweisaufnahme, die sich infolge der erst danach abgegebenen Widerrufserklärung nunmehr als überflüssig darstellt, unterbleiben. 79

5. 80

Die Zinsforderung ist aus §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB begründet. Der Klageantrag war mit Blick auf die in § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB gesetzlich geregelte Höhe der Rechtshängigkeitszinsen insoweit dahin auszulegen, dass Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz begehrt werden (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 05.04.2005, 21 U 149/04, NJW 2005, 2238). Die Zinsen waren analog § 187 Abs. 1 BGB ab dem Tag nach Klagezustellung zuzusprechen. 81

II. 82

Der Klageantrag zu 2) ist ebenfalls zulässig und begründet. Das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO für den Feststellungsantrag erforderliche rechtliche Interesse liegt in der Erleichterung der Zwangsvollstreckung im Falle der begehrten Feststellung des Annahmeverzugs im Rahmen dieses Urteils (§§ 756 Abs. 1, 765 Nr. 1 ZPO). Die Beklagte befindet sich hinsichtlich der Rücknahme der Zertifikate im Annahmeverzug (§§ 293, 294 BGB). Spätestens durch das ausdrückliche Angebot im Rahmen der Klageschrift hat die Klägerin die von ihr geschuldete Rückabtretung der in den X-Zertifikaten liegenden Inhaberschuldverschreibungen in der von ihr zu bewirkenden Weise – nämlich Zug um Zug gegen Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises – angeboten. 83

III. 84

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 709 Sätze 1 und 2 ZPO. 85

Streitwert: 16.306,40 € (16.106,40 € + 200,00 €). 86

