

---

**Datum:** 28.02.2008  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 28. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 28 U 138/07  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2008:0228.28U138.07.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Dortmund, 12 O 467/06

---

**Tenor:**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 09. August 2007 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe 120 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

---

**Gründe**

1

**A.**

2

Wegen der Anträge der Parteien und der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen, die nachfolgend mit den notwendigen Änderungen und Ergänzungen dargestellt sind (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

3

Die Klägerin nimmt die Beklagte mit dem Vorwurf auf Schadensersatz in Anspruch, diese habe den Verlust von Schadensersatzansprüchen gegen die D wegen pflichtwidriger

4

Vermögensanlagen zu verantworten, weil sie nicht fristgerecht Widerspruch gegen übersandte Depotauszüge erhoben, bzw. dazu geraten habe.

Die Klägerin hat behauptet, sie und ihr Ehemann hätten im Jahre 1994 bei der D in C ein Wertpapierdepot-Oderkonto eröffnet und mit dem Bankangestellten vereinbart, dass eingezahltes Geld ausschließlich für konservative/sichere Anlagen zu verwenden sei und unsichere/riskante Spekulationsgeschäfte zu unterbleiben hätten. Auf dieses Konto seien aus ihrem Verdienst als Küchenhilfe und dem Verdienst ihres Mannes als Schlosser ersparte Gelder und zwar am 08. Juli 1994 der Betrag von 110.000,00 DM und am 26. Juli 1995 ein weiterer Betrag von 356.000,00 DM – eingezahlt und dann von der D entsprechend den erteilten Weisungen zunächst in festverzinslichen Wertpapieren angelegt worden. Dadurch habe das Depotkonto gemäß dem Jahresabschluss 1998 (Bl. 11 ff.) einen Wert von 404.267,00 CHF (Schweizer Franken) erreicht. Ab dem 01. Januar 2000 habe die D die Anlagestrategie weisungswidrig und eigenmächtig geändert und Spekulationsgeschäfte getätigt. Dies sei ihr, der Klägerin, verborgen geblieben, da die D ab diesem Zeitpunkt keine Depotauszüge mehr übersandt habe. Darum habe sie sich zunächst nicht gekümmert, weil sie schwer erkrankt gewesen sei. Nachdem sie im Jahre 2004 wieder genesen sei, habe sie bei der Bank angerufen, sich erkundigt und verlangt, dass ihr die Unterlagen zugeschickt würden. Darauf hin seien ihr am 08. November 2004 in zwei insgesamt rd. 1,1 kg wiegenden Paketen sämtliche bis dahin zurückgehaltene Benachrichtigungen der Bank zugestellt worden. Nach dem letzten zum 20. Oktober 2004 erstellten Auszug habe der Depotwert nur noch 139.871,00 CHF betragen.

5

Mit den gesamten Unterlagen sei sie mit ihrer Tochter W am 15. November 2004 zu der Beklagten gegangen und habe diese mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt. Diese habe flüchtig die ausgehändigten Unterlagen durchblättert und erklärt, sie benötige Zeit, sich in die schwierige Materie einzuarbeiten. Sie würde sich wieder melden. Dies sei nicht geschehen. Die Beklagte habe sich vielmehr erstmals am 15. Dezember 2004 an die bestehende Rechtsschutzversicherung gewandt und dann kommentarlos deren Schreiben vom 23. Dezember 2004 übersandt. Als dann wiederum nichts von der Beklagten veranlasst worden sei, sei dieser das Mandat im Januar 2005 gekündigt worden. Sie habe dann Anfang des Jahres 2006 Schweizer Anwälte mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt, die sich mit Schreiben vom 06. April 2006 (Anl. K22) an die D gewandt hätten. Es habe dann auch eine Besprechung in den Räumen der Bank stattgefunden. Die Bank habe zwar die weisungswidrige und eigenmächtige Änderung der Anlagestrategie nicht ausräumen können, sich aber erfolgreich auf den Ablauf der Widerspruchsfrist berufen.

6

Wenn die Beklagte daher fristgerecht und substantiiert Einwände gegen die weisungswidrige und (über Jahre verschwiegene) Geldanlage erhoben hätte, dann wäre die Bank verpflichtet gewesen, die zwischen dem 31. Dezember 1999 und 21. Oktober 2004 erlittenen Anlageverluste von 176.264,00 € zu ersetzen. Eine entsprechende Verpflichtung treffe nunmehr die Beklagte.

7

Die Beklagte hat bestritten, von der Klägerin mit der Wahrnehmung von Ansprüchen gegen die D beauftragt worden zu sein. Am 04. November 2004 sei laut ihrer Telefonliste für den 15. November 2004 ein Besprechungstermin in einer neuen Angelegenheit "N" vereinbart worden. Die Klägerin sei zu diesem Termin allein und ohne jegliche Unterlagen in ihrem Büro erschienen, habe einen recht ungeordneten Sachverhalt bezüglich einer Geldanlage in der Schweiz und umfangreicher Veruntreuungen durch einen Bankangestellten geschildert und vordringlich wissen wollen, ob sie mit einem Steuerstrafverfahren zu rechnen habe, wenn sie die Bank in Anspruch nehme und durch Indiskretionen Dritter die Steuerbehörde von der

8

Geldanlage erfahre. Nach Hinweis, dass ohne entsprechende Unterlagen zu diesen Fragen nichts gesagt werden könne und auch beträchtliche Kosten zu erwarten seien, habe die Klägerin zwar erklärt, dass eine Rechtsschutzversicherung bestehe, sie sich aber die Sache noch einmal überlegen wolle. Dementsprechend sei auf dem Mandantenbogen zwar die Nummer der Rechtsschutzversicherung notiert, gleichzeitig aber auch vermerkt worden "zunächst nicht in Anspruch nehmen". Erst am 09. Dezember 2004 sei dann laut einem Vermerk der Kanzleikraft telefonisch das Mandat erteilt worden, doch eine Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung einzuholen, und auch erst dann seien Unterlagen eingereicht worden. Als die Rechtsschutzversicherung mit Schreiben vom 23. Dezember 2004 zur Prüfung der Deckungszusage insbesondere auch die Vorlage des Anlagevertrages angefordert habe und dies der Klägerin mitgeteilt worden sei, habe diese nicht etwa die angeforderten Unterlagen eingereicht, sondern das Mandat gekündigt und die eingereichten Unterlagen am 11. Januar 2005 abgeholt.

Hinsichtlich sämtlicher Vereinbarungen und Vorgänge in Zusammenhang mit der Geldanlage in der Schweiz hat sich die Beklagte mit Nichtwissen erklärt und insbesondere bestritten, dass die Bank zum einen weisungswidrig die Anlagestrategie geändert und dies der Klägerin erst im November 2004 mitgeteilt habe. Ferner hat die Beklagte auf die Steuerpflichtigkeit der Anlagen in der Schweiz verwiesen und insgesamt die Höhe des Schadens bestritten. Der Vermögensverlust könne nicht einfach durch den Vergleich zweier Kontenabschlüsse ermittelt werden. Zum einen seien zwischenzeitliche Abhebungen nicht auszuschließen. Zum anderen hätten sich die Kurse inzwischen auch erholt. 9

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es könne dahin stehen, ob die Beklagte von der Klägerin mit der Wahrnehmung ihrer Interessen gegenüber der D beauftragt worden sei und daraus folgende Mandatspflichten verletzt habe. Die Kläger habe einen durch etwaige Pflichtverletzungen bewirkten Schaden weder ausreichend dargelegt, noch unter Beweis gestellt. Es fehle schon an der Vorlage des mit "haarsträubenden Gründen verweigerten" Anlagevertrages. Darüber hinaus habe die Klägerin nicht konkret vorgetragen und unter Beweis gestellt, welche einzelnen Transaktionen nicht der getroffenen Risikovereinbarung entsprochen hätten und welcher konkrete Schaden dadurch bewirkt worden sei. Der Schaden könne nicht allein durch den Vergleich zweier Depotkontenstände belegt werden, da allein daraus nicht zu erkennen sei, ob die Unterschiede allein auf Kursverlusten beruhen würden. Darauf sei die Klägerin schon durch die Klageerwiderung hingewiesen worden. Dennoch habe sie ihren Klagevortrag nicht nachgebessert. 10

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihr ursprüngliches Klagebegehren weiter verfolgt und hilfsweise die Aufhebung des Urteils wegen wesentlicher Verfahrensfehler und Zurückverweisung des Verfahrens an das Landgericht begehrt. Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und rügt, dass das Landgericht unter Verstoß gegen seine Aufklärungs- und Hinweispflichten aus § 139 ZPO und unter Verkennung entscheidungserheblichen Vorbringens die Anforderungen an die Substanziierungspflichten überspannt habe. Sie meint im Übrigen, entsprechend ihren Möglichkeiten ausreichend zu dem durch die Pflichtverletzungen eingetretenen Kursverlusten vorgetragen und Beweis angetreten zu haben. Da das Landgericht nicht auf die vermeintlichen Defizite hingewiesen habe, sei es ihr nicht verwehrt, dazu – wie geschehen – im Berufungsverfahren ergänzend vorzutragen und Beweis anzubieten. 11

Die Beklagte hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Sie rügt verspäteten Vortrag durch die Replik auf ihre Klageerwiderung und meint, dass der diese Replik vertiefende Vortrag in der Berufungsbegründung neu und nicht zuzulassen sei, weil die Voraussetzungen des § 531 12

Abs. 2 ZPO nicht vorlägen. Im Übrigen wiederholt und vertieft sie ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie meint, der Ablauf der Widerrufsfrist sei unerheblich. Bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Verstoß gegen Vertragspflichten sei eine im Voraus getroffene Haftungsbeschränkung gemäß Art. 100 OR (Schweizer Obligationenrecht) nichtig. Ferner ist sie der Ansicht, dass etwaige Ansprüche auf Ersatz der Anlageverluste unabhängig von der Widerrufsfrist – teilweise verjährt gewesen seien, bevor sie von der Klägerin mandatiert worden sei.

Der Senat hat zu dem Inhalt des am 15. November 2004 erfolgten Gesprächs die Parteien gemäß § 141 ZPO angehört und die Zeugin N vernommen. Wegen des Ergebnisses der Anhörung der Parteien und der Vernehmung der Zeugin wird auf den Berichterstattevermerk zum Senatstermin vom 28. Februar 2008 verwiesen. 13

**B.** 14

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet. Zwar hat das Landgericht, das sowohl den zwischen den Parteien streitigen Inhalt und Umfang des Mandates, als auch etwaige Pflichtverletzungen der Beklagten offengelassen hat, verfahrensfehlerhaft hinreichenden Vortrag und Beweisantritt der Klägerin zur – gegebenenfalls nur durch eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme zu klärenden haftungsausfüllenden Kausalität vermisst (I.). Dennoch sieht der Senat davon ab, entsprechend dem Antrag der Klägerin das Urteil gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO aufzuheben. Das Urteil beruht nicht auf diesem Verfahrensmangel. Das Landgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen, weil der Klägerin gegen die Beklagte kein Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB auf Zahlung von 176.264,00 € zusteht (II.). 15

I. Das Landgericht hat in mehrfacher Hinsicht gegen die ihm gemäß § 139 ZPO obliegenden Aufklärungs und Hinweispflichten zu den zwischen den Parteien streitigen Fragen verstoßen, ob der Klägerin durch den verspäteten Widerspruch gegen die von der D übersandten Jahresabschlüsse ein Vermögensnachteil erwachsen ist. 16

1. Soweit das Landgericht ausgeführt hat, es fehle zum einen trotz ausdrücklicher Rüge der Beklagten – nicht nur an jedem substantiierten Sachvortrag zu einer schadenskausalen Pflichtverletzung der Angestellten der D, sondern zum anderen auch an einem Beweisangebot für die behauptete Weisung zur sicheren/konservativen Geldanlage, zu der die Klägerin zudem die Vorlage der "sicher vorhandenen" schriftlichen Unterlagen verweigert habe, rügt hier die Klägerin zu Recht, dass das Landgericht unter Verstoß gegen § 139 ZPO die Anforderungen an die Darlegungs und Konkretisierungslast der Klägerin überspannt, entscheidungserhebliches Vorbringen nicht zur Kenntnis genommen und deshalb angebotenen und erforderlichen Beweis nicht erhoben hat. 17

a. Es trifft zwar zu, dass der Prozessbevollmächtigte der Klägerin in seiner Replik auf die noch persönlich durch die Beklagte formulierte Klageerwiderung zunächst mit dem Argument des Rechtsmissbrauchs die Vorlage "des" Anlagevertrages als zur Darlegung der Schlüssigkeit entbehrlich bezeichnet und grundsätzlich verweigert hat. Dennoch hat er aber am Schlusse ausdrücklich um einen richterlichen Hinweis gebeten, falls die Kammer anderer Auffassung sein sollte. Ein solcher Hinweis ist aber entgegen der Anordnung des § 139 Abs. 4 ZPO nicht und insbesondere nicht so frühzeitig erfolgt, dass die Klägerin die Gelegenheit hatte, ihre Prozessführung auf diese Auffassung des Landgerichts einzurichten und rechtzeitig – auch für eine Stellungnahme der Beklagten für die anstehende mündliche Verhandlung ihren Vortrag – etwa entsprechend ihrem Vortrag im Berufungsverfahren (Bl. 259) zu ergänzen und die danach erforderlichen Beweise anzutreten (vgl. dazu BGH in 18

NJW-RR 2007, 412 [Rdn. 4] = MDR 2007, 353). Zumindest ist ein solcher Hinweis nicht – mit der Beweisregel des § 139 Abs. 4 S. 2 ZPO in den Akten dokumentiert. Ob er während der mündlichen Verhandlung erfolgt ist, ergibt sich ebenfalls nicht aus dem Protokoll, das nur pauschal auf eine Erörterung der Sach und Rechtslage verweist. Dies reicht zur Erfüllung der Anforderungen des § 139 Abs. 4 S. 1 ZPO nicht aus. Erforderlich ist vielmehr eine zwar nicht wörtliche, aber doch den Inhalt des Hinweises konkretisierende Dokumentation (vgl. Zöller-Greger, 26. Aufl., ZPO § 139 Rdn. 13; sieh auch BGH in NJW 2006, 60 [62 zu bb.]; NJW-RR 2005, 1518 [zu II.1.]).

Ein solcher richterlicher Hinweis war auch nicht etwa deshalb entbehrlich, weil schon sowohl die Beklagte persönlich als auch ihre Prozessbevollmächtigten eine unterlassene Vorlage des Anlagevertrages gerügt und insoweit die "Unschlüssigkeit" der Behauptung einer Pflichtverletzung des Mitarbeiters der Bank geltend gemacht haben. Nach § 139 Abs. 2 ZPO darf ein Gericht seine Entscheidung auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat oder den das Gericht anders beurteilt als eine Partei, nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Die Hinweispflicht dient vor allem der Vermeidung von Überraschungsentscheidungen und besteht auch gegenüber der anwaltlich vertretenen Partei, wenn der Prozessbevollmächtigte der substantiierungspflichtigen Partei ersichtlich darauf vertraut, dass sein schriftlicher Vortrag ausreicht (BGH in NJW-RR 2006, 524 [525 sub Rdn. 10,11]; NJW 2006, 60 [62 sub b.cc.]; NJW 2002, 3317 [unter II 2a]; NJW 1995, 399; NJW-RR 1994, 1085 [unter 3b]; BGHR ZPO § 139 Abs. 1 Anwaltsprozess 3 m.w. Nachw.). Gerade wenn es die Argumentation des Prozessbevollmächtigten als "haarsträubend" ansah, hatte das Landgericht ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass es – wie die Beklagte – eine Pflichtverletzung des Bankangestellten als nicht ausreichend schlüssig vorgetragen erachtete, wenn der Anlagevertrag nicht vorgelegt wurde, um den "ersichtlichen" Irrtum des Prozessbevollmächtigten der Klägerin auszuräumen. 19

Die Parteien sind kein bloßes Objekt des Verfahrens, sondern sie sollen vor einer Entscheidung, die ihre Rechte betreffen, zu Wort kommen, um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können (vgl. BVerfG in NJW 2007, 204 [205 sub IV.1.a. zum Strafverfahren]; BVerfG in NJW 2002, 1334 f.). Insoweit gewährleistet der sich aus Art. 103 Abs. 1 GG ergebende Anspruch auf rechtliches Gehör den Verfahrensbeteiligten das Recht, sich zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt und auch zur Rechtslage zu äußern (vgl. BVerfG in NJW 2002, 1334 f.; NJW-RR 2002, 69 f.; VIZ 1992, 401 [402]; NJW 1989, 3007 [3008]; NJW 1983, 2762 [2763]). Dies setzt aber voraus, dass der Betroffene von dem Sachverhalt, der verwertet werden soll, und den vom Gericht auf dieser Grundlage beabsichtigten rechtlichen Schlussfolgerungen Kenntnis erhält (BVerfGE 101, 397 [405] = NJW 2000, 1709). Insoweit ist es im Rahmen des § 139 ZPO geboten, den Verfahrensbeteiligten auf eine Rechtsauffassung hinzuweisen, die das Gericht der Entscheidung zu Grunde legen will, damit sie bei Anwendung der von ihnen zu verlangenden Sorgfalt zu erkennen vermögen, auf welche Gesichtspunkte es für die Entscheidung ankommen kann. Ein solcher Hinweis ist nicht erfolgt. 20

b. Die Auffassung des Landgerichts, dass der Inhalt der "Anlageanweisung" nicht allein durch die von der Klägerin behaupteten und unter Beweis gestellten mündlichen Anweisungen bei Abschluss des Vertrages schlüssig dargelegt werden konnte, sondern auch die Vorlage schriftlicher Unterlagen, "die es sicher geben muss", erforderte, besitzt weder eine zutreffende Rechts noch eine ausreichende Tatsachengrundlage. Ob mit den von der Klägerin benannten Zeugen der Beweis gelingen konnte, ist eine Frage der Beweiswürdigung und nicht der Schlüssigkeit des Vortrages, dessen Wahrscheinlichkeit für die Frage seiner 21

Schlüssigkeit keine Bedeutung hat (vgl. BVerfG in NJW 2003, 2976 [2977 zu 2.c.]; BGH in BeckRS 2007 01084 [Rdn. 9]; NJW-RR 2006, 993 [994 Rdn. 20]; NJW-RR 2003, 491; NJW-RR 1991, 888 [890 zu 2.b.]; NJW 1972, 249 [250 zu bb.]; NJW 1960, 1950 [1951 zu 2]).

Außerdem hat das Landgericht nicht zur Kenntnis genommen, dass dem mit Schriftsatz vom 31. Juli 2007, der am 01. August 2007 beim Gericht eingegangenen war und im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vom 09. August 2007 bereits seit rd. einer Woche vorlag, als Anlage K 21 (Bl. 148) vorgelegten Vertrag über die Errichtung eines Kontos und Depots auch eine – wohl eher nur eine Vollmacht als einen Geschäftsbesorgungsvertrag darstellende – Erklärung der Klägerin und ihres Ehemannes vom 08. Juli 1994 (Bl. 150) beigelegt war, die die Bank zur Verfügung über das Depot berechnigte. Dass und mit welchem Inhalt darüber hinaus noch ein gesonderter Anlagevertrag mit einer ausdrücklich vereinbarten Anlagestrategie abgeschlossen worden ist, ist so nicht behauptet worden. Zumindest wäre daher eine Nachfrage geboten gewesen, ob und gegebenenfalls welche weiteren schriftlichen Vereinbarungen über die Anlageart getroffen worden sind. Dann wäre aber die nunmehr im Berufungsverfahren erfolgte Klarstellung, dass die Klägerin diese Unterlage als "den" Anlagevertrag angesehen hat, schon in erster Instanz vorgenommen worden

Wenn auch die Urkunde, die die D zur Verfügung über das Depot berechnigte, als solche keine konkreten Einschränkungen der Anlagestrategie enthielt, sondern im Gegenteil der Bank erlaubte, nach eigenem Gutdünken in ihrem Verständnis der bestmöglichen Vertretung der Interessen der Klägerin und ihres Ehemannes zu handeln, so enthielt sie doch die Möglichkeit des Widerrufs und damit auch die Möglichkeit einer von vornherein anders lautenden mündlichen Weisung, die die Klägerin schlüssig behauptet und nach ihrem Inhalt unter Beweis gestellt hat. Insoweit hat das Landgericht erheblichen Vortrag, schlicht nicht zur Kenntnis genommen und den ausdrücklich für die mündlichen Absprachen angebotenen Beweis übergegangen. Dies stellt aber einen wesentlichen Verfahrensfehler dar (vgl. BGH in BeckRS 2007 01776 [Rdn. 7]; NJW 2001, 1500 [1501 zu II.1.]; NJW 93, 538 ff; NJW 1990, 1500; NJW 1986, 2436; NJW 1984, 306 [307]).

2. Soweit das Landgericht schließlich eine ausreichende Substanziierung der Schadensentwicklung vermisst hat; hat es auch diesbezüglich die Anforderungen an die konkrete Darlegung der Schadensentwicklung durch die Klägerin völlig überspannt und auch wesentlichen Vortrag übergegangen. Die Klägerin besitzt keinerlei Börsenkenntnisse und hatte keinen eigenen Einblick in den tatsächlichen Ablauf der Anlagegeschäfte. Mangels eigener tatsächlicher und fachlicher Kenntnisse durfte sie ihre – angesichts der außerordentlich hohen Wertdifferenzen zwischen den Depotauszügen zum 31. Dezember 1998 und zum 24. Oktober 2004 – auf einer gewissen tatsächlichen Wahrscheinlichkeit beruhende und nicht ersichtlich ins Blaue hinein geäußerte Vermutung in die Form einer bestimmten Behauptung – zum Verlust führende Spekulationsgeschäfte – kleiden und unter Beweis stellen (vgl. zur entsprechenden ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung: BGH in NJW 2007, 2043 [2044 Rdn. 15]; NJW-RR 2004, 337 [338 zu II.1.]; NJW 2000, 2812 [2813]; NJW-RR 1999, 361; NJW-RR 1997, 116). Von der Klägerin zu verlangen, jede einzelne Transaktion konkret als ein zu einem bestimmten Verlust führendes, weisungswidriges Spekulationsgeschäft darzulegen, überspannt die Anforderungen an die Darlegungslast einer Partei bei weitem. Dazu wäre die Klägerin allenfalls dann in der Lage gewesen, wenn sie zuvor ein entsprechendes fachkundiges Privatgutachten eingeholt hätte, wozu sie nicht verpflichtet war (vgl. BGH in NJW-RR 2003, 69 [71], FamRZ 1993, 950 [951]). Dabei hat das Landgericht zudem völlig außer Acht gelassen, dass sich die Klägerin nicht nur auf den bloßen Vergleich zweier Abschlussalden beschränkt, sondern schon mit Schriftsatz vom 23. Februar 2007 (Bl. 76) auch eine konkrete "Transaktionsaufstellung" der Sparkasse E (Bl. 109) vorgelegt

hat, die Rückschlüsse über die spekulativen Kontenbewegungen erlaubte. Da das Landgericht unter Verstoß gegen § 139 ZPO die Klägerin weder nach Eingang der Klage, noch nach deren Ergänzung durch den Schriftsatz vom 23. Februar 2007 auf eine von ihm (im Urteil) angenommene Unschlüssigkeit der Klage in Bezug auf die Schadenshöhe hingewiesen hat, liegt nicht nur ein Fehler der materiellen Rechtsanwendung bei der Prüfung der Schlüssigkeit vor, sondern das Landgericht hat durch den unterlassenen Hinweis nach § 139 ZPO und die unterlassene Beachtung entscheidungserheblichen Vortrages wiederum verfahrensfehlerhaft den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt.

3. Zur Klärung der streitigen Fragen der haftungsausfüllenden Kausalität wäre eine aufwändige Beweisaufnahme zu erwarten. Es steht nicht nur die Vernehmung der von der Klägerin zur Frage der erteilten Anlageweisungen benannten Zeugen im Raume, sondern auch die Vernehmung des von der Beklagten gegenbeweislich benannten Mitarbeiters der D. Wenn sich dieser nicht mit einer Vernehmung in Deutschland einverstanden erklärt, steht eine komplizierte Vernehmung im Rechtshilfeverfahren an. Außerdem hängt die Beurteilung, wie ein gegen die D in der Schweiz geführter Rechtsstreit "richtiger Weise" zu entscheiden gewesen wäre, davon ab, wie sich zum einen die materielle Rechtslage nach dem schweizerischen Obligationenrecht (etwa auch wegen der von der Beklagten erhobenen Verjährungseinrede und der Unwirksamkeit der "Haftungsbeschränkung" bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigen Pflichtenverstoß) im allgemeinen und nach dem schweizerischen Bankenrecht unter Berücksichtigung der Wirksamkeit und Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im besonderen beurteilt, und wie sich das dazu erforderliche Erkenntnisverfahren nach dem schweizerischen Prozessrecht gestaltet (Beweisführung, Beweislastregeln). Da insoweit im vorliegenden Regressverfahren nicht etwa der Beibringungsgrundsatz gilt, sondern sich das Regressgericht die entsprechenden Rechtskenntnisse selbst beschaffen muss (vgl. Zöller-Geimer, ZPO, 26. Aufl., § 293 Rdn. 14, 15; BGH in NJW-RR 2007, 574 [575 Rdn. 18]) steht deshalb auch noch die Einholung von Rechtsgutachten in Frage. Schließlich kann sich auch noch die Notwendigkeit zur Einholung eines Gutachtens über die Schadenshöhe ergeben.

25

II. All diesen aufklärungsbedürftigen Fragen zur haftungsausfüllenden Kausalität muss jedoch nicht nachgegangen werden. Der Klägerin steht der geltend gemachte Schadensersatzanspruch schon dem Grunde nach nicht zu. Nach dem Ergebnis der Anhörung der Parteien und der Vernehmung der Zeugin N vermag der Senat weder festzustellen, dass die Beklagte umfassend beauftragt war (1.), etwaige Schadensersatzansprüche der Klägerin gegen die D geltend zu machen, noch dass sie im Rahmen des übernommenen Auftrages pflichtwidrig gehandelt hätte (2.).

26

1. Der Anwalt ist grundsätzlich nur innerhalb der Grenzen des erteilten Mandats, welches das zu erreichende Ziel und somit die Maßnahmen bestimmt, die zur Erreichung desselben zu treffen oder anzuraten sind (BGH NJW 1988, 1079; NJW 1993, 2045; NJW 1996, 2648), zu einer insoweit umfassenden Beratung und Betreuung des Mandanten verpflichtet (vgl. BGH in NJW 2007, 2485 [2486 Rdn. 9, 10]; NJW-RR 2007, 569 [570 Rdn. 10]; NJW 2002, 1413 ff.; VIZ 1998, 571 [572]; NJW 1997, 2168 [2169]; Zugehör in "Handbuch der Anwaltshaftung", 2. Aufl., Rdn. 494; Fahrendorf in Rinsche/Fahrendorf/Terbille, "Die Haftung des Rechtsanwalts", 7. Aufl. 2005, Rdn. 377). Ob die Beklagte unbedingt und umfassend beauftragt war, Schadensersatzansprüche, deren sich die Klägerin gegenüber der D berühmt, geltend zu machen ist zwischen den Parteien streitig. Den ihr insoweit obliegenden Beweis hat die Klägerin nicht erbracht.

27

28

a. Ob einem Anwalt ein unbeschränktes Mandat zur umfassenden Wahrnehmung der Interessen seines Mandanten erteilt worden ist, hat grundsätzlich der Mandant darzulegen und zu beweisen. Es gibt keinen Erfahrungssatz, dass ein Auftraggeber einem Anwalt in der Regel ein unbeschränktes Mandat erteilt (Zugehör, a.a.O., Rdn. 505; BGH in NJW 2006, 3496 [sub Rdn. 7]; NJW 1997, 2168 [2169]; NJW 1996, 2929 [2931]; siehe auch Fahrendorf, a.a.O., Rdn. 395 ff.). Zwar weiß der nicht fachkundige Mandant in der Regel nicht, wie eine Angelegenheit umfassend in seinem Interesse geregelt werden kann, und begibt sich gerade deswegen in die Beratung eines Fachmannes. Deshalb trifft den Anwalt auch zunächst einmal die grundlegende Pflicht, das Rechtsschutzziel des Auftraggebers sorgfältig abzuklären (vgl. Zugehör, a.a.O., Rdn. 507 ff.; Fahrendorf, a.a.O., Rdn. 433, 434; BGH in NJW 2002, 1413) und ihn aufgrund des geschilderten Sachverhaltes und vorliegender sonstiger Erkenntnisquellen so umfassend zu belehren, dass dieser eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen vermag (vgl. BGH NJW 2002, 292; BGH NJW – RR 2000, 791; BGH NJW – RR 1999, 641 [642]; NJW 1996, 2648 [2649]; NJW 1995, 449 [450]; NJW 1992, 1159 [1160]; Zugehör, a.a.O.; Rdn. 558; Fahrendorf, a.a.O., Rdn. 509). Nur wenn dann der Mandant nicht ausdrücklich erklärt, dass er der fachlichen Hilfe des Anwaltes nur in einer bestimmten Art, Richtung und Reichweite bedarf, kann grundsätzlich von einem umfassenden und unbeschränkten Mandat ausgegangen werden (vgl. Sieg in "Zugehör, Handbuch der Anwaltshaftung", 2. Aufl.; Rdn. 43 ff.).

Insoweit hat die Beklagte aber zunächst einmal in sich stimmig und nachvollziehbar behauptet, dass die Klägerin am 15. November 2004 ohne jegliche Unterlagen in ihrer Kanzlei erschienen sei, lediglich ungeordnet und pauschal von einer Geldanlage in der Schweiz und deren Veruntreuung durch einen Bankangestellten gesprochen habe und nur allgemein über die Möglichkeiten einer Inanspruchnahme der Bank, vordringlich aber über die Gefahr eines Steuerstrafverfahrens bei der Verfolgung solcher Ansprüche aufgeklärt werden wollte. Nach Hinweis auf die mangels prüfbarer Urkunden (noch) nicht mögliche rechtliche Prüfung und die durch eine solche voraussichtlich anfallenden hohen Gebühren habe die Klägerin sich die Sache noch einmal überlegen und dann melden wollen. Dies sei gemäß einem von einer Mitarbeiterin gefertigten Vermerk dann erst auf die Einholung der Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung beschränkt telefonisch am 09. Dezember 2004 erfolgt. Dann seien auch erst die Unterlagen eingereicht worden. Dies stellt eine ausreichende Darlegung eines überschlägigen Erstberatungsmandates auf – hingewiesener – unzureichender Sachverhaltsgrundlage dar, die der Klägerin den vollen Beweis für das von ihr – allerdings ebenso in sich stimmig – behauptete umfassende und unbeschränkte Mandat zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen die D auferlegt.

29

b. Dieser Beweis ist der Klägerin nicht gelungen. Zwar hat die Zeugin N in vollem Umfang die Angaben ihrer Mutter bestätigt, dass der Beklagten schon am 15. November 2004 sämtliche von der D am 08. November 2004 übersandten Unterlagen ausgehändigt worden sind und diese etwas unternehmen sollte und wollte, weil die Klägerin nicht verstand, dass nach den Kontenauszügen zum Schluss weniger Geld vorhanden war, als es angelegt worden war. Sie hat ferner bekundet, dass der Beklagten die bestehende Rechtsschutzversicherung mitgeteilt worden sei, an die sich die Beklagte wegen ihrer Bezahlung wenden sollte. Dass dies zunächst nicht geschehen solle, davon sei keine Rede gewesen. Sie habe auch später nicht bei der Beklagten angerufen und nachträglich für ihre Mutter die Weisung erteilt, nunmehr doch die Deckungsschutzzusage der Rechtsschutzversicherung einzuholen. Dem stehen aber die abweichenden und bei ihrer Anhörung durch den Senat ergänzten Angaben der Beklagten zum Inhalt und Ablauf des Vier-Augen-Gesprächs vom 15. November 2004 entgegen, denen im Rahmen der gemäß § 286 ZPO erforderlichen Berücksichtigung des gesamten Inhaltes der Verhandlung und der Beweisaufnahme grundsätzlich der gleiche

30

Beweiswert wie der Aussage der Zeugin beizumessen ist (vgl. Zöller-Greger, 26. Aufl., ZPO § 448 Rdn. 2a; Lange, Parteianhörung und Parteivernehmung, NJW 2002, 476 ff.; Noethen in NJW 2008, 334; BGH in NJW-RR 2006, 61 [63 sub b.]; NJW-RR 2003, 1212 [1213 sub 3.a.]; NJW 1999, 363 [364], NJW 1998, 306 ff.; NJW-RR 1990, 1061 ff.; BVerfG in NJW 2001, 2531 f.).

Hinsichtlich der persönlichen Glaubwürdigkeit der Zeugin N ist zu berücksichtigen, dass sie als Tochter der Klägerin keine unbeteiligte Dritte ist, sondern als so nahe Familienangehörige nicht nur wegen der engen persönlichen Bindung, sondern auch wegen der wirtschaftlichen Bedeutung der Angelegenheit für die Familie ein eigenes Interesse am Ausgang des Rechtsstreites besitzt, das den Inhalt ihrer Aussage beeinflussen könnte. Die Zeugin zeigte sich denn auch auf die Frage des Senates, ob die Rechtsschutzversicherung zunächst nicht in Anspruch genommen werden sollte, bei dem lauten Zuruf ihrer Mutter ("Nein") deutlich verunsichert.

31

Zu dem entscheidungserheblichen Kern des vorliegenden Rechtsstreites, ob die Beklagte schon ein unbedingtes und umfassendes Mandat zur Wahrnehmung der Interessen der Mutter der Zeugin übernommen hat, kann ihre Aussage keine größere sachliche Glaubhaftigkeit beanspruchen als die Darstellung der Beklagten zum streitigen Inhalt und Ablauf des Gesprächs. Es ist zwar nachvollziehbar und grundsätzlich lebensnah, wenn sich die Mutter der Klägerin wegen der ihr aus den von der D übersandten Unterlagen unverständlichen großen Diskrepanz zwischen dem eingezahlten Geld und dem Wert des Depots zum 24. Oktober 2004 an die Beklagte wandte und angesichts des durch eine Rechtsschutzversicherung grundsätzlich abgedeckten Kostenrisikos diese mit einer umfassenden Wahrung ihrer Rechte beauftragen wollte und sie nach der Aussage der Zeugin auch beauftragt hat. Ebenso nachvollziehbar und lebensnah wäre es dann aber auch gewesen, wenn sich die Beklagte sofort an die Ausführung eines für sie lukrativen Mandates begeben hätte. Warum dies nicht geschehen ist, hat die Beklagte aber ebenso nachvollziehbar und grundsätzlich lebensnah, sowie durch den damals auf den Mandantenbogen wegen der Rechtsschutzversicherung gesetzten Vermerk "zunächst nicht in Anspruch nehmen" belegt geschildert: Die Klägerin habe einerseits das kostenträchtige Verfahren nur nach einer Deckungszusage ihrer Rechtsschutzversicherung betreiben wollen, andererseits aber befürchtet, dass von dort Meldungen an die Steuerbehörden erfolgen und diese ein Verfahren wegen Steuerhinterziehungen einleiten könnten. Aus diesem Grunde habe sich die Klägerin die Angelegenheit noch einmal überlegen und sich später wieder melden wollen. Ob und inwieweit diese Befürchtungen berechtigt waren, mag dahin stehen. Sie hatten aber einen realen Hintergrund: Wie dem Senat aus anderen Berufungsverfahren bekannt ist, befassten sich gerade in der hier fraglichen Zeit Presseberichte mit der Bochumer Schwerpunktstaatsanwaltschaft, die aufgrund der ihr zugespielten "Batliner-CD" umfangreiche Ermittlungsverfahren wegen Steuerhinterziehungen durch Geldanlagen im Ausland betrieb.

32

Die von der Beklagten im Rahmen ihrer Anhörung durch den Senat wiederholte und vertiefte schriftsätzliche Darstellung des Inhaltes des Gesprächs wird nicht dadurch entkräftet, dass sich in anderen Punkten Zweifel an der Richtigkeit ihrer Darstellung ergeben. Soweit sie bestritten hat, dass die Zeugin N ihre Mutter am 15. November 2004 begleitet und an dem Gespräch teilgenommen hat, hat sie selbst im Berufungsverfahren einen möglichen Irrtum eingeräumt. Auch ihre Behauptung, die Klägerin habe bei dem Gespräch noch keine Unterlagen der D vorgelegt und übergeben, steht in Widerspruch zu ihrem Eingangsstempel vom 15. November 2004 auf einem von der Klägerin vorgelegten Informationsschreiben der D. Ihr Erklärungsversuch, das Schreiben könnte ihr von anderer Seite zugesandt und dann

33

versehentlich zu den später eingereichten Unterlagen der Klägerin hinzugelegt worden sein, überzeugt nicht sonderlich. Beide Punkte berühren aber zum einen nicht die entscheidungserhebliche Frage, ob die Klägerin einen unbedingten und umfassenden Auftrag schon erteilt hat oder sich die Angelegenheit noch einmal überlegen wollte. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte erst etwa zwei Jahre nach dem einzigen in dieser Angelegenheit geführten Gespräch vom 15. November 2004 erstmals wieder aufgrund der Regressanmeldung der Prozessbevollmächtigten der Klägerin mit Schreiben vom 26. September 2006 mit den damaligen Vorgängen befasst war, an die sie aufgrund der Überlagerung durch zwischenzeitliche andere Mandate verständlicherweise keine jede Einzelheit betreffende Erinnerungen mehr besaß und diese anhand nur spärlich vorhandener Unterlagen rekonstruieren musste. Insoweit entspricht es aber richterlicher Erfahrung, dass Parteien ebenso wie auch Zeugen dazu neigen, etwas nicht Erinnertes als tatsächlich nicht geschehen darzustellen, insbesondere wenn es wenig einprägsame Randerscheinungen betrifft. Dass sich die Beklagte nicht mehr an die Zeugin und eine am 15. November 2004 erfolgte Übergabe der Unterlagen, die sie nach Darstellung der Klägerin und Aussage der Zeugin nur flüchtig durchgeblättert hat, erinnern konnte und die Übergabe der Unterlagen mit ihrer Auswertung für das Mitte Dezember 2004 verfasste Anschreiben an die Rechtsschutzversicherung verband, verwundert nicht sonderlich. Diese Nachlässigkeit im Erinnerungsvermögen und Aussageverhalten lässt aber keinen Rückschluss darauf zu, dass die Beklagte etwa den Vermerk auf den Mandantenbogen erst nach der Regressanmeldung verfasst hat, sich bewusst wahrheitswidrig die Befürchtungen der Klägerin ausgedacht hat, möglicherweise wegen einer Steuerhinterziehung strafrechtlich verfolgt zu werden, um ein Motiv für eine von der Klägerin gewählte Bedenkzeit zu erfinden, sowie schließlich noch ihre Mitarbeiterin zur Fertigung eines falschen Telefonvermerkes bewogen hat. Ein solches auf einen vorsätzlichen Prozessbetrug hinauslaufendes Verhalten mag zwar generell auch bei einem Anwalt nicht auszuschließen sein. Der Senat hat aber keinen Anlass, der Beklagten eine solche kriminelle Energie zur Abwehr eines Schadensersatzanspruches zu unterstellen, der einerseits auch im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität für die Klägerin hohe Hürden aufwarf und andererseits für die Beklagte wegen ihrer Berufshaftpflichtversicherung in den wirtschaftlichen Folgen tragbar war. Insoweit ist im Gegenzug auch zu bedenken, dass einerseits das vorliegend berührte wirtschaftliche Interesse für die Klägerin und ihre Familie unweit höher war und dies andererseits die Neigung fördern konnte, bei der Klägerin und der Zeugin wegen des Zeitablaufs vorhandene Erinnerungslücken mit der unbewussten Vorstellung, dass nicht sein kann, was nicht sein darf, zu schließen.

Insgesamt vermag der Senat aufgrund der Aussage der Zeugin N keine vernünftigen Zweifeln 34  
Schweigen gebietende Überzeugung (siehe zu diesem Beweismaß BGH in NJW-RR 2008, 119 [Rdn. 13]; NJW 2004, 777 [778 sub II.1.c.]; NJW 2003, 1116 [1117]; NJW 1998, 2969 [2971 sub II.2.a.]) davon zu gewinnen, dass die Darstellung der Beklagten in ihrem entscheidungserheblichen Kern falsch und durch das Ergebnis der Beweisaufnahme widerlegt ist.

2. Im Rahmen der von ihr eingeräumten Erstberatung und der erst auf spätere Weisung der 35  
Klägerin einzuholenden Deckungsschutzzusage der Rechtsschutzversicherung sind der Beklagten keine Pflichtverletzungen anzulasten. Mit der nach den Depotbedingungen einzuhaltenden kurzen Widerspruchsfrist musste sich die Beklagte bei der Erstberatung der Klägerin am 15. November 2004 nur befassen, wenn sich für sie aus den erteilten Informationen entsprechende Anhaltspunkte für solche Einwände ergaben (vgl. BGH in NJW 2006, 501 [503 zu bb.(2)]). Dass sich schon aus der Sachverhaltsschilderung der Klägerin Hinweise auf die Widerspruchsfrist ergaben, hat diese weder behauptet, noch ist dies sonst ersichtlich. Diese Hinweise fanden sich erst in den überreichten Unterlagen. Da deren

eingehendes Studium bereits in vollem Umfang mindestens eine 1,3 Geschäftsgebühr nach VV 2300 RVG ausgelöst hätte, die Klägerin sich aber Bedenkzeit für eine noch zu erteilende Weisung erbeten hatte, die Angelegenheit nach Einholung der Deckungsschutzzusage zu betreiben, war die Beklagte nicht einmal zu dem von der Klägerin und ihrer Tochter geschilderten flüchtigen Durchblättern verpflichtet. Dass schon bei einem solchen flüchtigen Blättern die Depotbedingungen ins Auge sprangen und von der Beklagten nicht übersehen werden konnten, ist weder vorgetragen, noch ersichtlich. Nur in einem solchen Fall einer für die Beklagte ohne jegliche weitere Sachverhaltsaufklärung und Rechtsprüfung offenkundigen Gefahr, die die Klägerin erkennbar nicht bedachte, wäre die Beklagte aber auch außerhalb des ihr übertragenen Mandates verpflichtet gewesen, die Klägerin zu warnen und auf die Notwendigkeit sofortigen Handelns hinzuweisen (vgl. insoweit Fahrendorf, a.a.O., Rdn. 600 m.w.N.).

Nachdem die Beklagte aber nach ihrer unwiderlegten Darstellung erst am 09. Dezember 2004 die Weisung erhalten hatte, die Deckungsschutzzusage der Rechtsschutzversicherung einzuholen, und nach Abschluss der ihr zuzubilligenden Einarbeitungszeit in die überreichten Unterlagen hätte erkennen können, dass es zumindest zur Wahrung des Gebotes des sichersten Weges erforderlich gewesen war, den der Klägerin am 08. November 2004 zugestellten Depotauszügen innerhalb der in den Depotbedingungen enthaltenen Frist von 1 Monat zu widersprechen, war diese Frist bereits abgelaufen und konnte von der Beklagten nicht mehr gewahrt werden. Soweit sie dennoch von der Rechtsschutzversicherung eine Deckungszusage gefordert und die Klägerin nicht auf die längst abgelaufene Frist hingewiesen hat, hat dies nicht den von der Klägerin geltend gemachten Verlust des Anspruchs auf Schadensersatz wegen einer weisungswidrigen, eigenmächtigen Änderung der Anlagestrategie bewirkt. 36

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. 37

IV. Die Entscheidungen über die vorläufige Vollstreckbarkeit und die Abwendungsbefugnis ergeben sich aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 38

V. Die Voraussetzungen der Zulassung einer Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Das Urteil stellt eine Einzelfallentscheidung dar, die der Senat auf der Grundlage weitgehend vertretener und anerkannter Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur getroffen hat. Die Rechtssache besitzt so weder grundsätzliche Bedeutung, noch ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. 39