
Datum: 11.07.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 13. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 137/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0711.13U137.11.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 15 O 54/10

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 9. Juni 2011 - 15 O 54/10 - abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen werden den Klägern auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Kläger können die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Kläger nehmen die Beklagte auf Schadensersatz wegen angeblicher Fehlberatung im Zusammenhang mit dem Erwerb von verschiedenen Zertifikaten der Emittentin M. im Jahr 2007 in Anspruch, und zwar von

1

2

3

4

- 23 Stück Dow Jones EURO STOXX 50 Outperformance-Zertifikate Ende Januar 2007 durch die Klägerin zu 1),	
- 29 (Klägerin zu 1) bzw. 14 (Kläger zu 2) Stück Alpha Express II Zertifikate im Juni 2007 und	5
- 10 Stück Step Up-Zertifikate durch die Klägerin zu 1) Ende Oktober 2007.	6
Sie erheben den Vorwurf der nicht anleger- und nicht anlagegerechten Beratung sowie des Verschweigens von Provisionen.	7
Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 9. September 2011 (GA 170 ff.) hinsichtlich der im Januar und im Juni 2007 erworbenen Zertifikate stattgegeben und sie hinsichtlich der im Oktober 2007 erworbenen Zertifikate abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, den Klägern stehe Schadensersatz für den Erwerb der Zertifikate im Januar und im Juni 2007 zu, weil die Beklagte sie in diesem Zusammenhang nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme jedenfalls nicht über ihre Provisionen aufgeklärt habe. Ein entsprechender Hinweis sei auch dann geboten gewesen, wenn die Vermittlung der Zertifikate - wie von der Beklagten behauptet - im Rahmen eines sog. Festpreisgeschäfts zustande gekommen sei und das beratende Kreditinstitut eine Marge erzielt habe. Ein ausdrücklicher Hinweis auf ihre Rolle als Verkäuferin sei von der Beklagten selbst nicht behauptet worden. Die für die Kläger sprechende Vermutung der Kausalität für ihre Anlageentscheidung sei – auch bei Berücksichtigung des späteren Anlageverhaltens der Klägerin zu 1) - nicht widerlegt. Hinsichtlich des Erwerbs der Zertifikate im Oktober 2007 stehe dagegen eine unterlassene Aufklärung der Klägerin zu 1) über die Provisionen der Beklagten nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht fest. Das gelte auch für den Vorwurf einer nicht anleger-/anlagegerechten Beratung, zumal schon ein Aufklärungsbedürfnis der Klägerin zu 1) angesichts ihrer Ausbildung als Diplom-Kauffrau, der von ihr unterzeichneten Risikoprofile und ihrer zahlreichen anderen risikohaften Anlagen - insbesondere in Zertifikaten - zu verneinen sei.	8
Wegen der Einzelheiten des zugrunde liegenden Sachverhalts, der erstinstanzlichen Klageanträge und der genaueren Begründung wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).	9
Mit der Berufung verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der gesamten Klage weiter. Sie wendet sich insbesondere gegen die Annahme einer Verpflichtung zur Aufklärung über ihre Vertriebsvergütungen, die sie als Rabatt auf den Ausgabepreis im Wege eines Festpreis-Eigengeschäfts erzielt habe, sowie dagegen, dass das Landgericht eine unzureichende Aufklärung der Kläger über diese Vergütung in den Beratungen im Januar und Juni 2007 als erwiesen angesehen hat. Außerdem sei die grundsätzlich für den Anleger sprechende Kausalitätsvermutung hier widerlegt, weil die Klägerin zu 1) andere Zertifikate trotz Aufklärung über ihre - der Beklagten - dabei verdiente Vergütung erworben habe.	10
Die Beklagte beantragt,	11
unter Abänderung des am 9. Juni 2011 verkündeten Urteils des Landgerichts Köln - 15 O 54/10 - die Klage abzuweisen.	12
Die Kläger beantragen unter Verteidigung des angefochtenen Urteils,	13
die Berufung zurückzuweisen.	14
	15

Wegen der Einzelheiten des zweitinstanzlichen Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze und die zu den Akten gereichten Unterlagen Bezug genommen.

II.

Die statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist auch in der Sache begründet. Den Klägern steht gegen die Beklagte auch hinsichtlich der im Januar und im Juni 2007 erworbenen Zertifikate kein Ersatzanspruch wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit dem Erwerb dieser Papiere zu. Nach dem zugrunde zu legenden Sachverhalt ist nicht festzustellen, dass die Beklagte die ihr aufgrund des - unzweifelhaft zumindest konkludent geschlossenen - Beratungsvertrages der Parteien bezüglich der streitgegenständlichen Anlagen obliegenden Aufklärungs- und Beratungspflichten verletzt hat. 16

1. 17

Anders als vom Landgericht angenommen, kommt eine Haftung der Beklagten wegen unterlassener Aufklärung über ihre Vergütung im Zusammenhang mit den Anlagegeschäften Ende Januar 2007 und Juni 2007 bereits mangels diesbezüglicher Aufklärungspflicht nach dem zugrunde zu legenden Sachverhalt und der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht in Betracht. 18

a) 19

Nach den Vorgaben des Bundesgerichtshofs (insbesondere den Entscheidungen vom 27. September 2011 - XI ZR 178/10 und XI ZR 182/10) war die Beklagte auch im Rahmen eines Beratungsvertrages nicht zur Aufklärung über ihren Ertrag verpflichtet, wenn sie die Zertifikate im (Festpreis-)Eigengeschäft an die Kläger veräußert hat und nicht (nur) als Kommissionärin tätig geworden ist: 20

Eine Bank, die Zertifikate im Eigengeschäft veräußert, ist wegen ihres dann auf der Hand liegenden Gewinnerzielungsinteresses grundsätzlich nicht zur Aufklärung über ihre Gewinnmarge verpflichtet. Davon ist der erkennende Senat schon bisher ausgegangen; der Bundesgerichtshof hat dies in den oben genannten Entscheidungen bestätigt. Danach ist eine Bank, die eigene Anlageprodukte empfiehlt, grundsätzlich nicht verpflichtet, darüber aufzuklären, dass sie mit diesen Produkten Gewinne erzielt, denn in einem solchen Fall ist es für den Kunden offensichtlich, dass die Bank eigene (Gewinn-)Interessen verfolgt. Das gilt – nach den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs – auch dann, wenn – wie hier – fremde Anlageprodukte im Wege des Eigengeschäfts (Festpreisgeschäft) zu einem über dem Einkaufspreis der Bank liegenden Preis veräußert werden. In diesem Fall kommt auch eine Anwendung der sogenannten „kick-back“-Rechtsprechung zu Rückvergütungen nicht in Betracht, weil die Gewinnmarge beim Eigengeschäft keiner dieser beiden Fallgruppen zugeordnet werden kann. 21

Aus den weiteren Ausführungen in den beiden Urteilen des Bundesgerichtshofs vom 27. September 2011 (dort Tz. 51 ff. bzw. 48 ff.) ergibt sich im Übrigen aber auch, dass – abweichend von der vom Senat noch in seiner Entscheidung vom 4. Mai 2011 (13 U 165/10) vertretenen Auffassung – im Falle eines solchen Eigengeschäfts auch eine Haftung der Beklagten wegen unterlassener/unzureichender Aufklärung über ihre Verkäufer Eigenschaft und den daraus folgenden Interessenkonflikt ausscheidet. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs ist der Offenlegung des Eigengeschäfts keinerlei Gewicht beizumessen, 22

weil ein solcher Hinweis – so der Bundesgerichtshof - auf die für den Anleger bedeutungslose Information hinauslaufe, dass die Bank ihn nicht über Existenz und Höhe der Gewinnspanne aufzuklären habe und ihm eine Abschätzung des Gewinninteresses der Bank daher auch bei einem Hinweis auf ihre Verkäuferrolle nicht möglich sei. Diese Auffassung hat der Bundesgerichtshof in weiteren Entscheidungen vom 26.06.2012 nochmals bestätigt (siehe Pressemeldung des Bundesgerichtshofs vom 26. Juni 2012 zu XI ZR 259/11, XI ZR 316/11, XI ZR 355/10 und XI ZR 356/10).

b)

23

Danach käme hier eine Verpflichtung der Beklagten zur Aufklärung über ihren Ertrag – der in diesem Fall als „Provision“ zu qualifizieren wäre – von vorneherein nur in Betracht, wenn sie bei den streitgegenständlichen Anlagegeschäften als Kommissionärin der Kläger tätig geworden ist und die Zertifikate nicht - wie von ihr behauptet - im Wege des Eigengeschäfts ihrerseits von der Emittentin (mit Rabatt) erworben und dann - als Verkäuferin - an die Kläger weiterverkauft hat. Davon kann hier aber noch dem zugrunde zu legenden Sachverhalt nicht ausgegangen werden.

24

Da das Vorliegen eines Kommissionsgeschäfts - wie oben ausgeführt - Voraussetzung für eine anspruchsbegründende Aufklärungspflicht(verletzung) der Beklagten ist, obliegt den Klägern hierfür nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast. Die Beklagte trägt zwar insoweit eine sekundäre Darlegungslast, weil die Kläger als Kunden außerhalb des fraglichen Geschehensablaufs (der Abwicklung des Zertifikaterwerbs im Verhältnis zwischen der Beklagten und der Emittentin) stehen, während die Beklagte über die erforderlichen Informationen verfügt. Dieser sekundären Darlegungslast hat die Beklagte hier aber genügt, indem sie die Abwicklung der Anlagegeschäfte sowohl erst- (GA 63 f.) als auch zweitinstanzlich (GA 201 ff.) ausführlich dargetan hat. Damit oblag es nunmehr den Klägern, das von ihnen behauptete Kommissionsgeschäft substantiiert darzulegen und ggfls. zu beweisen bzw. das Vorbringen der Beklagten zu widerlegen. Die von ihnen für ein Kommissionsgeschäft angeführten Indizien reichen aber nach Auffassung des Senats - auch nach nochmaliger Beratung – hierfür nicht aus: Indizien für ein Kommissionsgeschäft sind zwar zum einen der Vermerk „Kommissionsgeschäft“, der jeweils in den Abrechnungen der streitgegenständlichen Anlagegeschäften enthalten war (Anl. K 8, K 12 und K 14) sowie verschiedene Angaben/Darstellungen in den Flyern (wie etwa die Darstellung eines Kaufs aus einer Neuemission unmittelbar im Zeitpunkt der Emission). Diesen Indizien entgegen steht aber der deutlich gegen ein Kommissionsgeschäft sprechende Hinweis in den Produktflyern beider noch streitgegenständlicher Zertifikate, dass Käufer das Zertifikat von der Vertriebsgesellschaft erwerben, mit der sie in unmittelbarer Geschäftsbeziehung stehen (Anl. K 6 letzte Seite, Anl. K 10 Seite 14). Damit wird ausdrücklich klargestellt, dass die Anleger die Zertifikate nicht von der Emittentin - unter bloßer Vermittlung durch eine Kommissionärin - erwerben, sondern dass der Erwerb sich für den Anleger allein in einem Zweipersonen-Vertragsverhältnis mit seiner Vertriebsgesellschaft vollzieht. Angesichts dieser ausdrücklichen Erklärung kann nicht allein aufgrund der oben genannten Angaben der Beklagten gegenüber ihren Kunden davon ausgegangen bzw. festgestellt werden, dass die Bank – in Abweichung von bzw. Widerspruch zu diesen deutlichen Flyerhinweisen – in den konkreten Fällen dennoch (nur) als Kommissionärin tätig geworden ist. Diese Unklarheit geht zu Lasten der – für ein Kommissionsgeschäft darlegungs- und beweispflichtigen – Kläger.

25

2.

26

Auch eine nicht anleger- oder nicht anlagegerechte Beratung durch die Beklagte, d.h. durch deren Mitarbeiter H., vor dem Erwerb der Zertifikate im Januar und Juni 2007 vermochten die

27

Kläger nicht nachzuweisen.

Insoweit nimmt der Senat Bezug auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts zu dem Erwerb der Zertifikate im Oktober 2007, die für die Beratungen im Januar und im Juni 2007 entsprechend gelten: 28

a) 29

Dass die Beratung und die Empfehlung der Zertifikate nicht anlegergerecht war, ist nicht festzustellen. 30

Ausweislich des von der Klägerin zu 1) unterzeichneten Risikoprofils vom 6. Februar 2006 (Anl. B 3) war sie äußerst risikobereit, renditeorientiert und einer Anlageform mit einer Rendite von – 20 bis + 30% sowie einer „ertragsorientierten“ Anlagestrategie mit einem Risikoanteil von 70% zuzuordnen. Soweit sie in ihrer mündlichen Anhörung in erster Instanz erklärt hat, diese besonders risikobereite Zuordnung sei nur erfolgt, damit sie weiterhin telefonische Aufträge erteilen konnte (GA 148), hat der Zeuge H. das in seiner Vernehmung nicht bestätigt (GA 150); zudem müsste sich die Klägerin zu 1) aber selbst dann anlasten lassen, dass sie dem Zeugen bewusst einen entsprechenden Freiraum zugestanden hat. 31

Unabhängig davon sprechen aber auch die zahlreichen risikohafteren Anlagen der Klägerin zu 1) (u.a. in etliche Zertifikate) schon seit dem Jahr 2002 (Auflistung GA 41 f., 124) für eine entsprechend renditeorientierte Ausrichtung mit Risikobereitschaft - jedenfalls lässt sich dem in keiner Weise eine besondere Sicherheitsorientierung entnehmen. Soweit die Klägerin zu 1) dazu vorgetragen hat, auch zu diesen Anlagen sei sie durch den Zeugen H. gebracht worden, ohne dass ihr deren besonderes Risiko bewusst oder erläutert worden sei (GA 110, 111), erscheint das angesichts der Vielzahl von Anlagen über einen Zeitraum von mehreren Jahren und der beruflichen Qualifikation der Klägerin zu 1) wenig überzeugend. 32

Auch ihre Behauptung, sie habe bereits im Jahr 2007 besonderen Wert auf mehr Liquidität gelegt, weil sie einen – letztlich nicht realisierten - Immobilienerwerb beabsichtigt habe, hat die Beweisaufnahme nicht hinreichend bestätigt. Nach der Aussage des Zeugen H. (GA 150) war der Erwerb von Wohnungseigentum zwar ab und zu Gesprächsthema, aber nie richtig konkret; soweit er außerdem angegeben hat, „erstmal 2007 habe es insoweit ein konkreteres Vorhaben gegeben“, lässt sich das zum Einen zeitlich nicht einordnen, zum Anderen ist darauf hinzuweisen, hatte die Klägerin zu 1) selbst schriftsätzlich eine konkrete Erörterung eines Wohnungskaufs erst für April 2008 behauptet (GA 5). Soweit sie in der Berufungsverhandlung ergänzend dazu erklärt hat, der Kauf einer Wohnung sei ein massiver, stets präsenter Wunsch gewesen, den sie als solchen auch immer wieder mit dem Zeugen H. erörtert habe, wurde dies - wie ausgeführt - durch die Vernehmung des Zeugen H. gerade nicht ausreichend bestätigt. 33

Dass mit dem Erwerb der streitgegenständlichen Papiere ausweislich der jeweiligen Wertpapiersammelorder jeweils auch der – nach der Risikoeinstufung der Klägerin zu 1) maßgebliche – maximale Risikoanteil von 70% überschritten wurde, rechtfertigt schließlich ebenfalls nicht die Annahme einer nicht anlegergerechten Beratung, weil diese Überschreitung für die Klägerin zu 1) gerade aufgrund dieses Hinweises vor der Unterzeichnung der Order klar ersichtlich war. Dass sie die Order möglicherweise – wie von ihr geschildert - nicht genau genug gelesen hat, ist nicht der Beklagten anzulasten. 34

b) 35

36

Auch der Vorwurf der nicht anlagegerechten Beratung ist durch die Beweisaufnahme nicht bestätigt worden. Das gilt auch unter Berücksichtigung des Einwands des Klägersvertreters in der Berufungsverhandlung, dass es sich bei den streitgegenständlichen Zertifikaten um höchst komplexe Produkte handele, bei denen bereits grundsätzlich fraglich sei, ob deren Funktionsweise und Risiken überhaupt in einer - hier wohl anzunehmenden - telefonischen Beratung in gebotener Weise erklärt werden könnten. Dies lässt sich nicht generell beantworten, sondern ist je nach den Umständen des Einzelfalls - der Person des Anlegers, seiner bisherigen Kenntnisse und Anlageerfahrungen und seines Wunsches nach Aufklärung - zu beurteilen. Insoweit hat das Landgericht bereits zutreffend darauf hingewiesen, dass die Beklagte bzw. der Zeuge H. angesichts der beruflichen Qualifikation der Klägerin zu 1) und ihrer bisherigen Anlageerfahrungen keine besondere, eingehende Belehrung mehr für erforderlich halten musste, zumal die Klägerin zu 1) – wie von ihr selbst angegeben – ausdrücklich auch keine längeren Erläuterungen wünschte. Dann kann sie der Beklagten nunmehr aber nicht vorwerfen, nicht im Detail über die Risiken der - von ihr bereits seit mehreren Jahren praktizierten - Anlageform nochmals aufgeklärt worden zu sein.

3.	37
Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.	38
Die Revision wird nicht zugelassen, weil es sich um eine von den Umständen des konkreten Falles abhängige Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung handelt.	39
Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung oder – wie von den Klägern mit Schriftsatz vom 28.06.2012 unter Hinweis auf die Presserklärung des BGH zu seinen Entscheidungen vom 26.06.2012 betreffend den Umfang der Aufklärungspflichten bei Kommissionsgeschäften (XI ZR 355/11 und XI ZR 356/11) beantragt – eine Verlegung des Verkündungstermins war nicht veranlasst, weil es sich nach den vom erkennenden Senat oben unter II. 1 getroffenen Feststellungen im Streitfall um ein Eigengeschäft der Beklagten handelte und die vorgenannten Entscheidungen des BGH daher nicht einschlägig sind.	40
<u>Streitwert:</u>	41
Verfahren in erster Instanz:	42
- Klägerin zu 1) 68.161,00 €	43
- Kläger zu 2) 15.279,00 €	44
Gesamt: 83.440,00 €	45
Berufungsverfahren:	46
- Klägerin zu 1) 53.270,00 €	47
- Kläger zu 2) 14.280,00 €	48
Gesamt: 67.550,00 €	49
