



OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Ausfertigung

Aktenzeichen: 19 U 2510/09

50 3005/08 LG Traunstein

Verkündet am 05.10.2009

Der Urkundsbeamte:

Justizsekretäranwärter

I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX	X	XI
RECHTSANWÄLTE										
CM									E	
C									ZA	
R										A
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11

TBB, ... 27.10.09
NED : 13.11.09 } wst. S1
NBBer.: 16.11.09 }

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]
- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte R

gegen

[REDACTED]
- Beklagte und Berufungsbeklagte -
Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte H

wegen Forderung

erlässt der 19. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch die Richter am Oberlandesgericht xxx auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 05.10.2009 folgendes

ENDURTEIL

Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Landgerichts Traunstein
5. Zivilkammer vom 20.03.2009 wird zurückgewiesen

II. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahren

II.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung 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.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen

Der zum Anlagezeitpunkt 72 Jahre alte Kläger verlangt von der beklagten Bank Schadensersatz wegen angeblicher Fehlberatung im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Unternehmensanleihe.

Auf die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts in dem angefochtenen Urteil wird Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers.

Der Kläger behauptet weiterhin, er habe sein Geld als Festgeld anlegen wollen. Ihm sei außerdem erst nach der Beweisaufnahme erster Instanz klar geworden, dass es sich um eine unbefristete Anleihe mit Eigenkapitalcharakter handele, die nur von Emittentenseite erstmalig im Jahr 2013 gekündigt werden könne und die nur im Freiverkehr handelbar sei. Dem Kläger sei niemals die Produktinformation auch nur gezeigt worden: Den Antrag auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung habe das Landgericht rechtsfehlerhaft abgelehnt. Die neuen Beweismittel seien gem. § 531 ZPO zuzulassen, weil die entsprechenden Tatsachen vom Erstgericht übersehen worden seien und diese auch keinen entsprechenden Hinweis gegeben habe. Mit Schriftsatz vom 23.07.2009 hat der Kläger seinem ersten Prozessbevollmächtigten den Streit verkündet, weil dieser es versäumt habe, sich frühzeitig über den wahren Charakter der streit-gegenständlichen Anleihe zu informieren (BI. 107 d.A.). Ein Beitritt ist nicht erfolgt.

Der Kläger beantragt zuletzt, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, an ihn nebst Zinsen hieraus von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Der neue Sachvortrag des Klägers, bei dem es sich ausweislich des WpHG-Bogens Anlage B 1 um einen erfahrenen und risikobereiten Anleger handele, sei verspätet. Im übrigen habe der Kläger eine kurzfristige, relativ sichere Anlage mit gewissem Kursrisiko, dafür aber mit höheren Zinsen, gewollt und erhalten. Wenn der Kläger das Wertpapier entsprechend seiner

Ergänzend wird auf die Schriftsätze der Parteien im Berufungsverfahren Bezug genommen. Der Senat hat ohne eigene Beweisaufnahme entschieden.

Begründung:

Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet.

I.

Der Senat hält die Auffassung des Landgerichts für zutreffend und nimmt auf das angefochtene Urteil Bezug. In der für ein Berufungsurteil gesetzlich vorgeschriebenen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO) Kürze wird ergänzend folgendes ausgeführt:

Inhalt und Umfang der Beratungspflichten einer Bank hängen von den Umständen des Einzelfalls ab. Die Beratung muss anleger- und objektgerecht sein. Maßgeblich sind einerseits der Wissensstand, die Risikobereitschaft und das Anlageziel des Kunden und andererseits die allgemeinen Risiken, wie etwa die Konjunkturlage und die Entwicklung des Kapitalmarkts, sowie die speziellen Risiken, die sich aus den besonderen Umständen des Anlageobjekts ergeben. Während die Aufklärung des Kunden über diese Umstände richtig und vollständig zu sein hat, muss die Bewertung und Empfehlung eines Anlageobjektes unter Berücksichtigung der genannten Gegebenheiten *ex ante* betrachtet lediglich vertretbar sein. Das Risiko, dass sich eine Anlageentscheidung im Nachhinein als falsch erweist, trägt der Kunde (BGH NJW 2006, 2041). Gemessen hieran hat die Beklagte ihre Beratungspflichten nicht verletzt:

- Soweit der Kläger weiterhin wie in erster Instanz behauptet, er habe als Festgeld anlegen wollen, wurde dies bereits durch die Beweisaufnahme erster Instanz widerlegt, wie das Landgericht überzeugend ausgeführt hat, ohne dass die Berufung hiergegen konkrete Einwände gern. §§ 529 Abs. 1 Nr. 1, 520 Abs. 3 Nr. 3 ZPO erheben würde. Danach waren dem Kläger die ihm seinerzeit von der Beklagten für eine kurzfristige Zwischenanlage primär angebotene Festgeldverzinsung zu

halb hat er sich für die kurzfristig veräußerliche streitgegenständliche Anleihe mit geringem Kursrisiko entschieden. Das Risiko eines ex ante nicht vorhersehbaren Kursverfalls im Zuge der Bankenkrise trägt dabei der Kläger selbst (BGH NJW 2006, 2041).

2. Hinsichtlich seines neuen Vortrags im Berufungsverfahren ist dem Kläger zwar zugeben, dass die Begründung des Landgerichts, dies sei nicht zu berücksichtigen, weil das Urteil bereits fertig sei, völlig verfehlt ist. Im Ergebnis hat das Landgericht aber zu Recht gem. §§ 296a, 156 ZPO von einem Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung abgesehen, weil der Kläger nicht ohne eigenes Verschulden bzw. ihm gem. § 85 II ZPO zuzurechnendes Verschulden seines früheren Prozessbevollmächtigten an entsprechendem rechtzeitigen Vortrag gehindert war, wie nicht zuletzt die Streitverkündung an seinen früheren Prozessbevollmächtigten belegt.

Damit liegen auch die Voraussetzungen für eine Zulassung dieses neuen Vorbringens im Berufungsverfahren gem. § 531 Abs. 2 ZPO grundsätzlich nicht vor. Denn unter diese Vorschrift fällt auch gemäß § 296a ZPO unberücksichtigt gebliebenes Vorbringen nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz (Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 30. Aufl. 2009, § 531 Rn. 11). Soweit der Kläger meint, die entsprechenden Tatsachen seien vom Erstgericht übersehen worden und dieses habe auch keinen entsprechenden Hinweis gegeben, verkennt er den den Zivilprozess beherrschenden Beibringungsgrundsatz. Danach ist es allein Sache des Klägers, den nach seiner Meinung klagebegründenden Sachverhalt zu ermitteln und vorzutragen.

Unabhängig von den Zulassungsvoraussetzungen des § 531 ZPO im Berufungsverfahren berücksichtigungsfähig sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aber unstreitige Tatsachen, die erstmals in der Berufungsinstanz vorgetragen werden (Großer Senat für Zivilsachen, Beschluss vom 23.06.2008 Gz. GSZ 1/08, NJW 2008, 3434).

Daraus ergibt sich hier im Einzelnen folgendes:

- a) Als solches unstreitig ist hier der Umstand, dass die streitgegenständliche Anleihe unbefristet ist und vom Kläger auch im Jahr 2013 nicht zum Nennwert zurückgegeben werden kann. Nachdem der Kläger hier aber unstreitig nur eine kurzfristige Zwischenanlage wollte, kann der Senat nach wie vor nicht erkennen, inwiefern die Laufzeit im Rahmen der Anlageberatung maßgeblich gewesen sein sollte — denn bis zum Laufzeitende wollte der Kläger die Anleihe nicht halten. Bei dieser Sachlage erscheint es mindestens zweitrangig, ob die Restlaufzeit 7, 70 oder 700 Jahre betragen hat; darauf musste die Beklagte bei einem kurzfristigen Anlagehorizont nicht hinweisen.

Von der Unbefristetheit als solcher zu unterscheiden ist dann aber die Frage, ob die Laufzeit Gegenstand des Beratungsgesprächs war; insoweit hatte der Zeuge ██████████ keine konkrete Erinnerung mehr (BI. 41 d.A.), wäre der Kläger also auch beweisfällig und eine Wiederholung der Beweisaufnahme durch § 531 II ZPO ausgeschlossen.

Ebenfalls zumindest nicht nachgewiesen wäre auch die Kausalität einer - unterstellten — Nichtaufklärung über die Laufzeitproblematik für die Anlageentscheidung des Klägers. Auf eine Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens könnte er sich dabei nicht berufen. Dies ist z.B. anzunehmen, wenn nach der Lebenserfahrung bei vertragsgemäßer Leistung des Beraters lediglich ein bestimmtes Verhalten nahe gelegen hätte (BGH NJW 2005, 3275 [3276] für Anwaltshaftung), aber z.B. nicht, wenn höheren Risiken auch entsprechend höhere Chancen gegenüberstanden oder sonst unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten verschiedene Verhaltensweisen ernsthaft in Betracht gekommen wären (BGH NJW 2004, 2817 [2818]). Dann muss der Kunde den vollen Beweis dafür erbringen, dass er die risikanteren Wertpapiere nicht erworben hätte, wenn die Bank ihre Aufklärungspflicht ordnungsgemäß erfüllt hätte (BGH NJW 2004, 2967). Dafür spricht hier schon angesichts des kurzfristigen Anlagehorizonts des Klägers nichts.

- b) Ähnliches gilt für den als solches ebenfalls unstreitigen Umstand, dass die streitgegenständliche Anleihe Eigenkapitalcharakter hatte („tier 1“). Das ist isoliert betrachtet für die Anlageentscheidung des Klägers völlig unerheblich. Erheblich und damit aufklärungsbedürftig wäre allenfalls gewesen ob das Wertpapier aufgrund

des Eigenkapitalcharakters für die vom Kläger gewollte relativ sichere, kurzfristige Zwischenanlage zu riskant war und deshalb hierfür nicht hätte empfohlen werden dürfen. Soweit der Kläger diesbezüglich selbst im Berufungsverfahren noch verspätet unter Beweisantritt durch Sachverständigengutachten behauptet hat, das streitgegenständliche Wertpapier sei eine „stark risikobehaftete Anleihe“ und damit in die „höchste Risikoklasse“ einzuordnen (BI. 114 d.A.), ist dies im Berufungsverfahren gem. §§ 531 II, 530, 296 I ZPO nicht mehr zuzulassen. Der Senat hält dies angesichts des weitgehend unstreitigen Kursverlaufes mit zunächst relativ geringen Kursschwankungen (vgl. Chart Anlage BK 10 und Kurs-tabelle Anlage BK 14) auch für äußerst fernliegend.

- c) Dass das streitgegenständliche Wertpapier nur im „Freiverkehr“ und nicht im "ge-regelten Markt" gehandelt wird, steht der vom Kläger gewollten kurzfristigen Ver-fügbarkeit offensichtlich nicht entgegen. Ob die ebenfalls bereits verspätet erst in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erhobene Behauptung zutrifft, dass in den letzten Monaten ein Verkauf des streitgegenständlichen Wertpapiers im Freiverkehr nicht möglich gewesen wäre, bezweifelt der Senat. Das kann aber auf sich beruhen, weil weder vorgetragen noch sonst ersichtlich ist, dass dies zum Beratungszeitpunkt ex ante für die Beklagte erkennbar gewesen wäre.
 - d) Soweit der Kläger nunmehr behauptet, ihm sei niemals die Produktinformation auch nur gezeigt worden (BI. 84 d.A.), ist dieses bestrittene neue Vorbringen gem. § 531 Abs. 2 ZPO in Berufungsverfahren nicht mehr zuzulassen; denn die Beklagte hat behauptet, dem Kläger die Produktinformation ausgehändigt zu ha-ben. Auch insoweit hatte der Zeuge M aber keine konkrete Erinnerung mehr (BI. 41 d.A.), wäre der Kläger also auch beweisfällig und eine Wiederho-lung der Beweisaufnahme durch § 531 II ZPO ausgeschlossen. Daneben ist auch weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, welche zusätzlichen, für ihn er-heblichen Umstände er aus den Produktinformationen hätte entnehmen wollen und ob und warum er dann von Erwerb dieser Wertpapiere abgesehen hätte.
3. Außerdem würde es hier nach Auffassung des Senats auch insgesamt an der Kau-salität fehlen. Denn nach der sog. „Schutzzwecktheorie“ besteht eine Schadenser-satzpflicht nur, wenn der geltend gemachte Schaden nach Art und Entstehungswei-

se der verletzten Norm unterfällt (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 68. A. 2009, vor § 249 Rnr. 62 m.w.N.).

Wenn der Kläger das Wertpapier entsprechend der Beratung nur kurzfristig gehalten hätte, hätte er keinen Schaden erlitten, nachdem seiner eigenen Behauptung zufolge der Kurs noch im Oktober 2007, also ca. 1,5 Jahre nach dem Kauf und damit nicht mehr „kurzfristig“, bei 98% gelegen haben soll (BI. 139 d.A.). Der Kläger hat von dem Wertpapier letztlich einen „beratungswidrigen Gebrauch“ gemacht, indem er es weit länger gehalten, hat, als ursprünglich beabsichtigt und als es Gegenstand der Beratung war. Das zu tun stand ihm frei; allerdings kann er die Beklagte dann nicht für ihn aus diesem „beratungswidrigen Gebrauch“ entstandene Verluste haftbar machen.

4. Schließlich wäre hier ein Schadensersatzanspruch auch wegen des Mitverschuldens des Klägers zumindest weitestgehend ausgeschlossen. Zwar kann der Informationspflichtige dem Geschädigten grundsätzlich nicht nach § 254 Abs. 1 BGB entgegenhalten, er habe den Angaben nicht vertrauen dürfen und sei deshalb für den entstandenen Schaden mitverantwortlich (siehe etwa BGH, NJW-RR 1998, 16).

Dennoch kann unter besonderen Umständen der Einwand des Mitverschuldens (§ 254 BGB) begründet sein, etwa wenn Warnungen von dritter Seite oder differenzierende Hinweise des anderen Teils nicht genügend beachtet wurden (BGH NJW-RR 1993, 1114; Ellenberger, WM Sonderbeit. Nr. 1 zu Heft 15/2001, S. 10). Das war hier spätestens nach den weiteren Gesprächen mit Mitarbeitern der Beklagten im Oktober 2007 der Fall. Der Kläger konnte nicht deren Verkaufsempfehlungen „in den Wind“ schlagen“ und gleichsam auf Kosten der Beklagten auf steigende Kurse spekulieren.

II.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, die über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Die Zulassung der Revision ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts

oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, da die wesentliche Rechtsfragen bereits vom Bundesgerichtshof entschieden worden sind.



Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit der Urschrift
München, den 9. Oktober 2009
Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts München

Urkundsbeamter der Geschäftsstelle