



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

XI ZR 384/11

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

in dem Rechtsstreit

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

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 22. Juli 2011 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin nimmt die beklagte Bank aus eigenem und abgetretenem Recht auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit dem Erwerb von Zertifikaten der inzwischen insolventen Lehman Brothers Treasury Co. B.V. sowie auf Rückabwicklung nach Widerruf ihrer Vertragserklärung in Anspruch.
- 2 Die Klägerin, eine Grundschullehrerin, und ihr Ehemann, ein Polizeibeamter (nachfolgend: Zedent), unterhielten ein Wertpapierdepot bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten (nachfolgend: Beklagte), über das sie zahlreiche Wertpapiergeschäfte abwickelten. Unter anderem erwarben sie am 27. Oktober 2004 das D. Zertifikat VII, das sie am 12. Oktober 2006 mit einer Rendite von rund 26% wieder verkauften. Am 16. Oktober 2006 zeich-

neten sie das D. Zertifikat XIV. Außerdem investierten die Klägerin und ihr Ehemann in Aktien.

3 Aufgrund eines mit einem Mitarbeiter der Beklagten geführten Beratungsgesprächs, dessen Ablauf im Einzelnen streitig ist, erteilten die Klägerin und der Zedent am 8. Februar 2007 den Auftrag zum Kauf von 16 Stück "G.

"-Zertifikate (, künftig: Zertifikate) der Lehman Brothers Treasury Co. B.V. (künftig: Emittentin), ab dem 6./7. Februar 2007 an die Entwicklung des Dow Jones EuroSTOXX 50, des Standard & Poor's 500 sowie des Nikkei 225 gebundene aktienindexbasierte Bonuszertifikate, im Nennwert von 1.000 € zum Preis von je 1.004,35 €, für die die Beklagte von der Emittentin eine Vertriebsprovision von 3,5% erlöste. Die Beklagte führte das Geschäft zu einem Festpreis aus. Eine Widerrufsbelehrung erteilte sie nicht.

4 Die Zertifikate wurden ab dem 1. August 2007 an der Börse gehandelt. Am 13. Mai 2008 erhielten die Klägerin und der Zedent eine Bonuszahlung in Höhe von 1.400 €. Im September 2008 wurde die US-amerikanische Konzernmutter der Emittentin, die für die Rückzahlung der Zertifikate die Garantie übernommen hatte, insolvent. Dies zog die Insolvenz der Emittentin nach sich, so dass die Anleihen weitgehend wertlos wurden. Mit Schreiben vom 9. Februar 2010 erklärten die Klägerin und der Zedent den Widerruf aller von ihnen im Zusammenhang mit dem Erwerb der Zertifikate abgegebenen Erklärungen.

5 Die auf Rückgewähr von 16.069,60 € abzüglich des am 13. Mai 2008 erhaltenen Bonus bzw. Schadensersatz in gleicher Höhe Zug um Zug gegen Rückübertragung der Zertifikate sowie Ersatz weiterer Schäden gerichtete Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg.

I.

7 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner in ZIP 2012, 419 ff. veröffentlichten Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

8 Die Klägerin könne die Rückgewähr erbrachter Leistungen Zug um Zug gegen Rückübertragung der Zertifikate nicht verlangen, da ein Widerrufsrecht nicht bestanden und der von der Klägerin und ihrem Ehemann erklärte Widerruf mithin ins Leere gegangen sei. Zugunsten der Klägerin unterstellt, die Regelungen über Fernabsatzverträge fänden Anwendung, greife die Ausnahmeregel des § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB, der zufolge das Widerrufsrecht ausgeschlossen sei, sofern der Preis des Vertragsgegenstands auf dem Finanzmarkt Schwankungen unterliege, auf die der Unternehmer - hier: die Beklagte - keinen Einfluss habe und die innerhalb der Widerrufsfrist auftreten könnten. Sinn und Zweck dieser Regelung sei es auszuschließen, dass der Verbraucher risikolos auf Kosten des Unternehmers spekuliere, indem er während der Widerrufsfrist die Entwicklung des erworbenen Finanzprodukts beobachte und bei Ablauf der Widerrufsfrist entweder eine bis dahin eingetretene Kurssteigerung in einen Spekulationsgewinn umsetze oder bei für ihn ungünstiger Entwicklung einen Verlust durch Widerruf vermeide. Die Vorschrift sei anwendbar, obwohl die Zertifikate erst ab dem 1. August 2007 an der Börse gehandelt worden seien. Ihr Preis habe ab dem 6. Februar 2007 auf der Entwicklung der Indizes beruht, weshalb sie ab dem 7. Februar 2007 ihren Wert hätten verändern können. Entsprechend hätten die Klägerin und ihr Ehemann am 8. Februar 2007 nicht mehr

den Nominalwert von 1.000 €, sondern einen um 4,35 € höheren Preis pro Stück gezahlt.

9 Schadensersatz wegen einer Aufklärungspflichtverletzung stehe der Klägerin nicht zu. Die Beklagte habe nicht über die Höhe ihrer Gewinnmarge aufklären müssen. Es fehlten Anhaltspunkte dafür, dass mit einem Totalverlust bei einer Anlage in eine Inhaberschuldverschreibung der Emittentin im Februar 2007 zu rechnen gewesen sei. Im Übrigen habe die Beklagte zwar auf die kumulierten Risiken des an die Entwicklung dreier Indizes geknüpften und seiner Funktionsweise nach schwer verständlichen Produkts hinweisen müssen. Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme sei aber davon auszugehen, dass die Klägerin und ihr Ehemann "zertifikaterfahren und renditeorientiert" bzw. "chancenorientiert" gewesen seien, und der Klägerin der Nachweis einer unzureichenden Aufklärung nicht gelungen sei. Dieser Nachweis habe ihr ohne Rücksicht darauf obliegen, dass die Beklagte den Verlauf des dem Verkauf vorausgegangenen Beratungsgesprächs nicht dokumentiert habe, weil im Zeitpunkt des Geschäftsschlusses eine Pflicht zur schriftlichen Dokumentation des Beratungsverlaufs noch nicht bestanden habe.

II.

10 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung stand. Die Klägerin kann aus eigenem und abgetretenem Recht weder die Rückabwicklung des Erwerbsgeschäfts noch Schadensersatz verlangen.

11 1. Das Berufungsgericht ist mit der obergerichtlichen Rechtsprechung und der mehrheitlich in der Literatur vertretenen Auffassung (OLG Karlsruhe, WM 2012, 213, 215 f.; 1860, 1861 ff.; OLG Frankfurt, WM 2011, 1893; Be-

schluss vom 26. Mai 2011 - 19 U 51/10, juris Rn. 1 ff.; HansOLG Hamburg, Urteil vom 15. Februar 2012 - 13 U 124/11 n.v.; OLG Hamm, WM 2011, 1412, 1413; OLG Schleswig, Beschluss vom 27. Januar 2012 - 5 U 70/11, juris Rn. 39 f.; Blankenheim, WuB IV D. § 312d BGB 2.11; Kropf, WM 2012, 1268, 1270 f.; Kugler/Lochmann, BKR 2006, 41, 45 [zu Hedgefondsanteilen]; Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 312d Rn. 14; Pitsch, BKR 2011, 37, 38; Roth in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl., § 10 Rn. 83; Simon, EWiR 2011, 801, 802; Staudinger/Thüsing, BGB, Neubearbeitung 2013, § 312d Rn. 76; dagegen Schick, AG 2011, R 73, R 74; Stoll, EWiR 2012, 9, 10; Winneke, BKR 2010, 321, 325 ff.; LG Krefeld, BKR 2011, 32, 35 f.; wohl auch Erman/Saenger, BGB, 13. Aufl., § 312d Rn. 27; MünchKommBGB/Wendehorst, 6. Aufl., § 312d Rn. 46; Schmidt-Räntsch in Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 312d Rn. 57) zu Recht davon ausgegangen, der Klägerin und ihrem Ehemann habe nach § 312d Abs. 1 Satz 1, § 355 BGB ein Recht zum Widerruf der auf Abschluss des Kaufvertrages als möglichem Fernabsatzvertrag gerichteten Willenserklärung jedenfalls deshalb nicht zugestanden, weil Gegenstand des Vertrages die Verschaffung von Finanzdienstleistungen gewesen sei, deren "Preis" innerhalb der Widerrufsfrist - dem Einfluss der Beklagten entzogen - Schwankungen unterlegen habe. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Zertifikate erst ab dem 1. August 2007 an der Börse notierten. Ausreichend war nach der Systematik, dem Sinn und Zweck und der Gesetzgebungsgeschichte des § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB, dass sie den Anspruch des Inhabers gegen den Emittenten auf Zahlung eines vom Stand der zugrundeliegenden Basiswerte (oder Underlyings) abhängigen Geldbetrages verbrieften (vgl. Senatsurteil vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, BGHZ 191, 119 Rn. 26 mwN) und ihre Werthaltigkeit bereits am 8. Februar 2007 an die Entwicklung der in Bezug genommenen Indizes geknüpft war.

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

13 aa) Dass mit dem Begriff des "Preises" in § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB nicht (nur) ein unmittelbar auf dem Finanzmarkt gebildeter Börsenpreis, sondern auch ein den Marktpreis mittelbar beeinflussender Basiswert gemeint ist, der seinerseits Schwankungen auf dem Finanzmarkt unterliegt, ergibt sich systematisch und historisch aus der Aufnahme von "Derivaten" in den Regelbeispielskatalog des § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB. Dieser Begriff fasst nach dem Willen des Gesetzgebers die in Art. 6 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG (ABl. EG 2002 Nr. L 271, S. 16, künftig: FinFARL) genannten (Equity-) "Swaps, Futures und Optionen" zusammen (BT-Drucks. 15/2946, S. 23; vgl. auch Siedler, Fernabsatzgesetz Finanzdienstleistungen, 2. Aufl., Rn. 198). Insbesondere Equity Swaps nehmen - anders als etwa Credit Default Swaps, die in Art. 6 Abs. 2 Buchst. a FinFARL nicht erwähnt sind und als deren Referenzwerte vertraglich festgelegte, nicht marktbeeinflusste Kreditereignisse wie Insolvenz, Aufsage oder Verzug des Referenzschuldners fungieren (Jahn in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 114 Rn. 25; Rudolf in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., Rn. 19.232; Wehowsky in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 188. Ergänzungslieferung, § 30j WpHG Rn. 2) - auf marktbestimmte Basiswerte Bezug, nach denen sich ausweislich der jeweiligen von den Beteiligten vereinbarten Tauschbedingungen die Zahlungspflichten bemessen, ohne selbst einem Börsenhandel zu unterliegen.

- 14 Daraus folgt, dass über die Einordnung in § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB nicht (nur) die Mechanismen entscheiden, die unmittelbar zur Bildung eines Handelsentgelts führen, sondern auch die sonstigen maßgeblich wertbestimmenden Faktoren (OLG Karlsruhe, WM 2012, 213, 216; 1860, 1862 f.). Entsprechend kommt es für die Subsumtion unter die Ausnahme des § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB nicht darauf an, ob Zertifikate der hier maßgeblichen Art bzw. eines in solche Zertifikate und Aktien investierenden Fonds (schon oder überhaupt) an einer Börse gehandelt werden und in welchem Umfang der Emittent - oder die Bank im Zuge eines Festpreisgeschäfts - Gewinnmargen in den Verkaufspreis einrechnen.
- 15 bb) Nur ein weites Verständnis des "Preises" im Sinne des § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB wird Sinn und Zweck der Regelung gerecht (OLG Karlsruhe, WM 2012, 213, 216; 1860, 1862; OLG Schleswig, Beschluss vom 27. Januar 2012 - 5 U 70/11, juris Rn. 40; Kropf, WM 2012, 1268, 1271; Pitsch, BKR 2011, 37, 38; Simon, EWiR 2011, 801, 802; a.A. LG Krefeld, BKR 2011, 32, 35 f.; Winneke, BKR 2010, 321, 327). Dieser besteht darin, das Risiko eines wenigstens mittelbar finanzmarktbezogenen spekulativen Geschäfts mit seinem Abschluss in gleicher Weise auf beide Parteien zu verteilen (Blankenheim, WuB IV D. § 312d BGB 2.11; Bodenstedt, Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie im englischen und deutschen Recht, 2006, S. 62; Finke, Der Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, 2004, Rn. 134; Kropf, WM 2012, 1268, 1270 f.; Kriegner, Die Fernabsatz-Richtlinie für Finanzdienstleistungen an Verbraucher, 2003, S. 201; Loock, Das Fernabsatzsystem, 2009, S. 61; Mohrhauser, Der Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, 2006, S. 99; Rott, BB 2005, 53, 59 f.; vgl. außerdem die Begründung der Kommission der Europäischen Union zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der

Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, KOM(1998) 468 endg., S. 14). Definierte man "Preis" eng (nur) als Kauf- oder Handelspreis, verschöbe sich das Risiko einer negativen Wertentwicklung einseitig zulasten des Unternehmers, da der Verbraucher einen drohenden Verlust aufgrund fallender Basiswerte innerhalb der Widerrufsfrist durch Ausübung des Widerrufsrechts auf den Unternehmer abwälzen könnte.

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

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

18 (1) Zwar ist der Senat gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV als innerstaatlich letztinstanzlich entscheidendes Gericht grundsätzlich verpflichtet, eine Vorab-

entscheidung des Gerichtshofs einzuholen, wenn Gemeinschaftsrecht auszulegen ist. Die Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte der Mitgliedstaaten entfällt jedoch, wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum mehr bleibt (EuGH, Slg. 1982, 3415 Rn. 16; Slg. 2005, I-8151 Rn. 33).

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

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

- 21 (2) Bei Anlegung dieses Maßstabs ist es zur Überzeugung des Senats offenkundig und unterliegt keinem vernünftigen Zweifel, dass Art. 6 Abs. 2 Buchst. a FinFARL unter "Preis" auch den Basiswert fasst. Das ergibt sich unmissverständlich aus dem Umstand, dass dort als "Finanzdienstleistungen, deren Preis auf dem Finanzmarkt Schwankungen unterliegt", unter anderem "Zins- und Devisenswaps sowie Swaps auf Aktien- oder Aktienindexbasis ('equity swaps')" definiert sind. Darin unterscheidet sich die deutsche nicht von anderen Sprachfassungen des Art. 6 Abs. 2 Buchst. a FinFARL (englisch: "financial services whose price depends on fluctuations in the financial market [...] as services related to: [...] interest rate, currency and equity swaps", französisch: "aux services financiers dont le prix dépend de fluctuations du marché financier [...] par exemple les services liés aux: [...] contrats d'échange [swaps] sur taux d'intérêt ou sur devises ou contrats d'échange sur des flux liés à des actions ou à des indices d'actions [equity swaps]"). Der gemeinschaftsrechtliche Begriff des "Preises" schließt mithin unzweideutig den Basiswert ein.
- 22 b) Das Berufungsgericht ist im Übrigen zutreffend davon ausgegangen, der Preis der Zertifikate sei von Schwankungen auf dem Finanzmarkt abhängig gewesen, die außerhalb der Herrschaftssphäre der Beklagten gelegen hätten und die innerhalb der Widerrufsfrist hätten auftreten können. Die Bindung an die in Bezug genommenen Underlyings bestand schon innerhalb der ersten beiden Wochen nach Abschluss des Geschäfts, da Ertrag und Rückzahlungsverpflichtung der Emittentin ab dem 6./7. Februar 2007 von der Entwicklung des Dow Jones EuroSTOXX 50, des Standard & Poor's 500 sowie des Nikkei 225 abhingen. Dass die Beklagte die Entwicklung dieser Aktienindizes in ihrem Sinne habe beeinflussen können, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.
- 23 2. Ohne Erfolg wendet sich die Revision weiter gegen die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht aufgrund der zutreffenden Annahme, zwischen

der Klägerin, ihrem Ehemann und der Beklagten sei ein Beratungsvertrag zustande gekommen, die Verletzung objektbezogener Aufklärungspflichten - Anhaltspunkte für eine unzureichend anlegergerechte Beratung zeigt die Revision nicht auf - verneint hat.

24 a) Die beratende Bank ist zu einer anleger- und objektgerechten Beratung verpflichtet (st. Rspr., vgl. Senatsurteil vom 6. Juli 1993 - XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 128 f.). Inhalt und Umfang der Beratungspflichten hängen von den Umständen des Einzelfalls ab. Maßgeblich sind einerseits der Wissensstand, die Risikobereitschaft und das Anlageziel des Kunden und andererseits die allgemeinen und speziellen Risiken, die sich aus den Besonderheiten des Anlageobjekts ergeben. Die Beratung hat sich auf diejenigen Eigenschaften des Anlageobjekts zu beziehen, die für die jeweilige Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können. Während die Bank über diese Umstände richtig, sorgfältig, zeitnah, vollständig und für den Kunden verständlich zu unterrichten hat, muss die Bewertung und Empfehlung des Anlageobjekts unter Berücksichtigung der genannten Gegebenheiten lediglich ex ante betrachtet vertretbar sein. Das Risiko, dass eine aufgrund anleger- und objektgerechter Beratung getroffene Anlageentscheidung sich im Nachhinein als falsch erweist, trägt der Anleger (vgl. zusammenfassend Senatsurteile vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, BGHZ 191, 119 Rn. 22 und - XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 23 mwN).

25 b) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, der Klägerin sei der Nachweis einer nicht objektgerechten Beratung misslungen.

26 aa) Soweit das Berufungsgericht eine Pflicht zur Aufklärung über die im Kaufpreis enthaltene Gewinnmarge bei Festpreisgeschäften verneint hat, steht dies im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (vgl. Senatsurteil vom

26. Juni 2012 - XI ZR 316/11, WM 2012, 1520 Rn. 18 ff. mwN). Denn für den Kunden ist bei der gebotenen normativ-objektiven Betrachtungsweise beim Eigengeschäft (§ 2 Abs. 3 Satz 2 WpHG, dazu Senatsurteil vom 26. Juni 2012 aaO Rn. 19, 22 mwN) wie beim Eigenhandel (§ 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 WpHG, dazu Senatsurteil vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, BGHZ 191, 119 Rn. 37) offensichtlich, dass die Bank eigene (Gewinn-)Interessen verfolgt, so dass darauf nicht gesondert hingewiesen werden muss. Auch aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Offenlegung versteckter Innenprovisionen und zur Aufklärungsbedürftigkeit von Rückvergütungen ergibt sich nichts anderes (Senatsurteile vom 26. Juni 2012 aaO Rn. 23, 37, 48 und vom 16. Oktober 2012 - XI ZR 367/11, juris Rn. 33 ff. sowie - XI ZR 368/11, juris Rn. 23 mwN).

27 bb) Das Berufungsgericht hat weiter zutreffend erkannt, dass die Beklagte verpflichtet war, die Klägerin und ihren Ehemann über die mit dem konkreten Produkt verbundenen Risiken aufzuklären (vgl. Senatsurteile vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, BGHZ 191, 119 Rn. 53 ff. und - XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 56 ff.). Es hat unter Bezugnahme auf die erstinstanzlich durchgeführte Beweisaufnahme festgestellt, die Klägerin sei hinsichtlich des erforderlichen und angeblich unterbliebenen Hinweises auf ein aus der Struktur des Produkts resultierendes besonderes Risiko beweisfällig geblieben. Dagegen ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern, zumal sich eine Beweislastumkehr oder Beweiserleichterungen nicht aus einer Verletzung von Dokumentationsobligationen ergaben, die bei Abschluss des Geschäfts im Februar 2007 nicht bestanden (Senatsurteil vom 24. Januar 2006 - XI ZR 320/04, BGHZ 166, 56 Rn. 17 ff.).

28 cc) Nicht zu beanstanden ist ferner die Auffassung des Berufungsgerichts, zum Zeitpunkt des Erwerbs der Zertifikate am 8. Februar 2007 sei ein

Hinweis auf das konkrete Emittentenrisiko entbehrlich gewesen. Zwar musste die Beklagte die Finanzprodukte, die sie in ihr Anlageprogramm aufgenommen und empfohlen hatte, mit banküblichem kritischen Sachverstand überprüfen. Das galt auch hinsichtlich der Bonität der konkreten Emittentin bzw. Garantiegeberin, die für die Risikobeurteilung eines Zertifikats von maßgeblicher Bedeutung ist (vgl. Senatsurteile vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, BGHZ 191, 119 Rn. 24 und - XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 25 mwN). Allerdings waren nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts die Bonitätsbewertungen der für diese Abschätzung maßgeblichen Konzerngesellschaft seinerzeit weiterhin so positiv, dass von einer Investitionswürdigkeit auszugehen war. Die von der Klägerin vermissten Erläuterungen waren mithin entbehrlich.

29 dd) Ohne Erfolg wendet die Revision schließlich ein, das Berufungsgericht habe eine Pflichtverletzung der Beklagten nicht an eine unzureichende Aufklärung über das allgemeine Emittentenrisiko geknüpft.

30 Zwar trifft es im Ausgangspunkt zu, dass bei der Empfehlung von Anlagen wie der von der Klägerin und ihrem Ehemann getätigten auf dieses Risiko hingewiesen werden muss (vgl. Senatsurteile vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10, BGHZ 191, 119 Rn. 25 ff. und - XI ZR 178/10, WM 2011, 2261 Rn. 26 ff. mwN). Eine dahingehende Aufklärungspflicht entfällt aber, wenn der konkrete Anleger das generelle Gegenparteirisiko bei Zertifikaten - beispielsweise aus seinem bisherigen Anlageverhalten - kennt oder er sich insoweit als erfahren geriert (Senatsurteile vom 27. September 2011 - XI ZR 182/10 aaO Rn. 30 und - XI ZR 178/10 aaO Rn. 33 mwN).

31 Das Berufungsgericht ist aufgrund einer vertretbaren tatrichterlichen Beweiswürdigung zu dem Ergebnis gelangt, die Klägerin und ihr Ehemann seien

"zertifikaterfahren" gewesen. Damit und mit seinem Verweis auf die landgerichtlichen Feststellungen zu den Vorerwerbungen seit dem Jahr 2004 hat es konkludent zum Ausdruck gebracht, die Klägerin und ihr Ehemann hätten im Februar 2007 einer Aufklärung über das allgemeine Emittentenrisiko nicht bedurft. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Eine Inbezugnahme der - hier unzutreffenden - Rechtsauffassung des Landgerichts, auf ein "Totalausfallrisiko" müsse (generell) nicht gesondert hingewiesen werden, enthält das Berufungsurteil entgegen der Revision nicht.

Wiechers

Joeres

Ellenberger

Matthias

Menges

Vorinstanzen:

LG Mönchengladbach, Entscheidung vom 01.06.2010 - 3 O 328/09 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 22.07.2011 - I-17 U 117/10 -