



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 153/08

Verkündet am:
14. Juli 2009
Herrwerth
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Mai 2009 durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, den Richter Dr. Joeres, die Richterin Mayen und die Richter Dr. Ellenberger und Dr. Grüneberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 16. April 2008 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin verlangt aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes von dem Beklagten die abgesonderte Befriedigung aus einer gegen die Nebenintervenientin gerichteten möglichen Versicherungsforderung.

- 2 Der Beklagte ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der im Jahr 1995 gegründeten B. Bank (im Folgenden: Insolvenzsuldnerin). Diese war nicht dem Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes Deutscher Banken e.V. angeschlossen, der alle Verbindlichkeiten gegenüber Kunden bis zur Höhe von 30 % des für die Einlagensicherung jeweils maßgeblichen haftenden Eigenkapitals der Bank absichert. Vielmehr unterlag sie nur dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz, so dass die angelegten Kundengelder nur in Höhe von 90 % der Anlagesumme bis zu einem Höchstbetrag von 20.000 € gesichert waren. Die Insolvenzsuldnerin hatte bei dem streitverkündeten Versicherer (im Folgenden: Nebenintervenientin) eine Haftpflichtversicherung für Vermögensschäden abgeschlossen.

- 3 Nachdem der Ehemann der Klägerin (im Folgenden: Zedent) deren Schwester am 29. März 1999 zu einem Anlagegespräch bei der Insolvenzsuldnerin begleitet hatte, trat er am 28. Mai 1999 selbst an die Insolvenzsuldnerin wegen des Erwerbs einer festverzinslichen Geldanlage heran. Bei diesem Gespräch, dessen Inhalt zwischen den Parteien streitig ist, in dessen Verlauf er aber einen Sparbrief über 20.000 DM erwarb, unterzeichnete er ein mit "Eröffnung von Konten/Depots" überschriebenes Formular der Insolvenzsuldnerin, das im Anschluss an die

einzutragenden Kundendaten, Angaben nach § 8 GewG und vor dem einzigen Unterschriftenfeld unter anderem folgenden Inhalt hat:

"5. Einbeziehung der Geschäftsbedingungen

Maßgebend für die Geschäftsverbindung sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank. Ich habe die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank mit Hinweisen zur Einlagensicherung erhalten, zur Kenntnis genommen und bin mit deren Geltung einverstanden. Daneben gelten für einzelne Geschäftsbeziehungen Sonderbedingungen, die Abweichungen oder Ergänzungen zu diesen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten. Insbesondere handelt es sich hierbei um die Bedingungen für den Scheckverkehr, für ec-Karten, für Sparverkehr und für das Wertpapiergeschäft. Für die an deutschen Börsen abzuwickelnden Börsenaufträge gelten die Bedingungen für die Geschäfte an den deutschen Wertpapierbörsen. Der Wortlaut der einzelnen Regelungen kann in den Geschäftsräumen der Bank eingesehen werden. Der Kontoinhaber kann auch später noch die Übersendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Sonderbedingungen an sich verlangen."

- 4 Außerdem erhielt der Zedent ein als "Anlage Auftrag" bezeichnetes Formular, in dem er die Insolvenzschuldnerin zur Einziehung des Anlagebetrages ermächtigte. Auf derselben Seite dieses Formulars befindet sich ein weiteres, grau unterlegtes und gesondert zu unterschreibendes Textfeld, das ebenfalls von ihm unterschrieben wurde:

"Ich/Wir habe/n die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank mit Hinweisen zur Einlagensicherung erhalten, zur Kenntnis genommen und bin/sind mit deren Geltung einverstanden. Es gelten auch die Sonderbedingungen für den Sparverkehr. Auf Verlangen werden diese ausgehändigt. Die Bedingungen für die Anlagen gehen Ihnen automatisch zu."

- 5 In den in Bezug genommenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Insolvenzsuldnerin, deren Aushändigung an den Zedenten streitig ist, heißt es unter Nummer 20 wie folgt:

"20. Sicherungseinrichtung – Schutz der Einlagen

Die Bank ist Mitglied in der gesetzlichen Einlagensicherung im Sinne des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes. Der Entschädigungsanspruch ist der Höhe nach begrenzt auf 90 v.H. der Einlagen und den Gegenwert von 20.000 ECU (umgerechnet Stand August 1998 ca. DM 39.400,00) sowie 90 v.H. der Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften und den Gegenwert von 20.000 ECU (umgerechnet Stand August 1998 ca. DM 39.400,00).

Bei der Berechnung der Höhe des Entschädigungsanspruches ist der Betrag der Einlagen oder Gelder oder der Marktwert der Finanzinstrumente bei Eintritt des Entschädigungsfalles zugrunde zu legen. Der Entschädigungsanspruch umfaßt im Rahmen der Obergrenze auch die bis zu seiner Erfüllung entstandenen Zinsansprüche.

Die Obergrenze bezieht sich auf die Gesamtforderung des Gläubigers gegen das Institut, unabhängig von der Zahl der Konten, der Währung und dem Ort, an dem die Konten geführt oder die Finanzinstrumente verwahrt werden. Die Entschädigung kann in Deutscher Mark geleistet werden.

Ein Entschädigungsanspruch besteht nicht, soweit Einlagen oder Gelder nicht auf die Währung eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraums oder auf ECU lauten.

Ungesichert sind Genußrechte und eigene Inhaber-Schuldverschreibungen.

Auf Anfrage werden dem Kunden kostenlos Informationen über die Bedingungen der Sicherung einschließlich der für die Geltendmachung der Entschädigungsansprüche erforderlichen Formalitäten übersandt."

- 6 In der Folgezeit erwarb der Zedent von der Insolvenzsuldnerin einen weiteren festverzinslichen Sparbrief über 21.000 € und eröffnete bei

ihr ein Tagesgeldkonto, auf das er insgesamt 126.042,64 € einzahlte. Auch hierbei unterzeichnete er jeweils - wie im ersten Fall - einen gleichlautenden "Anlage Auftrag" und leistete unter dem Hinweis zur Einlagensicherung eine gesonderte Unterschrift.

7 Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht verhängte am 7. April 2003 ein Moratorium über die Geschäftstätigkeit der Insolvenzschuldnerin und stellte am 20. Mai 2003 den Entschädigungsfall fest. An diesem Tag beliefen sich die verzinsten Einlagen des Zedenten auf insgesamt 161.998,10 €. Im August 2003 erhielt er von der Entschädigungseinrichtung den gesetzlichen Entschädigungsbetrag von 20.000 € ausbezahlt. Der Beklagte erkannte den in Höhe der überschießenden Einlagen zur Insolvenztabelle angemeldeten Betrag von 141.998,10 € als vertragliche Rückzahlungsforderung an. Im August 2005 zahlte er an den Zedenten einen ersten Abschlag von 21.549,36 €.

8 Die Klägerin hält die Insolvenzschuldnerin für den Ausfall der Einlagen des Zedenten schadensersatzrechtlich für haftbar und wirft ihr neben fehlerhafter Beratung vor, ihre Pflicht nach § 23 a Abs. 1 Satz 2 KWG, Kunden schriftlich und in leicht verständlicher Form über die für die Einlagensicherung geltenden Bestimmungen zu informieren, verletzt zu haben. Insbesondere habe die Insolvenzschuldnerin dem Zedenten zu keinem Zeitpunkt die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgehändigt. Bei ordnungsgemäßer Aufklärung hätte er sein Geld nicht bei der Insolvenzschuldnerin, sondern bei einer anderen Bank angelegt. Mit ihrer Klage hat die Klägerin in erster Linie, beschränkt auf einen Anspruch auf Leistung durch die Nebenintervenientin, die Zahlung in Höhe des von ihr auf 158.611,85 € bezifferten Ausfalls der unverzinsten Einlagen des Zeden-

ten abzüglich der ihm erstatteten 41.549,36 € nebst Zinsen geltend gemacht.

- 9 Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Auf die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten und der Nebenintervenientin hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin - unter Berücksichtigung einer weiteren, vom Beklagten am 6. Mai 2008 geleisteten Abschlagszahlung von 20.112,74 € - die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

- 10 Die Revision ist begründet; sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.
- 11 Über die Revision ist trotz Säumnis des Beklagten in der Revisionsverhandlung durch streitiges Urteil zu entscheiden, weil die auf seiner Seite dem Rechtsstreit beigetretene Nebenintervenientin in der Verhandlung aufgetreten ist und ihre Revisionsanträge verlesen hat. Hierzu war sie nach § 67 Halbs. 2 ZPO berechtigt (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 1994 - II ZR 196/93, NJW 1994, 2022, 2023).

I.

12 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

13 Die Klage sei zulässig. Bei Bestehen einer Haftpflichtversicherung, die für durch Pflichtverletzungen des in Insolvenz gefallenen Versicherungsnehmers verursachte Schäden eintrittspflichtig sei, könne der Geschädigte den Insolvenzverwalter durch unmittelbare Klage auf Zahlung, beschränkt auf Leistung aus der Versicherungsforderung, in Anspruch nehmen. Auf den sonst einzuschlagenden Weg der Anmeldung zur Insolvenztabelle sei er in den Fällen des § 157 VVG aF gerade nicht verwiesen.

14 Der Klägerin stehe der dem geltend gemachten Recht auf abgesonderte Befriedigung zugrunde gelegte Schadensersatzanspruch mangels einer Pflichtverletzung der Insolvenzschuldnerin nicht zu.

15 Ein Verstoß der Insolvenzschuldnerin gegen die Informationspflichten des allein in Betracht kommenden § 23 a Abs. 1 Satz 2 KWG (KWG - ohne abweichende Angabe - im Folgenden jeweils in der vom 1. August 1998 bis zum 31. Juli 2001 geltenden Fassung) sei nicht feststellbar. Die in Nummer 20 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Insolvenzschuldnerin enthaltenen Hinweise zur Einlagensicherung genügten den in § 23 a Abs. 1 Satz 2 KWG an Inhalt, Schriftlichkeit und Verständlichkeit gestellten Anforderungen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe die Klägerin nicht den ihr obliegenden Nachweis erbracht, dass

dem Zedenten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor Aufnahme der Geschäftsbeziehung nicht ausgehändigt worden seien.

16 Die Insolvenzsuldnerin habe auch keine Pflicht aus einem zwischen ihr und dem Zedenten möglicherweise zustande gekommenen Beratungsvertrag verletzt. Die von ihm getätigten Einlagen seien als solche nicht risikobehaftet gewesen. Aufgrund des seinerzeit statistisch eher geringen Risikos einer Bankeninsolvenz sei die Insolvenzsuldnerin nicht gehalten gewesen, über den in Nummer 20 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Hinweis hinaus über das abstrakte Insolvenzrisiko aufzuklären oder auf die Zugehörigkeit anderer Kreditinstitute bei weiterreichenden Einlagensicherungssystemen hinzuweisen. Die Klägerin habe auch nicht substantiiert dargelegt, dass die Mitarbeiter der Insolvenzsuldnerin bei Abschluss der einzelnen Einlagegeschäfte die konkrete Gefahr einer Insolvenz gekannt und dem Zedenten verschwiegen hätten.

II.

17 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

18 1. Allerdings hat - entgegen der Revision - die Insolvenzsuldnerin gegenüber dem Zedenten nicht gegen ihre Informationspflicht aus § 23 a Abs. 1 Satz 2 KWG verstoßen.

19 a) Das Berufungsgericht hat zu Recht die Prüfung einer möglichen Pflichtverletzung auf § 23 a Abs. 1 Satz 2 KWG beschränkt und

- insoweit unangegriffen - eine Verletzung der Informationspflichten des § 23 a Abs. 1 Sätze 1, 3 und 4 KWG verneint.

20 Dass die Insolvenzschuldnerin entgegen § 23 a Abs. 1 Satz 1 KWG im Preisaushang nicht über ihre Zugehörigkeit zu einer Sicherungseinrichtung informiert hat, wird von der Klägerin nicht behauptet. Auch eine Verletzung der besonderen Hinweis- und Informationspflichten nach § 23 a Abs. 1 Sätze 3 und 4 KWG scheidet vorliegend aus. Der Zedent hat nur solche Einlageformen gewählt, die ihrer Art nach von der Einlagensicherung nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz (Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung der EG-Einlagensicherungsrichtlinie und der EG-Anlegerentschädigungsrichtlinie vom 16. Juli 1998, BGBl. I S. 1842; im Folgenden: ESAEG) erfasst sind. Die Hinweis- und Informationspflichten nach § 23 a Abs. 1 Sätze 3 und 4 KWG beziehen sich dagegen nur auf solche Einlagen und rückzahlbaren Gelder, die vom Schutzzumfang des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes generell ausgeschlossen sind (vgl. Fischer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz, 3. Aufl., § 23 a Rn. 60).

21 b) Zu Recht hat das Berufungsgericht der Vorschrift des § 23 a Abs. 1 Satz 2 KWG eine (auch) anlegerschützende Funktion beigemessen.

22 Diese ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift, der den Kreditinstituten gerade im Verhältnis zu ihren Kunden (vor-)vertragliche Informationspflichten auferlegt.

- 23 Hierfür spricht auch der Schutzzweck des § 23 a Abs. 1 Satz 2 KWG. Bereits die gesetzliche Anforderung, dass die durch das Kreditinstitut zu bewirkende Information des Kunden "vor Aufnahme der Geschäftsbeziehung" zu erfolgen hat, macht deutlich, dass die Informationspflicht unter anderem darauf abzielt, Kapitalanleger für den Gesichtspunkt der Einlagensicherung zu sensibilisieren und ihnen eine eigenverantwortliche, sachkundige Entscheidung bei der Auswahl des Kreditinstituts zu ermöglichen (vgl. Hanten in Beck/Samm/Kokemoor, Gesetz über das Kreditwesen, Band 2, 132. Aktualisierung, § 23a Rn. 7; Papenthin in Luz/Neus/Scharpf/Schneider/Weber, Kreditwesengesetz, 1. Aufl., § 23 a Rn. 30; Sethe in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl., § 25 Rn. 65; im Ergebnis ebenso Nirk, Das Kreditwesengesetz, 13. Aufl., S. 209; Pannen, Krise und Insolvenz bei Kreditinstituten, 2. Aufl., S. 95; Wagner, Die Einlagensicherung bei Banken und Sparkassen nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz, S. 122 f.).
- 24 Schließlich entspricht die anlegerschützende Funktion des § 23 a Abs. 1 Satz 2 KWG auch dem Willen des Gesetzgebers und der Zielrichtung der zugrunde liegenden EG-Richtlinien. Mit der Neufassung von § 23 a Abs. 1 KWG durch Artikel 4 des Gesetzes zur Umsetzung der EG-Einlagensicherungsrichtlinie und der EG-Anlegerentschädigungsrichtlinie vom 16. Juli 1998 (BGBl. I S. 1842) sollten Artikel 9 Abs. 1 und 2 und Artikel 6 Abs. 2 der Richtlinie 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 1994 über Einlagensicherungssysteme (ABl. EG Nr. L 135 S. 5 vom 31. Mai 1994; im Folgenden: Einlagensicherungsrichtlinie) sowie Artikel 10 Abs. 1 und 2 und Artikel 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/9/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 3. März

1997 über Systeme für die Entschädigung der Anleger (ABl. EG Nr. L 84 S. 22 vom 26. März 1997; im Folgenden: Anlegerentschädigungsrichtlinie) umgesetzt werden (vgl. BT-Drucksache 13/10188, S. 25). Beide Richtlinien bezeichnen in ihren Erwägungsgründen die Information der Kapitalanleger als wesentlichen Bestandteil des Anlegerschutzes.

25 c) Entgegen der Revision genügt der in Nummer 20 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Insolvenzschuldnerin enthaltene Hinweis den gesetzlichen Anforderungen des § 23 a Abs. 1 Satz 2 KWG.

26 aa) Nach dieser Vorschrift haben Kreditinstitute die Pflicht, ihre "Kunden ... vor Aufnahme der Geschäftsbeziehung schriftlich in leicht verständlicher Form über die für die Sicherung geltenden Bestimmungen einschließlich Umfang und Höhe der Sicherung zu informieren". Dabei hat die Darstellung so zu erfolgen, dass dem in der Einlagensicherungsrichtlinie (Artikel 9 Abs. 1 Satz 1) bzw. der Anlegerentschädigungsrichtlinie (Artikel 10 Abs. 1 Satz 1) zum Ausdruck gebrachten und durch den nationalen Gesetzgeber aufgegriffenen Anliegen des Europäischen Gesetzgebers Rechnung getragen wird, dem Kunden bereits vor Abschluss eines Vertragsverhältnisses durch ein Mindestmaß an Aufwand die Einlagensicherung vor Augen zu führen und ihm die Ermittlung des jeweiligen Sicherungssystems zu ermöglichen (vgl. BT-Drucksache 13/10846, S. 26). Die notwendige Kundeninformation wird insbesondere durch eine Wiedergabe des für die Beschreibung von Höhe und Umfang der Sicherung maßgeblichen Wortlauts des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes sichergestellt.

27 bb) Nach diesen Maßgaben ist die von der Insolvenzsuldnerin verwendete Klausel nicht zu beanstanden.

28 (1) Die Klausel verweist einleitend auf die Zugehörigkeit der Insolvenzsuldnerin zum gesetzlichen Einlagensicherungssystem, benennt mit dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz die hierfür maßgeblichen Bestimmungen und gibt zur näheren Darstellung von Umfang und Höhe der Sicherung die Vorschriften der § 4 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1, Absätze 3 und 4 sowie § 1 Abs. 2 Satz 2 ESAEG ihrem wesentlichen Inhalt nach zutreffend wieder.

29 Damit war auch für einen wirtschaftlich unerfahrenen Kunden hinreichend klar ersichtlich, dass bei der Insolvenzsuldnerin eine umfassende Einlagensicherung nicht gewährleistet war. Dass diese Erkenntnis - wie die Revision meint - ohne Erwägung der (abstrakten) Möglichkeit einer Bankeninsolvenz nicht gewonnen werden könne, überzeugt mit Blick auf die bloße Existenz einer Einlagensicherung und die im Hinweis enthaltene, deutlich dargestellte Beschränkung der Entschädigung nicht. Aus den von der Revision zur Stütze ihrer Auffassung herangezogenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes vom 8. Dezember 2005 (BGHZ 165, 232) und vom 21. Dezember 2005 (BGHZ 165, 298) ergibt sich nichts anderes; diese befassen sich mit den Pflichten eines Notars bzw. Treuhänders bei der Fremdanlage von Kundengeldern und sind daher nicht einschlägig.

30 (2) Das Erfordernis der leichten Verständlichkeit der Information ist auch dann erfüllt, wenn die Information in den Allgemeinen Geschäftsbe-

dingungen des Kreditinstituts erteilt und der Kunde hierauf gesondert hingewiesen wird.

31 Im Hinblick auf den Schutzzweck des § 23 a Abs. 1 Satz 2 KWG genügt ein schriftlicher Hinweis auf die Einlagensicherung, wenn seine Wahrnehmung durch den durchschnittlich verständigen Kunden und damit dessen Sensibilisierung für den Gesichtspunkt der Einlagensicherung gewährleistet ist. Dies kann gegebenenfalls auch im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgen, wenn - wie hier - sowohl im Kontoeröffnungsformular als auch in den einzelnen Anlageauftragsformularen eines Kreditinstituts ausdrücklich auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen "mit Hinweisen zur Einlagensicherung" verwiesen wird und dieser Hinweis von den sonstigen Erklärungen des Kunden optisch abgesetzt und vom Kunden gesondert zu unterschreiben ist. Dann sind auch für den durchschnittlich verständigen Kunden sowohl die Existenz des Hinweises als auch dessen Standort ohne weiteres erkennbar. Der von der Revision aufgeworfenen Frage nach einer optischen Hervorhebung des Hinweises bzw. seiner Abgrenzung von den eigentlichen Geschäftsbedingungen kommt danach keine Bedeutung zu.

32 Entgegen der Revision war für einen durchschnittlichen Bankkunden wie den Zedenten aufgrund des Hinweises in dem Auftragsformular das Auffinden der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Insolvenzschildnerin enthaltenen Information über die Einlagensicherung auch unschwer möglich. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die insgesamt 20 Klauseln enthalten, sind weder übermäßig lang noch unübersichtlich gestaltet. Sie erstrecken sich - zweiseitig angeordnet - über vier Seiten und sind aufgrund ihrer Schriftgröße und graphischen Dar-

stellung gut lesbar. Jede der 20 durchnummerierten Klauseln ist durch eine in größerer Schrift und Fettdruck verfasste und damit gut wahrnehmbare Überschrift kenntlich gemacht, der jeweils ein durch Absatz und Einzug optisch abgegrenzter Text nachfolgt. Dass hier die Überschrift der Nummer 20 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ihrem Wortlaut ("Sicherungseinrichtung - Schutz der Einlagen") von dem in den Formularen enthaltenen "Hinweis zur Einlagensicherung" geringfügig abweicht, ist unschädlich, weil hierdurch weder die Wahrnehmung noch die Verständlichkeit der Information beeinträchtigt werden.

33 (3) Das Berufungsgericht hat auch zutreffend angenommen, dass Nummer 20 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen das Erfordernis der Schriftlichkeit der Information erfüllt. Einer gesonderten Unterzeichnung der Information durch den Kunden bedarf es nicht.

34 Die nach § 23 a Abs. 1 Satz 2 KWG erforderliche Schriftlichkeit soll nach dem Schutzzweck der Norm eine nur mündliche und somit "flüchtige" Information ausschließen. Sie bedeutet nicht Schriftform im Sinne vom § 126 Abs. 1 BGB. Diese Norm, die sich auf rechtsgeschäftliche Willenserklärungen bezieht, sieht für die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form eine Unterschrift des Ausstellers einer Urkunde entweder durch eigenhändige Namensunterzeichnung oder durch notariell beglaubigtes Handzeichen vor. Hierdurch soll der Erklärende vor Abgabe seiner Willenserklärung in der Regel vor unüberlegten und voreiligen vertraglichen Bindungen gewarnt werden. Diese Zielrichtung ist mit dem Schutzzweck des § 23 a Abs. 1 Satz 2 KWG nicht vergleichbar.

- 35 Für diese Auslegung spricht entscheidend auch die Gesetzgebungsgeschichte des im Jahr 1998 geänderten § 23 a Abs. 1 Satz 2 KWG. Die gleichlautenden Gesetzentwürfe der Bundesregierung (BT-Drucksache 13/10736) und der damaligen Regierungsfractionen (BT-Drucksache 13/10188) sahen in § 23 a Abs. 1 Satz 4 KWG-E noch vor, dass die Informationen gemäß Satz 2 keine anderen Erklärungen enthalten und gesondert von den Kunden unterschrieben werden sollten. Im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens wurde dieses Erfordernis auf Empfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages gestrichen, um hierdurch die Flexibilität der Kreditinstitute bei der Information der Kunden zu erhöhen und den Informationsaufwand für die Kreditinstitute auf das notwendige Maß zu vermindern (vgl. BT-Drucksache 13/10846, S. 18 f. und 26). Dies lässt nur den Schluss zu, dass das Erfordernis der Schriftlichkeit durch die bloße Aushändigung einer schriftlichen Unterlage erfüllt werden kann.
- 36 d) Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe den ihr obliegenden Nachweis einer Pflichtverletzung der Insolvenzschuldnerin wegen unterlassener Information nach § 23 a Abs. 1 Satz 2 KWG nicht erbracht, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.
- 37 aa) Das Berufungsgericht ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast für die behauptete Informationspflichtverletzung trägt.
- 38 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes trägt derjenige, der eine Aufklärungs- oder Beratungspflichtverletzung behauptet, dafür die Beweislast. Die mit dem Nachweis einer negativen Tatsache

verbundenen Schwierigkeiten werden dadurch ausgeglichen, dass die andere Partei die behauptete Fehlberatung substantiiert bestreiten und darlegen muss, wie im Einzelnen beraten bzw. aufgeklärt worden sein soll. Dem Anspruchsteller obliegt dann der Nachweis, dass diese Darstellung nicht zutrifft (st. Rspr.; vgl. nur BGHZ 126, 217, 225; 166, 56, Tz. 15; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - IX ZR 105/06, WM 2007, 2351, Tz. 11 f., jeweils m.w.N.). Diese Grundsätze gelten auch für die Informationspflicht nach § 23 a Abs. 1 Satz 2 KWG.

39 Soweit das Berufungsgericht die Beweislast der Klägerin mit der schriftlichen Bestätigung der Aushändigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen begründet hat, kommt es darauf nicht an. Die insoweit erhobenen Angriffe der Revision gehen daher ins Leere.

40 bb) Entgegen der Revision ist die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, die Klägerin sei den Nachweis für die behauptete unterbliebene Aushändigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor Konteneröffnung und erster Sparbriefzeichnung am 28. Mai 1999 schuldig geblieben, frei von Rechtsfehlern. Diese unterliegt nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht und kann lediglich darauf überprüft werden, ob der Streitstoff umfassend, widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denk- oder Erfahrungssätze gewürdigt worden ist (st. Rspr.; vgl. nur Senatsurteile vom 26. Oktober 2004 - XI ZR 211/03, WM 2005, 27, vom 18. Dezember 2007 - XI ZR 76/06, WM 2008, 292, Tz. 20 und vom 27. Mai 2008 - XI ZR 132/07, WM 2008, 1260, Tz. 21). Solche Fehler sind dem Berufungsgericht nicht unterlaufen.

41 Die dem Rechtsstreit auf Seiten des Beklagten beigetretene Neben-intervenientin ist der ihr obliegenden sekundären Darlegungslast nachgekommen. Sie hat mit Schriftsatz vom 13. Juni 2007 im Einzelnen dargelegt, dass der zuständige Mitarbeiter der Insolvenzschuldnerin dem Zedenten bei dem Gespräch am 28. Mai 1999 unter anderem die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgehändigt und ihn dabei auf den in den Geschäftsbedingungen unter Nummer 20 enthaltenen Hinweis zur Einlagensicherung hingewiesen habe. Aufgrund dessen hat der Klägerin der Nachweis obliegen, dass diese Darstellung nicht zutrifft. Die insoweit aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme getroffene tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts ist frei von Rechtsfehlern.

42 Ohne Erfolg beanstandet die Revision, das Berufungsgericht habe es unterlassen, das Empfangsbekanntnis des Zedenten auf dem Anlageauftragsformular einer kritischen Prüfung zu unterziehen, obgleich erhebliche Zweifel an der inhaltlichen Richtigkeit der Bestätigung bestünden, weil nach aller Lebenserfahrung davon auszugehen sei, dass der Zedent die Allgemeinen Geschäftsbedingungen erst im Zuge der Unterzeichnung des Anlageauftrags erhalten habe und ohnedies nicht selten bei Anlagegeschäften der in Rede stehenden Art die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zusammen mit weiteren Unterlagen in einer Mappe dem Kunden erst nach Geschäftsabschluss überlassen würden. Ein solcher Erfahrungssatz besteht indes nicht. Darüber hinaus stützt sich die Revision insoweit auf neues tatsächliches Vorbringen, das im Revisionsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden kann (§ 559 ZPO). Die Klägerin hat in den Vorinstanzen weder behauptet noch unter Beweis gestellt, dass dem Zedenten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen am 28. Mai 1999 erst nach Unterzeichnung des Kontoeröffnungs- bzw. Auftragsformulars aus-

gehündigt worden seien; vielmehr hat sie generell eine Überlassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Abrede gestellt.

43 Entgegen der Auffassung der Revision bedurfte es durch das Berufungsgericht auch keiner weiteren Feststellungen zu der Frage, wann genau die Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Zedenten überlassen worden sind. Diesem Einwand liegt die Annahme zugrunde, der Beklagte trage die Darlegungs- und Beweislast für die ordnungsgemäße Information nach § 23 a Abs. 1 Satz 2 KWG. Dies ist indes nicht der Fall. Vielmehr hätte die Klägerin darlegen und unter Beweis stellen müssen, dass dem Zedenten die Information nicht bereits vor Aufnahme der Geschäftsbeziehung zur Insolvenzsuldnerin so rechtzeitig erteilt worden sei, dass er ausreichend Gelegenheit hatte, sich mit deren Inhalt vertraut zu machen. Hieran fehlt es jedoch.

44 e) Das Berufungsgericht hat auch zu Recht keine weiteren Feststellungen zu der Frage getroffen, ob der Zedent bei den weiteren Geldanlagen erneut über die Einlagensicherung der Insolvenzsuldnerin informiert worden ist. Vielmehr genügte die Information zu Beginn der Geschäftsbeziehung am 28. Mai 1999.

45 Adressat der nach § 23 a Abs. 1 Satz 2 KWG geschuldeten Information ist der Neukunde eines Kreditinstituts. Hierfür spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift, nach dem die Information des Kunden "vor Aufnahme der Geschäftsbeziehung" zu erfolgen hat. Diese zeitliche Festlegung, die auf Artikel 12 Abs. 1 der Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen (ABl. EG Nr. L 141 S. 27 vom 11. Juni 1993; im Folgenden: Wertpapierdienstleistungsrichtlinie)

zurückgeht (vgl. BT-Drucksache 13/7142, S. 55, 86), stellt nicht auf das einzelne Einlagengeschäft des Kunden, sondern auf den Beginn der umfassend zu verstehenden Geschäftsbeziehung zwischen dem Kunden und dem Kreditinstitut ab (Fischer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz, 3. Aufl., § 23 a Rn. 56; Hanten in Beck/Samm/Kokemoor, Gesetz über das Kreditwesen, Band 2, Stand: 132. Aktualisierung, § 23a Rn. 52 f.; Reischauer/Kleinhans, Kreditwesengesetz, Band I, Stand: Erg.-Lfg. 3/04, § 23a Anm. 4; Sethe in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl., § 25 Rn. 67, 70). Dies belegt auch die Systematik innerhalb des § 23 a Abs. 1 KWG: Während die Information nach Satz 2 auf Neukunden beschränkt ist, richten sich die Sätze 1 und 3, die keine zeitliche Festlegung vorsehen, auch an Altkunden (vgl. Sethe, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, S. 674 ff.; Wagner, Die Einlagensicherung bei Banken und Sparkassen nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz, S. 120 f.).

46 2. Dagegen halten die Ausführungen des Berufungsgerichts, die Insolvenzschuldnerin habe auch keine Beratungs- oder Aufklärungspflichten aus einem Beratungsvertrag verletzt, einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Auf Grundlage des mangels entgegenstehender Feststellungen im Berufungsurteil revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Vorbringens der Klägerin lässt sich weder das Zustandekommen eines Beratungsvertrages noch ein Beratungsverschulden der Insolvenzschuldnerin verneinen.

47 a) Tritt ein Anlageinteressent an eine Bank heran, um über die Anlage eines Geldbetrages beraten zu werden, wird das darin liegende An-

gebot zum Abschluss eines Beratungsvertrages stillschweigend durch die Aufnahme des Beratungsgesprächs angenommen (vgl. hierzu Senat BGHZ 123, 126, 128; 178, 149, Tz. 9; ferner Urteil vom 21. März 2006 - XI ZR 63/05, WM 2006, 851, Tz. 10).

48 Diese Voraussetzungen sind nach dem - von dem Beklagten bestrittenen - Vorbringen der Klägerin erfüllt. Sie behauptet, der Zedent habe sich zu den näher genannten Zeitpunkten in die Räumlichkeiten der Insolvenzschuldnerin begeben, um einen bestimmten Geldbetrag "sicher" und "mit guten Zinssätzen" anzulegen. Hierauf habe ihm deren Kundenberater die verschiedenen Geldanlagemöglichkeiten bei der Insolvenzschuldnerin vorgestellt und ein bestimmtes Anlagegeschäft empfohlen.

49 b) Inhalt und Umfang der Beratungspflichten hängen von den Umständen des Einzelfalles ab. Die Beratung muss anleger- und objektgerecht sein (Senat BGHZ 123, 126, 128 f.). 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 Kapitalmarktes, sowie die speziellen Risiken, die sich aus den besonderen Umständen des Anlageobjekts ergeben (Senat BGHZ 123, 126, 128; 178, 149, Tz. 12; ferner Urteil vom 21. März 2006 - XI ZR 63/05, WM 2006, 851, Tz. 12). Während die Aufklärung des Kunden über diese Umstände richtig und vollständig zu sein hat (Senatsurteil vom 9. Mai 2000 - XI ZR 159/99, WM 2000, 1441, 1442), 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 (Senatsurteil vom 21. März 2006 - XI ZR 63/05, WM 2006, 851, Tz. 12).

50 Ausgehend von diesen Maßstäben war - auf Grundlage des Vorbringens der Klägerin - die Empfehlung der Insolvenzsuldnerin zum Kauf der von ihr selbst emittierten Sparbriefe und zur Anlage eines Tagesgeldkontos nicht anlegergerecht und stellt daher ein zum Schadensersatz verpflichtendes Beratungsverschulden dar.

51 Nach der unter Beweis gestellten Behauptung der Klägerin hatte der Zedent dem Kundenberater der Insolvenzsuldnerin bei dem ersten und dritten Anlagegespräch - für das zweite Gespräch bedarf dies noch näherer Darlegung - erläutert, an einer sicheren Geldanlage mit guten Zinssätzen interessiert zu sein; das Geld müsse nach einer bestimmten Laufzeit wieder zurückgezahlt werden. Dies kann nur dahin verstanden werden, dass jedenfalls das eingezahlte Kapital erhalten bleiben sollte. Dieses Anlageziel war mit den von dem Kundenberater der Insolvenzsuldnerin empfohlenen Geldanlagen nicht zu erreichen. Die Insolvenzsuldnerin war nicht dem Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes Deutscher Banken e.V. angeschlossen, so dass Einlagen bei ihr wegen des durch § 4 Abs. 2 ESAEG beschränkten Entschädigungsanspruches nur bis zu einer Höhe von 90 % und ab einem Anlagebetrag von 20.000 € überhaupt nicht sicher waren. Ob dem Zedenten dieses Risiko durch den Hinweis nach § 23 a Abs. 1 Satz 2 KWG hinreichend bewusst war, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Insoweit kommt es allein darauf an, dass die empfohlenen Geldanlagen dem Anlageziel des Zedenten nicht entsprachen und ihm daher gar nicht hätten angeboten werden dürfen. Da die Insolvenzsuldnerin in ihrem eigenen Portfolio

über keine "passenden" Anlageprodukte verfügte, hätte sie den Anlagewunsch des Zedenten abweisen müssen; zur Empfehlung von Anlageprodukten anderer Banken war sie nicht verpflichtet. Hätte der Zedent - etwa wegen der attraktiven Zinsen - gleichwohl weiterhin Interesse an einer Geldanlage bei der Insolvenzschuldnerin gezeigt, hätte deren Kundenberater angesichts des hervorgehobenen Sicherheitsbedürfnisses des Zedenten diesen unmissverständlich auf eine im denkbaren Insolvenzfall nur unvollständige Einlagensicherung der Insolvenzschuldnerin hinweisen müssen. Insoweit durfte er sich nicht darauf verlassen, dass der Zedent den Hinweis nach § 23 a Abs. 1 Satz 2 KWG zur Kenntnis genommen und daraus die richtigen Schlüsse gezogen hatte.

52 Auf die weiteren, von der Revision angegriffenen Ausführungen des Berufungsgerichts zu den Fragen, ob der Zedent ungefragt über das abstrakte Risiko einer Bankeninsolvenz und über die Unterschiede beim Umfang der Einlagensicherung privater Banken aufzuklären war, kommt es danach nicht an.

III.

53 Das angefochtene Urteil war demnach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Entscheidung reif und an das Berufungsgerecht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), das noch weitere tatsächliche Feststellungen zu dem behaupteten Beratungsverschulden und gegebenenfalls zur Verjährungseinrede zu treffen hat.

Wiechers

Joeres

Mayen

Ellenberger

Grüneberg

Vorinstanzen:

LG Dresden, Entscheidung vom 16.08.2007 - 9 O 3932/06 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 16.04.2008 - 8 U 1544/07 -