BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 363/04

Verkündet am:
28. Juni 2005
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 793
AGBG §§ 1, 2

Anleihebedingungen von Inhaberschuldverschreibungen fallen nicht in den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 AGBG (jetzt: § 305 Abs. 2 BGB).

BGH, Urteil vom 28. Juni 2005 - XI ZR 363/04 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 2005 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe, den Richter Dr. Joeres, die Richterin Mayen und die Richter Dr. Ellenberger und Prof. Dr. Schmitt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 13. Oktober 2004 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 21. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 25. Juli 2003 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Rechtsmittelverfahren trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt die beklagte Bank auf Tilgung einer Aktienanleihe zum Nennbetrag, hilfsweise auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Aufklärung über die Anleihebedingungen in Anspruch.

Die Klägerin, die bereits zweimal Aktienanleihen von der Beklagten erworben hatte, kaufte, vertreten durch ihren Sohn, am 12. Juli 2000 zum Kurs von 98,20 von der Beklagten Teilschuldverschreibungen im Nennwert von 6.000 €. Diese waren Teile einer von der Beklagten selbst emittierten und mit einem Zinssatz von 16% ausgestatteten Inhaberschuldverschreibung. Nach den Inhaberschuldverschreibungsbedingungen, die Bestandteil der Global-Inhaberschuldverschreibung waren, war die Ausgabe effektiver Teilschuldverschreibungen ausgeschlossen. Die Teilschuldverschreibungen waren am 21. Juni 2001 zum Nennbetrag zu tilgen, sofern nicht der Kurs der N. -Aktien am Bewertungstag den Basispreis von 52,63 € unterschritt. In diesem Fall hatte die Tilgung durch Lieferung von 19 Aktien je 1.000 € Schuldverschreibung zu erfolgen. Die Inhaberschuldverschreibungsbedingungen wurden der Klägerin nicht ausgehändigt.

Die Beklagte kündigte der Klägerin mit Schreiben vom 2. Juni 2001 an, daß die Anleihe am 21. Juni fällig und der Einlösebetrag ihrem Konto gutgeschrieben werde. Mit Schreiben vom 22. Juni 2001 teilte sie ihr mit, die Einlösung der Anleihe sei durch Lieferung von 114 Aktien zum Kurs von 26,65 € erfolgt. Diese schrieb sie dem Wertpapierdepot der Klägerin gut. Das Schreiben vom 2. Juni 2001 erklärte die Beklagte in einem weiteren Schreiben vom 5. Juli 2001 mit einem Programmfehler.

Die Klägerin macht geltend, mit Schreiben vom 2. Juni 2001 habe die Beklagte die Zahlung des Nennbetrages gewählt. Hilfsweise macht die Klägerin geltend, die Beklagte habe ihre Pflicht, über die gegebenenfalls durch die Lieferung von Aktien erfolgende Tilgung sowie über den Bewertungstag und den Basispreis aufzuklären, verletzt. Die Beklagte

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

hat demgegenüber vorgetragen, sie habe dem Sohn der Klägerin eine schriftliche Kurzbeschreibung der Anleihe ausgehändigt, die die gewünschten Informationen enthalten habe.

Das Landgericht (WM 2005, 1078) hat die Klage auf Rückzahlung des Nennbetrages in Höhe von 6.000 €, hilfsweise auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 5.952,49 €, jeweils nebst Zinsen und Zug-um-Zug gegen Herausgabe der Aktien, abgewiesen. Das Berufungsgericht (BKR 2005, 117) hat ihr mit dem Hauptantrag stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückweisung der Berufung der Klägerin.

I.

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet:

Die Beklagte sei aufgrund der Ausübung ihres Wahlrechts zur Rückzahlung des Nennbetrages der Anleihe verpflichtet. Die Inhaberschuldverschreibungsbedingungen, die kein Wahlrecht der Beklagten, sondern die Verpflichtung enthielten, bei Unterschreitung des vereinbar-

ten Basispreises die versprochenen Aktien zu liefern, seien nicht wirksam in den Vertrag einbezogen worden, weil der Klägerin nicht die Möglichkeit verschafft worden sei, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen (§ 2 AGBG). Der vorliegende Fall des direkten Verkaufs einer Anleihe vom Emittenten an den Anleger, die sog. Eigenemission ohne Einschaltung einer Konsortialbank, könne nicht im Interesse der Funktionsfähigkeit des Wertpapierhandels vom Anwendungsbereich des § 2 AGBG ausgenommen werden. Dies sei aus Sicht des Verbraucherschutzes nicht gerechtfertigt und zur Wahrung der Fungibilität der Wertpapiere nicht erforderlich. § 2 AGBG könne problemlos eingehalten werden, indem der Emittent dem ersten Inhaber der Schuldverschreibungen deren Bedingungen übergebe. Erst bei der Person des Zweiterwerbers träten Fragen auf, die sich nicht mit der Einbeziehung in den Vertrag gemäß § 2 AGBG lösen ließen.

Da die Parteien einen Vertrag ohne Geltung der Inhaberschuldverschreibungsbedingungen geschlossen hätten (§ 6 AGBG) und als Rückzahlungsarten die Zahlung des Nennbetrages und die Lieferung von Aktien in Betracht kämen, sei von einem Wahlrecht der Beklagten gemäß § 262 BGB auszugehen. Dieses habe die Beklagte mit Schreiben vom 2. Juni 2001 im Sinne der Rückzahlung des Nennbetrages ausgeübt. Diese Erklärung habe sie mit ihrem Schreiben vom 5. Juli 2001 nicht wirksam angefochten, weil kein Irrtum im Sinne des § 119 BGB vorliege. Software-Fehler beträfen nur die Erklärungsvorbereitung und berechtigten nicht zur Irrtumsanfechtung.

II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand.

Die Klägerin hat aufgrund des Leistungsversprechens, das die Beklagte durch die Ausstellung der Global-Inhaberschuldverschreibung abgegeben hat, keinen Anspruch gemäß § 793 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Rückzahlung des Nennbetrages der Teilschuldverschreibungen in Höhe von 6.000 €. Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Inhaberschuldverschreibungsbedingungen seien nicht wirksam in den Vertrag zwischen den Parteien einbezogen worden, ist rechtsfehlerhaft.

1. Ob die Inhaberschuldverschreibungsbedingungen Vertragsbestandteil geworden sind, ist, anders als das Berufungsgericht meint, nicht nach § 2 Abs. 1 AGBG, sondern nach §§ 145 ff. BGB zu beurteilen.

Anleihebedingungen von Inhaberschuldverschreibungen sind nach ganz herrschender Meinung Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG (Begr.RegE AGBG BT-Drucks. 7/3919 S. 18; BGHZ 119, 305, 312 und OLG Düsseldorf WM 1991, 1375, 1379 für Genußscheinbedingungen; Grundmann, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 112 Rdn. 115; Bosch, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis Rdn. 10/159 ff.; Claussen, Bank- und Börsenrecht 3. Aufl. Rdn. 319; Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht 3. Aufl. Rdn. 9.203; Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, AGBG 9. Aufl. § 2 Rdn. 13; Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG 4. Aufl. § 1 Rdn. 13; Lenenbach, Kapitalmarkt- und Börsenrecht Rdn. 7.110 und

8.113; Masuch, Anleihebedingungen und AGB-Gesetz S. 58; Schwintowski/Schäfer, Bankrecht 2. Aufl. § 23 Rdn. 103; Stucke, Die Rechte der Gläubiger bei DM-Auslandsanleihen S. 257; Hopt, in: Festschrift Steindorff S. 341, 364; Köndgen NJW 1996, 558, 563; Rozijn ZBB 1998, 77, 92; ebenso für Eigenemissionen: Hartwig-Jacob, Die Vertragsbeziehungen und die Rechte der Anleger bei internationalen Anleiheemissionen S. 232 ff.; Kallrath, Die Inhaltskontrolle der Wertpapierbedingungen von Wandel- und Optionsanleihen, Gewinnschuldverschreibungen und Genußscheinen S. 41 ff.; Bungert DZWir 1996, 185, 187 ff.; Joussen WM 1995, 1861, 1863 ff.; a.A. Ekkenga ZHR 160 (1996), 59, 71 ff.; Assmann WM 2005, 1053, 1057 f.).

Sie fallen aber nach der im Schrifttum (Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht 3. Aufl. Rdn. 9.214 ff.; Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, AGBG 9. Aufl. § 2 Rdn. 14 a; Claussen, Bank- und Börsenrecht 3. Aufl. Rdn. 319; Masuch, Anleihebedingungen und AGB-Gesetz S. 73 ff.; Grundmann, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 112 Rdn. 115; von Randow, in: Baums/Cahn, Die Reform des Schuldverschreibungsrechts S. 25, 46 unter Aufgabe von ZBB 1994, 23, 27 ff.; Hopt, in: Festschrift Steindorff S. 341, 367; Bungert DZWir 1996, 185, 193; a.A. Palandt/Heinrichs, BGB 64. Aufl. § 305 Rdn. 27; Than, in: Festschrift für Heinsius S. 809, 831; vgl. aber Than, in: Baums/Cahn, Die Reform des Schuldverschreibungsrechts S. 3, 23) ganz überwiegend vertretenen Auffassung nicht in den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 AGBG. Dieser Meinung schließt sich der Senat an.

a) Anleihebedingungen fallen zwar nicht unter die Bereichs- und Einzelausnahmen, auf die § 2 Abs. 1 AGBG gemäß § 23 Abs. 1, Abs. 2

Nr. 1, 1 a, 1 b und Abs. 3 AGBG keine Anwendung findet. § 23 AGBG ist aber trotz seines Ausnahmecharakters nicht abschließender Natur, sondern läßt weitere Ausnahmen für andere Rechtsgebiete und Vertragstypen zu (Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, AGBG 9. Aufl. § 23 Rdn. 1; Staudinger/Schlosser, BGB 13. Bearb. § 23 AGBG Rdn. 1; Horn, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG 4. Aufl. § 23 Rdn. 3; Masuch, Anleihebedingungen und AGB-Gesetz S. 59; a.A. Soergel/Stein, BGB 12. Aufl. § 23 AGBG Rdn. 2).

b) In bezug auf Anleihebedingungen unterliegt der Wortlaut des § 2 Abs. 1 AGBG mit Rücksicht auf den Willen des Gesetzgebers, den Rechtsverkehr durch § 2 AGBG nicht unnötig zu behindern (vgl. Begr.RegE AGBG BT-Drucks. 7/3919 S. 13; siehe ferner den vom Bundesministerium der Justiz im April 2003 vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Schuldverschreibungsrechts, S. 11) und Teilschuldverschreibungen als fungible Wertpapiere auszugestalten (vgl. § 793 Abs. 1 Satz 1, § 796 BGB), einer funktionalen Reduktion.

aa) Das Berufungsgericht ist im Ansatz zu Recht davon ausgegangen, daß Emittenten, die Teilschuldverschreibungen unmittelbar an Verbraucher ausgeben, die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 2 Abs. 1 AGBG durch die Aushändigung der Anleihebedingungen ohne weiteres einhalten können. Dies reicht aber zur Wahrung der Fungibilität der Schuldverschreibungen und damit der Funktionsfähigkeit des Wertpapierhandels nicht aus, weil für Rechtsnachfolger der Ersterwerber nicht sicher erkennbar ist, ob die Anleihebedingungen wirksam Vertragsbestandteil geworden sind. In dem bei der Bewältigung des heutigen Massengeschäfts üblichen und auch im vorliegenden Fall praktizierten stü-

ckelosen Effektenverkehr (Senat, Urteile vom 30. November 2004 - XI ZR 200/03, WM 2005, 272, 273, für BGHZ vorgesehen, und vom 30. November 2004 - XI ZR 49/04, WM 2005, 274, 275) können die Anforderungen des § 2 Abs. 1 AGBG in aller Regel nicht durch Übergabe von Wertpapierurkunden, auf denen die Anleihebedingungen abgedruckt sind, eingehalten werden (Grundmann, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 112 Rdn. 115; Ulmer, in: Ulmer/ Brandner/Hensen/Schmidt, AGBG 9. Aufl. § 2 Rdn. 14 a; Wolf, in: Festschrift Zöllner I S. 651, 652 f.). Der Emittent müßte den Anforderungen des § 2 Abs. 1 AGBG auf andere Weise, etwa durch die individuelle Aushändigung der Anleihebedingungen an jeden Ersterwerber, genügen. Für spätere Erwerber wäre dann nicht mehr erkennbar, ob bei der Emission der von ihm erworbenen Teilschuldverschreibung die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 AGBG erfüllt worden und die Anleihebedingungen Vertragsbestandteil geworden sind (Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen/ Schmidt, AGBG 9. Aufl. § 2 Rdn. 14 a; Masuch, Anleihebedingungen und AGB-Gesetz S. 66).

Die Ungewißheit späterer Erwerber über die Konditionen ihrer Teilschuldverschreibung würde noch dadurch verstärkt, daß es unterschiedliche Emissionsformen mit unterschiedlichen rechtlichen Anforderungen gibt und für die Rechtsnachfolger der Ersterwerber nicht erkennbar ist, in welcher Weise ihre Teilschuldverschreibungen emittiert worden sind. Bei einer Fremdemission werden die Anleihebedingungen Bestandteil des Übernahmevertrages zwischen Emittenten und Konsortialbank (Bosch, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis Rdn. 10/166), auf den § 2 Abs. 1 AGBG gemäß § 24 Satz 1 AGBG nicht anwendbar ist. Da die Anleihebedingungen durch den Übernahmevertrag Bestandteil des

verbrieften Rechts werden, müssen sie in die Verträge der Konsortialbank mit den einzelnen Anlegern nicht erneut einbezogen werden (Begr.RegE AGBG BT-Drucks. 7/3919 S. 18; OLG Frankfurt am Main WM 1993, 2089; Bosch, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis Rdn. 10/166; Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, AGBG 9. Aufl. § 2 Rdn. 14; Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG 4. Aufl. § 2 Rdn. 3; Stucke, Die Rechte der Gläubiger bei DM-Auslandsanleihen S. 259). Auch Eigenemissionen gegenüber Unternehmern im Sinne des § 14 Abs. 1 BGB unterliegen nach § 24 Satz 1 AGBG nicht den Anforderungen des § 2 Abs. 1 AGBG. Wäre § 2 Abs. 1 AGBG allein auf Eigenemissionen gegenüber Verbrauchern im Sinne des § 13 BGB anzuwenden, könnten in Abhängigkeit von der Einhaltung der Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 AGBG inhaltlich unterschiedlich ausgestaltete Schuldverschreibungen entstehen, die im Handel nicht hinreichend unterscheidbar wären. Rechtsnachfolger der Ersterwerber blieben über den Inhalt der erworbenen Rechte im Unklaren (Assmann WM 2005, 1053, 1060 f.). Ohne Sicherheit über die inhaltliche Austauschbarkeit aller Wertpapiere derselben Emission wäre aber die Funktionsfähigkeit des auf schnelle und anonyme Abwicklung des Massengeschäfts ausgerichteten Kapitalmarkts gefährdet (Masuch, Anleihebedingungen und AGB-Gesetz S. 66).

bb) Gegen die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 1 AGBG spricht auch der Grundsatz, daß die Auslegung von Schuldverschreibungen für alle Stücke einheitlich und ohne Rücksicht auf Besonderheiten in der Person des einzelnen Inhabers erfolgen muß. Dieser Grundsatz, der die Verkehrsfähigkeit der Kapitalmarktpapiere sichern soll (vgl. RGZ 117, 379, 382; BGHZ 28, 259, 263), ist auf die Einbeziehung von Anleihebedingungen übertragbar (Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht 3. Aufl.

Rdn. 9.214). Dem Bedürfnis des Kapitalmarktes nach einem einheitlichen, standardisierten Inhalt der Wertpapiere widerspräche es, wenn Wertpapiere derselben Emission unterschiedlichen Anforderungen an die Einbeziehung der Anleihebedingungen unterlägen und infolgedessen unter Umständen unterschiedlich ausgestaltete Rechte verbrieften (Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG 4. Aufl. § 2 Rdn. 30; Bungert DZWir 1996, 185, 193; von Randow, in: Baums/Cahn, Die Reform des Schuldverschreibungsrechts S. 25, 64).

c) Daß § 2 Abs. 1 AGBG auf Anleihebedingungen keine Anwendung findet, ist mit der Schutzfunktion dieser Vorschrift vereinbar.

aa) Der durch die gesetzliche Einbeziehungskontrolle gewährte Schutz wirkt bei Inhaberschuldverschreibungen und anderen Wertpapieren ohnehin nur zugunsten von Ersterwerbern. Wenn die Anleihebedingungen wirksam in den Vertrag mit dem Ersterwerber einbezogen worden sind, gelten sie auch ohne erneute Einbeziehung gegenüber derivativen Erwerbern, weil diese nicht mehr oder andere Rechte als ihre Rechtsvorgänger erwerben können (vgl. Begr.RegE AGBG BT-Drucks. 7/3919 S. 18; OLG Frankfurt am Main WM 1993, 2089; Bosch, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis Rdn. 10/166; Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, AGBG 9. Aufl. § 2 Rdn. 14; Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG 4. Aufl. § 2 Rdn. 3; Stucke, Die Rechte der Gläubiger bei DM-Auslandsanleihen S. 259; Hopt, in: Festschrift Steindorff S. 341, 366).

bb) Zudem wird der Schutzzweck des § 2 Abs. 1 AGBG, die Offenlegung der Anleihebedingungen gegenüber Anlegern, durch die in der

Börsenzulassungs-Verordnung und dem Wertpapier-Verkaufsprospektgesetz geregelten kapitalmarktrechtlichen Publizitätspflichten erreicht (Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht 3. Aufl. Rdn. 9.216; Masuch, Anleihebedingungen und AGB-Gesetz S. 74; von Randow, in: Baums/Cahn, Die Reform des Schuldverschreibungsrechts S. 25, 45 f.; siehe auch Assmann WM 2005, 1053, 1066 f.). Diese Pflichten dienen ebenfalls dem Schutz des Anlegers und werden vom Gesetzgeber insoweit als ausreichend angesehen (vgl. Masuch, Anleihebedingungen und AGB-Gesetz S. 74).

d) Die Unanwendbarkeit des § 2 Abs. 1 AGBG auf Anleihebedingungen ist, anders als die Revisionserwiderung meint, mit der Richtlinie 93/13/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. EG 1993, Nr. L 95 S. 29 ff.) vereinbar. Die Richtlinie enthält keine ausdrücklichen Regeln über die Einbeziehung vorformulierter Klauseln in einen Vertrag. Allerdings müssen Vertragsklauseln nach Art. 5 Satz 1 stets klar und verständlich abgefaßt sein. Dies schließt nach der Präambelerwägung Nr. 20 die tatsächliche Möglichkeit der Kenntnisnahme ein. Diese ist bei Anleihebedingungen aufgrund der kapitalmarktrechtlichen Publizitätspflichten gewährleistet. Im übrigen bleibt in der Richtlinie die Rechtsfolge eines etwaigen Verstoßes gegen das Transparenzgebot offen. Die Nichteinbeziehung der betreffenden Klausel als Sanktion ist der Richtlinie nicht zu entnehmen (vgl. MünchKomm/Basedow, BGB 4. Aufl. § 305 Rdn. 49).

2. Da § 2 Abs. 1 AGBG nicht anwendbar ist, genügt für die Einbeziehung der Anleihebedingungen in den Vertrag zwischen den Parteien

eine zumindest konkludente Einbeziehungsvereinbarung (vgl. für Fälle des § 23 Abs. 2: Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, AGBG 9. Aufl. § 23 Rdn. 34 und 36 f.; Staudinger/Schlosser, BGB 13. Bearb. § 23 AGBG Rdn. 17). Eine solche haben die Parteien getroffen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte den Sohn der Klägerin zwar nicht ausdrücklich auf die Geltung der Anleihebedingungen hingewiesen. Der Sohn der Klägerin wußte aber, daß er, wie bereits in früheren Fällen, Aktienanleihen erwarb, deren inhaltliche Ausgestaltung sich nur aus den Anleihebedingungen ergeben konnte. Diese sind als notwendiger Bestandteil des Vertrages von den Parteien stillschweigend vereinbart worden. Die Klägerin hatte bei Vertragsschluß auch die Möglichkeit, die Anleihebedingungen einzusehen und sich aushändigen zu lassen. Sie hat zwar bestritten, die Kurzinformation der Beklagten erhalten zu haben, aber nicht vorgetragen, die Beklagte habe ihr die Anleihebedingungen während der Vertragsverhandlungen trotz einer Bitte um Aushändigung vorenthalten.

3. Gemäß § 3 Nr. 2 der somit Vertragsbestandteil gewordenen Anleihebedingungen, die kein Wahlrecht der Beklagten vorsehen, hat die Klägerin keinen Anspruch auf Tilgung zum Nennbetrag, weil der Kurs der N. -Aktie den Basispreis am Bewertungstag unstreitig unterschritten hat.

III.

Die angefochtene Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

1. Mit der Revision der Beklagten gegen ihre Verurteilung aus dem Hauptanspruch ist auch der Hilfsanspruch der Revisionsinstanz angefallen (vgl. Senat, Urteil vom 25. November 2003 - XI ZR 379/02, WM 2004, 121, 123 m.w.Nachw.).

2. Der auf Schadensersatz in Höhe des entrichteten Kaufpreises gerichtete Hilfsanspruch ist unbegründet.

a) Die Parteien haben durch die Aufnahme eines Beratungsgespräches konkludent einen Beratungsvertrag geschlossen (vgl. Senat BGHZ 123, 126, 128 sowie Urteil vom 9. Mai 2000 - XI ZR 159/99, WM 2000, 1441, 1442). Der Klägerin steht aber kein Anspruch wegen positiver Vertragsverletzung zu, weil von einer Verletzung der Pflichten der Beklagten aus dem Beratungsvertrag nicht ausgegangen werden kann. Die Beklagte war zu einer anleger- und objektgerechten Beratung verpflichtet (Senat BGHZ 123, 126, 128). Dazu gehören, soweit erforderlich, eine Exploration des Kunden sowie eine zutreffende, vollständige und geordnete Aufklärung über das Anlageobjekt (Nobbe, in: Horn/Schimansky, Bankrecht 1998 S. 235, 241 ff.).

aa) Im vorliegenden Fall war eine erneute Ermittlung der Anlageziele, der finanziellen Verhältnisse sowie der einschlägigen Erfahrungen und Kenntnisse der Klägerin bzw. ihres Sohnes nicht erforderlich, weil die Klägerin bereits in den letzten eineinhalb Jahren vor Abschluß des streitgegenständlichen Geschäfts zwei Aktienanleihen bei der Beklagten erworben hatte, von denen eine erst am 2. Mai 2000 fällig geworden war.

Da der erneute Erwerb von Aktienanleihen dem bisherigen Anlageverhalten der Klägerin entsprach, war eine Exploration nicht mehr erforderlich.

bb) Die Beklagte mußte die Klägerin auch nicht darüber aufklären, daß die Tilgungsart nicht von der Ausübung eines Wahlrechts der Beklagten abhing, sondern in den Anleihebedingungen verbindlich geregelt war.

Ein erfahrener Anleger, der - wie die Klägerin - bereits wiederholt Aktienanleihen erworben hat, ist ungefragt nur über risikoerhöhende besondere Umstände aufzuklären, die erkennbar für seinen Kaufentschluß von wesentlicher Bedeutung sind, etwa weil sie die Erfolgsaussichten der beabsichtigten Spekulation erheblich beeinträchtigen können, und über die er nach Treu und Glauben und der Verkehrsauffassung eine Aufklärung erwarten darf (vgl. Senat BGHZ 117, 135, 143 für Aktienoptionsgeschäfte). Das Risiko des Anlegers ändert sich aber nicht dadurch, daß der Inhalt der Rückgewährpflicht nicht von einem Wahlrecht der Emittentin, sondern von dem Aktienkurs an einem bestimmten Referenztag abhängt (vgl. Lenenbach NZG 2001, 481, 484). Der Erwerber einer Aktienanleihe muß davon ausgehen, daß sich der Emittent bei einer Unterschreitung des Basiswertes, die nach den im vorliegenden Fall vereinbarten Anleihebedingungen zu einer Tilgung durch Lieferung von Aktien führt, auch im Falle eines Wahlrechts für diese ihm günstigere Alternative entscheidet.

Die Klägerin macht auch ohne Erfolg geltend, die Beklagte habe sie nicht über den Bewertungstag und den Basispreis aufgeklärt. Nach dem Vorbringen der Beklagten hat der Sohn der Klägerin eine Kurzbe-

schreibung der Anleihe ausgehändigt erhalten. Dieses Vorbringen ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht widerlegt. Das vom Berufungsgericht nach Beweisaufnahme insoweit angenommene non liquet geht zu Lasten der für die Aufklärungspflichtverletzung beweisbelasteten Klägerin.

b) Da die Beklagte ihre Pflichten zur Exploration und Aufklärung nicht verletzt hat, hat sie auch nicht gegen § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 oder 2 WpHG verstoßen. Deshalb braucht nicht entschieden zu werden, ob diese Vorschrift ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist (vgl. Senat BGHZ 142, 345, 356; 147, 343, 348; Urteil vom 24. Juli 2001 - XI ZR 329/00, WM 2001, 1718, 1719).

IV.

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, konnte der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO) und die Berufung zurückweisen.

Nobbe Joeres Mayen

Richter am Bundesgerichtshof Dr. Ellenberger ist wegen Urlaubs verhindert seine Unterschrift beizufügen.

Schmitt

Nobbe