BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

XI ZR 148/11

Verkündet am:
28. Mai 2013
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat im schriftlichen Verfahren, in dem Schriftsätze bis zum 5. April 2013 eingereicht werden konnten, durch den Vorsitzenden Richter Wiechers, die Richter Dr. Ellenberger, Maihold und Pamp sowie die Richterin Dr. Menges

für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung der als Anschlussrevision statthaften Revision der Klägerin wird auf die Revision der Beklagten das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 9. März 2011 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin nimmt die beklagte Bank aus abgetretenem Recht auf Rückabwicklung einer Beteiligung an der V. 3 GmbH & Co. KG (im Folgenden: V 3) in Anspruch.

2 Der Ehemann der Klägerin H. (im Folgenden: Zedent) zeichnete nach vorheriger Beratung durch den Mitarbeiter W. der Beklagten

am 12. September 2003 eine Beteiligung an V 3 im Nennwert von 25.000 € zuzüglich Agio in Höhe von 1.250 €.

3 Nach dem Inhalt des Verkaufsprospekts sollten 8,9% der Zeichnungssumme und außerdem das Agio in Höhe von 5% zur Eigenkapitalvermittlung durch die V. AG (im Folgenden: V. AG) verwendet werden. Die V. AG durfte laut Prospekt ihre Rechte und Pflichten aus der Vertriebsvereinbarung auf Dritte übertragen. Die Beklagte erhielt für den Vertrieb der Anteile Provisionen in Höhe von 8,25% der Zeichnungssumme, ohne dass dies dem Zedenten im Beratungsgespräch offengelegt wurde.

4 Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage unter Berufung auf mehrere Aufklärungs- und Beratungsfehler, Zug um Zug gegen Abtretung der Beteiligung, Rückzahlung des eingesetzten Kapitals in Höhe von 26.250 €, entgangenen Gewinn in Höhe von 8% p.a. ab 12. September 2003 und, jeweils nebst Prozesszinsen, die Erstattung von 1.166 € an das Finanzamt gezahlter Zinsen wegen Aberkennung der zunächst gewährten Steuervorteile sowie Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.737,64 €. Darüber hinaus begehrt die Klägerin die Feststellung, dass die Beklagte zum Ersatz jedes weiteren Schadens aus der Beteiligung verpflichtet ist, sowie die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten. Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben, entgangenen Gewinn jedoch nur in Höhe von 4% zuerkannt. Des Weiteren hat es den Feststellungsantrag hinsichtlich der weiteren Schäden abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht diese Schadensersatzpflicht der Beklagten, gerichtet auf das negative Interesse, festgestellt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht den Antrag auf Ersatz entgangenen Gewinns abgewiesen, jedoch Verzugszinsen ab 9. August 2007 zuerkannt. Im Übrigen sind beide Berufungen ohne Erfolg geblieben.

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

5 Mit ihrer - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision begehrt die Beklagte weiterhin die vollständige Abweisung der Klage. Die Klägerin verfolgt mit ihrem Rechtsmittel den Antrag auf Ersatz des entgangenen Gewinns in Höhe von 4% p.a. bis zum Verzugseintritt weiter.

Entscheidungsgründe:

A. Revision der Beklagten

6 Die Revision der Beklagten ist zulässig und begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist, und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

8 Aufgrund des zwischen dem Zedenten und der Beklagten zustande gekommenen Beratungsvertrags sei die Beklagte verpflichtet gewesen, den Zedenten ungefragt darauf hinzuweisen, dass und in welcher Höhe sie Rückvergütungen erhalte. Der Beklagten sei unstreitig eine umsatzabhängige Provision von 8,25% zugeflossen. Die gebotene Aufklärung des Zedenten sei nicht erfolgt. Aus dem Fondsprospekt könne nicht abgeleitet werden, dass und in wel-

cher Höhe die Beklagte Provisionen erhalte. Die Beklagte habe zumindest fahrlässig gehandelt.

9 Dass der Zedent den Medienfonds bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht gezeichnet hätte, ergebe sich aus der von der Beklagten nicht widerlegten Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens. Die Beklagte habe nicht substantiiert Anhaltspunkte dargelegt und unter Beweis gestellt, dass der Zedent den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen hätte. Unerheblich sei die Behauptung, dass für die Anlageentscheidung des Zedenten allenfalls die Höhe des Agios, die Möglichkeit einer Steuerersparnis und Renditeerzielung sowie die Absicherung der Anlage relevant gewesen seien. Dass der Zedent dies dem Anlageberater mitgeteilt habe, heiße nicht, dass er bei Kenntnis der Provisionshöhe nicht insgesamt von dieser Anlageform abgesehen hätte. Im Übrigen sei der Beweisantritt durch Vernehmung des Beraters W. untauglich, soweit damit eine Kenntnis innerer Tatsachen behauptet werden solle, ohne darzulegen, woher der Zeuge diese Kenntnis habe.

10 Soweit die Beklagte behaupte, der mangelnde Einfluss der Provision auf die Anlageentscheidung des Zedenten ergebe sich auch aus der früheren Beteiligung des Zedenten an dem Filmfonds " Zweite A. GmbH & Co. KG" (nachfolgend: A II) trotz der dort erfolgten Unterrichtung über Provisionen in vergleichbarer Höhe durch den rechtzeitig übergebenen Prospekt, sei das - hinsichtlich der Kenntnis des Zedenten bestrittene - Vorbringen prozessual verspätet und deshalb nach § 531 Abs. 2 ZPO unbeachtlich. Es handele sich um neuen, nämlich nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz vorgebrachten Sachvortrag, der in gleicher Weise den berufungsrechtlichen Verspätungsregeln unterliege wie solcher, der erst mit der Berufungsbegründung verspätet vorgetragen werde.

II.

11 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

12 1. Das Berufungsgericht ist allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte ihre aus dem - nicht mehr im Streit stehenden - Beratungsvertrag nach den Grundsätzen des Bond-Urteils (Senatsurteil vom 6. Juli 1993 - XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, 128) folgende Pflicht, den Zedenten über die ihr zufließende Provision in Höhe von 8,25% des Zeichnungskapitals aufzuklären, schuldhaft verletzt hat.

13 Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist eine Bank aus dem Anlageberatungsvertrag verpflichtet, über die von ihr vereinnahmte Rückvergütung aus offen ausgewiesenen Vertriebsprovisionen ungefragt aufzuklären. Aufklärungspflichtige Rückvergütungen in diesem Sinne sind - regelmäßig umsatzabhängige - Provisionen, die im Gegensatz zu versteckten Innenprovisionen nicht aus dem Anlagevermögen, sondern aus offen ausgewiesenen Provisionen wie zum Beispiel Ausgabeaufschlägen und Verwaltungsvergütungen gezahlt werden, deren Rückfluss an die beratende Bank aber nicht offenbart wird, sondern hinter dem Rücken des Anlegers erfolgt. Hierdurch kann beim Anleger zwar keine Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit der Anlage entstehen, er kann jedoch das besondere Interesse der beratenden Bank an der Empfehlung gerade dieser Anlage nicht erkennen (vgl. nur Senatsbeschluss vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 925 Rn. 20 und Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 17).

14 Bei den von der Beklagten empfangenen Provisionen handelte es sich, wie der Senat für die Parallelfonds V 3 und V 4 bereits mehrfach entschieden hat, um aufklärungspflichtige Rückvergütungen im Sinne der Senatsrechtsprechung (vgl. nur Senatsbeschluss vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 925 Rn. 26 und Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 18). Wie der Senat in diesem Zusammenhang ebenfalls schon mehrfach entschieden hat, konnte eine ordnungsgemäße Aufklärung des Zedenten über diese Rückvergütungen durch die Übergabe des streitgegenständlichen Fondsprospekts nicht erfolgen, weil die Beklagte in diesem nicht als Empfängerin der dort ausgewiesenen Provisionen genannt ist (Senatsbeschluss vom 9. März 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 925 Rn. 27 und Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 22 mwN).

15 Schließlich hat das Berufungsgericht rechts- und verfahrensfehlerfrei ein Verschulden der Beklagten angenommen (vgl. nur Senatsbeschlüsse vom 29. Juni 2010 - XI ZR 308/09, WM 2010, 1694 Rn. 4 ff. und vom 19. Juli 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 1506 Rn. 10 ff. sowie Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 25, jeweils mwN).

16 2. Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung jedoch nicht stand, soweit es die Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung für den Erwerb der Fondsbeteiligung durch den Zedenten bejaht hat.

17 a) Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast für ihre Behauptung trägt, der Zedent hätte die Beteiligung auch bei gehöriger Aufklärung über die Rückvergütung erworben.

18 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt hat, beweis-

pflichtig dafür, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte, der Geschädigte den Rat oder Hinweis also unbeachtet gelassen hätte. Diese sogenannte "Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens" gilt für alle Aufklärungs- und Beratungsfehler eines Anlageberaters, insbesondere auch dann, wenn Rückvergütungen pflichtwidrig nicht offengelegt wurden. Es handelt sich hierbei nicht lediglich um eine Beweiserleichterung im Sinne eines Anscheinsbeweises, sondern um eine zur Beweislastumkehr führende widerlegliche Vermutung (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 28 ff. mwN).

19 Das Berufungsgericht hat des Weiteren im Ergebnis zutreffend angenommen, dass von dieser Beweislastumkehr nicht nur dann auszugehen ist, wenn der Anleger bei gehöriger Aufklärung vernünftigerweise nur eine Handlungsalternative gehabt hätte. Wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden hat (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 30 ff. mwN), ist das Abstellen auf das Fehlen eines solchen Entscheidungskonflikts mit dem Schutzzweck der Beweislastumkehr nicht vereinbar. Die Beweislastumkehr greift vielmehr bereits bei feststehender Aufklärungspflichtverletzung ein.

20 b) Die Revision rügt allerdings - wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils zu einem Parallelfall entschieden hat (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 37 ff.) - zu Recht, dass das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten, ihr Provisionsinteresse habe keinen Einfluss auf die Anlageentscheidung des Zedenten gehabt, insgesamt als unbeachtlich angesehen und angebotene Beweise nicht erhoben hat.

21 aa) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht den Antrag der Beklagten auf Vernehmung des Zedenten als Zeugen für ihre Behauptung, der Anteil, den

sie aus den im Prospekt ausgewiesenen Vertriebsprovisionen erhalten hat, sei für die Anlageentscheidung ohne Bedeutung gewesen, unberücksichtigt gelassen.

22 Dem Vortrag der Beklagten lässt sich noch ein hinreichender Bezug zur Person des Zedenten entnehmen. Dem Beklagtenvortrag ist die Behauptung zu entnehmen, der Zedent hätte die Anlage auch bei Kenntnis von Rückvergütungen erworben. Damit wird die entscheidungserhebliche Tatsache - Fehlen der haftungsbegründenden Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden - unmittelbar selbst zum Gegenstand des Beweisantrags gemacht. Stellte sich der Sachvortrag in der Beweisaufnahme als richtig heraus, stünde die fehlende Kausalität der Pflichtverletzung ohne weiteres fest. Weitere Einzelheiten oder Erläuterungen sind zur Substantiierung des Beweisantrags daher grundsätzlich nicht erforderlich (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 39 mwN).

23 Es liegt auch kein unzulässiger Ausforschungsbeweis vor. Ein solcher ist nur dann anzunehmen, wenn der Beweisführer ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufstellt (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 40 mwN). Die Beklagte hat Anhaltspunkte vorgetragen, die nach ihrer Auffassung zumindest in der Gesamtschau dafür sprechen, dass der Zedent auch in Kenntnis der Rückvergütungen V 3 gezeichnet hätte. Hierzu gehört das behauptete Anlageziel des Zedenten, dass es ihm allein auf die Steuerersparnis und allenfalls noch Renditechancen und das Sicherungskonzept der Schuldübernahme ankam. Angesichts dessen kann eine Behauptung "ins Blaue hinein" nicht angenommen werden (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 41).

24 bb) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht auch den von der Beklagten vorgetragenen Hilfstatsachen (Indizien) keine Bedeutung beigemessen (vgl. hierzu Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 42 ff. mwN).

25 (1) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht allerdings den Vortrag der Beklagten, der Zedent, der unstreitig bereits zuvor den Filmfonds A II gezeichnet hatte, sei bei A II vor dessen Zeichnung über eine der Beklagten zufließende Provision in Höhe von 8,5% des Zeichnungskapitals informiert gewesen, als prozessual verspätet gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Soweit die Revision insofern Verfahrensfehler geltend macht, hat der Senat diese geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).

26 (2) Rechtsfehlerhaft ist das Berufungsgericht aber dem unter Zeugenbeweis gestellten Vortrag der Beklagten zum Motiv des Zedenten, sich an V 3 zu beteiligen (Steuerersparnis bzw. allenfalls noch Renditechancen und das Sicherungskonzept), nicht nachgegangen.

27 Zwar steht der Umstand, dass ein Anleger eine steueroptimierte Anlage wünscht, für sich gesehen der Kausalitätsvermutung nicht entgegen. Ist die vom Anleger gewünschte Steuerersparnis aber nur mit dem empfohlenen Produkt oder anderen Kapitalanlagen mit vergleichbaren Rückvergütungen zu erzielen, kann das den Schluss darauf zulassen, dass an die Bank geflossene Rückvergütungen für die Anlageentscheidung unmaßgeblich waren (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 53 mwN).

28 Dem Vortrag der Beklagten kann entnommen werden, dass sie behauptet, dem Zedenten sei es vordringlich um die bei V 3 zu erzielende Steuerersparnis gegangen, die alternativ nur mit Produkten zu erzielen gewesen sei, bei denen vergleichbare Rückvergütungen gezahlt worden seien. Das Berufungsgericht hat diesen Vortrag zu Unrecht nicht gewürdigt und den insoweit angetretenen Beweis durch Vernehmung des Beraters W. als Zeugen unbeachtet gelassen.

III.

29 Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

30 1. Das Berufungsgericht wird den Zedenten als Zeugen zu der Behauptung der Beklagten, dass der Anteil, den sie aus den im Prospekt ausgewiesenen Vertriebsprovisionen erhalten hat, für die Anlageentscheidung ohne Bedeutung war, zu vernehmen haben. Gegebenenfalls wird es die Behauptung der Beklagten zu würdigen haben, dem Zedenten sei es allein um die bei V 3 zu erzielende Steuerersparnis gegangen, die alternativ nur mit Produkten zu erzielen gewesen sei, bei denen vergleichbare Rückvergütungen gezahlt worden seien. Gegebenenfalls wird es dazu den Zeugen W. und gegebenenfalls den Zedenten zu vernehmen haben (vgl. auch Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 42 ff.).

31 Sollte das Berufungsgericht nach erneuter Verhandlung die Kausalitätsvermutung in Bezug auf verschwiegene Rückvergütungen als widerlegt ansehen, wird es einer Haftung der Beklagten wegen falscher Darstellung der Kapitalgarantie nachzugehen haben (vgl. Senatsbeschluss vom 19. Juli 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 1506 Rn. 13 ff. sowie Henning, WM 2012, 153 ff. mwN). Sollte das Berufungsgericht insoweit eine Aufklärungspflichtverletzung bejahen, dürfte die Widerlegung der dann eingreifenden Kausalitätsvermutung bereits nach dem Vortrag der Beklagten, dem Zedenten sei es auch auf das Sicherungskonzept der Schuldübernahme angekommen, ausscheiden.

32 2. Bezüglich der nur vorsorglichen Revisionsangriffe gegen die vom Berufungsgericht zuerkannten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten weist der Senat auf Folgendes hin:

33 Die Revision hat keinen Erfolg mit ihrem Einwand, es bestehe allenfalls Anspruch auf Ersatz einer Gebühr gemäß Nr. 2302 VV RVG, weil es sich bei dem vorgerichtlichen Schreiben des Klägervertreters vom 26. Juli 2007 um ein vorformuliertes Massenschreiben gehandelt habe. Bei dem Anspruchsschreiben handelt es sich offensichtlich nicht um ein solches "einfacher Art" (vgl. Jungbauer in Bischof, RVG, 5. Aufl., VV 2302 Rn. 6; Hartmann, Kostengesetze, 42. Aufl., VV 2302 Rn. 3 mwN). Im Übrigen kommt es nicht nur auf die tatsächlich entfaltete Tätigkeit des Rechtsanwalts, sondern maßgeblich auf Art und Umfang des erteilten Mandats an (BGH, Urteil vom 23. Juni 1983 - III ZR 157/82, NJW 1983, 2451, 2452 zu § 120 Abs. 1 BRAGO).

34 Der Revision ist allerdings zuzugeben, dass das Anspruchsschreiben auch auf einem Mandat zur gerichtlichen Forderungsdurchsetzung beruhen könnte und in diesem Fall durch die Verfahrensgebühr gemäß Nr. 3100 VV RVG abgegolten wäre (vgl. § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 RVG; Mayer

in Gerold/Schmidt, RVG, 20. Aufl., VV 2300, 2301 Rn. 6; Onderka/Wahlen in Schneider/Wolf, AnwaltKommentar RVG, 6. Aufl., VV Vorbem. 2.3 Rn. 12 f. mwN). Ob auch eine Verfahrensgebühr nach Nr. 2300 VV RVG entstanden ist, hängt wiederum von Art und Umfang des vom Zedenten erteilten Mandats ab, wozu die Klägerin bislang noch nicht ausreichend vorgetragen hat. Ein nur bedingt für den Fall des Scheiterns des vorgerichtlichen Mandats erteilter Prozessauftrag steht der Gebühr aus Nr. 2300 VV RVG, entgegen der Auffassung der Revision, allerdings nicht entgegen (BGH, Urteil vom 1. Oktober 1968 - VI ZR 159/67, NJW 1968, 2334, 2335; OLG Celle, JurBüro 2008, 319; OLG Hamm, NJW-RR 2006, 242; Jungbauer in Bischof, RVG, 5. Aufl., Vorbem. 2.3 VV Rn. 27; Schons in Hartung/Römermann/Schons, RVG, 2. Aufl., 2300 VV Rn. 18; aA OLG München, WM 2010, 1622, 1623; Hartmann, Kostengesetze, 42. Aufl., VV 2300 Rn. 3).

35 Der Revision ist des Weiteren zuzugeben, dass ein Schädiger nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur jene durch das Schadensereignis verursachten Rechtsanwaltskosten zu ersetzen hat, die aus der Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren (BGH, Urteile vom 10. Januar 2006 - VI ZR 43/05, NJW 2006, 1065 Rn. 5 und vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 249/02, NJW 2004, 444, 446, jeweils mwN). Ist der Schuldner bekanntermaßen zahlungsunwillig und erscheint der Versuch einer außergerichtlichen Forderungsdurchsetzung auch nicht aus sonstigen Gründen erfolgversprechend, sind die dadurch verursachten Kosten nicht zweckmäßig (vgl. OLG Celle, JurBüro 2008, 319; OLG Hamm, NJW-RR 2006, 242, 243; OLG München, WM 2010, 1622, 1623). Insoweit kommt es allerdings auf die (Gesamt-)Umstände des Einzelfalls an, deren Würdigung dem Tatrichter obliegt (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 70).

36 3. Bezüglich des Feststellungsantrags hinsichtlich der weiteren Schäden aus der Beteiligung weist der Senat schließlich darauf hin, dass der Antrag dahingehend ausgelegt werden kann und auszulegen ist, dass die Ersatzpflicht der Beklagten nicht jene steuerlichen Nachteile umfasst, die aus der Einkommensbesteuerung der Ersatzleistung resultieren. Diese Nachteile wurden bereits abschließend (und zutreffend) bei Bemessung der Ersatzleistung aufgrund pauschalisierender Betrachtungsweise der steuerlichen Vor- und Nachteile im Rahmen der Vorteilsausgleichung berücksichtigt (vgl. BGH, Urteile vom 1. März 2011 - XI ZR 96/09, WM 2011, 740 Rn. 8 f. und vom 23. April 2012 - II ZR 75/10, WM 2012, 1293 Rn. 40).

B. Revision der Klägerin

37 Das Rechtsmittel der Klägerin hat keinen Erfolg.

I.

38 Die Revision der Klägerin ist unzulässig, jedoch als Anschlussrevision fortzuführen.

39 Das Berufungsgericht hat die Revision nur zugunsten der Beklagten, nicht jedoch zugunsten der Klägerin zugelassen. Das ergibt sich zwar nicht aus dem Tenor des Berufungsurteils, jedoch durch Auslegung der Urteilsgründe, wie der Senat bereits mehrfach für vergleichbare Formulierungen entschieden hat (vgl. Senatsbeschlüsse vom 8. Mai 2012 - XI ZR 140/10 und XI ZR 147/10 jeweils juris Rn. 6 f.; vgl. auch Senatsbeschluss vom 8. Mai 2012 - XI ZR 261/10, WM 2012, 1211 Rn. 6 f. mwN). Die unzulässige Revision kann indes-

sen in eine Anschlussrevision umgedeutet werden (vgl. Senatsbeschlüsse aaO, jeweils Rn. 9). Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anschlussrevision liegen vor, insbesondere wurde das Rechtsmittel bereits vor Beginn der Monatsfrist des § 554 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 ZPO begründet.

II.

40 Das Berufungsgericht hat - soweit für die Anschlussrevision von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:

41 Die Klägerin habe die Voraussetzungen des Anspruchs auf entgangenen Gewinn nicht substantiiert dargetan. Die Klägerin habe nicht ausreichend vorgetragen, dass und gegebenenfalls wie der Zedent den in den Medienfonds investierten Betrag anderweitig angelegt hätte, wenn es zu der streitgegenständlichen Anlage nicht gekommen wäre. Das pauschale Vorbringen, der Zedent hätte den Betrag "anderweitig gewinnbringend angelegt" und dabei eine Rendite von "wenigstens 8%" erzielt, rechtfertige keine Schätzung des entgangenen Gewinns gemäß § 252 BGB, § 287 ZPO. Es sei kein ausreichender Anhaltspunkt dafür gegeben, welche Art von Anlageform der Zedent alternativ gewählt hätte. Dass es sich hierbei, wie vom Landgericht angenommen, um Festgeld und nicht um eine andere, risikoreichere und im Ergebnis weniger gewinnbringende Anlage gehandelt hätte, lasse sich in Anbetracht des der Beteiligung vorausgehenden Anlageverhaltens des Zedenten, der nach dem nicht hinreichend widersprochenen Vorbringen der Beklagten in geschlossene Fonds zwecks Steueroptimierung investiert habe, nicht sicher feststellen. Das gelte auch für den zweitinstanzlichen Vortrag, der Zedent hätte eine "der sich bekanntlich bietenden, sicheren alternativen Anlageformen..., als da sind u.a. längerfristige Bundesanleihen, Festgeld oder Geldmarktfonds" gewählt.

III.

42 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht hat den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch auf Ersatz entgangener Anlagezinsen in Höhe von 4% p.a. von der Zeichnung der Beteiligung bis zum Verzugseintritt zu Recht verneint.

43 1. Der Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung des Beratungsvertrages umfasst nach § 252 Satz 1 BGB allerdings auch den entgangenen Gewinn. Dazu gehören grundsätzlich auch entgangene Anlagezinsen. Der Anleger kann sich hierbei gemäß § 252 Satz 2 BGB auf die allgemeine Lebenserfahrung berufen, dass Eigenkapital ab einer gewissen Höhe erfahrungsgemäß nicht ungenutzt liegen bleibt, sondern zu einem allgemein üblichen Zinssatz angelegt wird (Senatsurteile vom 24. April 2012 - XI ZR 360/11, WM 2012, 1188 Rn. 11 und vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 64, jeweils mwN).

44 2. Entgegen der Ansicht der Anschlussrevision hat das Berufungsgericht jedoch den Ersatz von Anlagezinsen vorliegend rechtsfehlerfrei abgelehnt.

45 a) Der Geschädigte trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, ob und in welcher Höhe ihm durch das schädigende Ereignis ein Gewinn entgangen ist. § 252 Satz 2 BGB enthält für den Geschädigten lediglich eine die Regelung des § 287 ZPO ergänzende Darlegungs- und Beweiserleichterung. Der Geschädigte kann sich deshalb zwar auf die Behauptung und den Nachweis der Anknüpfungstatsachen beschränken, bei deren Vorliegen die in § 252 Satz 2 BGB geregelte Vermutung eingreift. Die Wahrscheinlichkeit einer Gewinnerzielung im Sinne von § 252 BGB aufgrund einer zeitnahen alternativen Investitionsent-

scheidung des Geschädigten und deren Umfang kann jedoch nur anhand seines Tatsachenvortrages dazu beurteilt werden, für welche konkrete Form der Kapitalanlage er sich ohne das schädigende Ereignis entschieden hätte (Senatsurteil vom 24. April 2012 - XI ZR 360/11, WM 2012, 1188 Rn. 13). Die dem Tatrichter obliegende Würdigung des Prozessstoffs gemäß § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO dahingehend, ob die behaupteten Anknüpfungstatschen für wahr oder für nicht wahr zu erachten sind, ist revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar.

46 b) Das Berufungsgericht hat sich von der Behauptung der Klägerin, dass der Zedent das Kapital bei ordnungsgemäßer Aufklärung in eine "sichere alternative Anlageform" investiert hätte, aufgrund der vorgetragenen Umstände nicht mit ausreichender Sicherheit überzeugen können. Ungeachtet der Frage, ob die Klägerin überhaupt ausreichende Anknüpfungstatsachen für eine Schadensschätzung vorgetragen hat, ist jedenfalls diese tatrichterliche Würdigung nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei das vorangegangene - unstreitige - Anlageverhalten des Zedenten berücksichtigt und angenommen, dass eine erneute Investition des Zedenten in eine andere steuerwirksame, unternehmerische Beteiligung nicht ausgeschlossen werden könne.

47 Zu Recht hat das Berufungsgericht daher eine Beweislastentscheidung zulasten der Klägerin getroffen. Die von der Anschlussrevision erhobene Verfahrensrüge, das Berufungsgericht habe Vortrag der Klägerin nicht berücksichtigt, hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).

48 c) Wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils außerdem klargestellt hat, hat der Geschädigte auch keinen Anspruch auf einen (gesetzlichen) Mindestschaden analog § 246 BGB unabhängig vom Parteivortrag (Senatsurteil vom 24. April 2012 - XI ZR 360/11, WM 2012, 1188 Rn. 18).

Wiechers Ellenberger Maihold

Pamp Menges

Vorinstanzen:
LG Köln, Entscheidung vom 26.11.2009 - 15 O 302/08 -
OLG Köln, Entscheidung vom 09.03.2011 - 13 U 215/09 -