BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

XI ZR 345/10

Verkündet am:
26. Februar 2013
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat im schriftlichen Verfahren, in dem Schriftsätze bis zum 11. Januar 2013 eingereicht werden konnten, durch den Vorsitzenden Richter Wiechers sowie die Richter Dr. Ellenberger, Maihold, Dr. Matthias und Pamp

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 15. September 2010 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Auf die Anschlussrevision des Klägers wird das vorbezeichnete Urteil, unter Zurückweisung des Rechtsmittels des Klägers im Übrigen, darüber hinaus insoweit aufgehoben, als es das Urteil der 24. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 8. März 2010 hinsichtlich der Verpflichtung der Beklagten zur Zinszahlung aus der Hauptforderung von 26.250 € in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, maximal jedoch 8%, seit dem 8. Dezember 2008 abgeändert und die Klage insoweit abgewiesen hat.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger 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 Anleger J. S. (im Folgenden: Zedent) zeichnete nach vorheriger Beratung durch den Mitarbeiter L. der Beklagten am 13. Oktober 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 Bereits zuvor hatte sich der Zedent über die Beklagte an dem Filmfonds " Zweite A. GmbH & Co. KG" (nachfolgend: A II) beteiligt. Auf Seite 28 des Prospekts zu diesen Fonds war mitgeteilt worden, dass die Beklagte für die Eigenkapitalvermittlung eine Vergütung von 8,5% des Zeichnungskapitals erhielt.

5 Der Kläger verlangt mit seiner 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 13. Oktober 2003 und, jeweils nebst Prozesszinsen, die Erstattung von 1.481 € an das Finanzamt gezahlter Zinsen wegen

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

Aberkennung der zunächst gewährten Steuervorteile sowie Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.918,04 €. Darüber hinaus begehrt der Kläger die Feststellung, dass die Beklagte zum Ersatz jedes weiteren Schadens des Zedenten verpflichtet ist, sowie die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten. Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben, hinsichtlich der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten jedoch nur in Höhe von 1.196,43 €. Den Antrag auf Ersatz entgangenen Gewinns hat das Landgericht abgewiesen, stattdessen hat es lediglich Verzugszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, maximal jedoch 8% p.a., ab 8. Dezember 2008 zuerkannt. Schließlich ist der Feststellungsantrag hinsichtlich des Annahmeverzugs der Beklagten ohne Erfolg geblieben. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht die Beklagte verurteilt, an den Kläger des Weiteren entgangenen Gewinn in Höhe von 2% p.a. vom 13. Oktober 2003 bis 26. Januar 2009 sowie anschließend Prozesszinsen zu bezahlen; Verzugszinsen bereits ab 8. Dezember 2008 hat es nicht zuerkannt. Den Annahmeverzug der Beklagten hat das Berufungsgericht antragsgemäß festgestellt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht den Feststellungsantrag hinsichtlich der weiteren Schäden abgewiesen. Im Übrigen hat es beide Berufungen zurückgewiesen.

6 Mit ihrer - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision begehrt die Beklagte weiterhin die vollständige Abweisung der Klage. Der Kläger verfolgt mit seinem Rechtsmittel die Anträge hinsichtlich des entgangenen Gewinns sowie der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten weiter.

Entscheidungsgründe:

A. Revision der Beklagten

7 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.

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

9 Das Landgericht habe mit zutreffender Begründung einen Schadensersatzanspruch des Klägers aus abgetretenem Recht gegen die Beklagte bejaht. Die Beklagte habe es pflichtwidrig unterlassen, den Zedenten im Beratungsgespräch darüber aufzuklären, dass sie von der Fondsgesellschaft eine Rückvergütung von insgesamt 8,25% erhalten habe. Ein Mitverschulden falle dem Zedenten nicht zur Last.

10 Der Schadensersatzanspruch richte sich darauf, so gestellt zu werden, wie der Zedent stünde, wenn er der Gesellschaft nicht beigetreten wäre. Danach habe das Landgericht die Beklagte zu Recht zur Rückzahlung der Einlage inklusive Agio und der an das Finanzamt entrichteten "Säumniszuschläge" (richtig: Zinsen nach § 233a AO) nebst Verzugszinsen Zug-um-Zug gegen Übertragung der Rechte aus der Beteiligung verurteilt.

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, WM 2012, 1337 Rn. 17, für BGHZ bestimmt).

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 Senatsrechtspre-

chung (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, WM 2012, 1337 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, WM 2012, 1337 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. 5 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, WM 2012, 1337 Rn. 25, jeweils mwN).

16 2. Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung jedoch nicht stand, soweit das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil die Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung für den Erwerb der Fondsbeteiligung durch den Zedenten bejaht hat.

17 a) Zutreffend hat das vom Berufungsgericht in Bezug genommene Landgericht 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, beweispflichtig 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, WM 2012, 1337 Rn. 28 ff. mwN).

19 Das Landgericht 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, WM 2012, 1337 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, WM 2012, 1337 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, dass der Anteil, den sie aus den im Prospekt ausgewiesenen Vertriebsprovisionen erhalten

hat, für die Anlageentscheidung ohne Bedeutung gewesen sei, 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, WM 2012, 1337 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, WM 2012, 1337 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. Als weiteren Anhaltspunkt hat die Beklagte vorgetragen, der Zedent habe bereits zuvor eine Beteiligung an dem Filmfonds A II in Kenntnis von Provisionszahlungen an die beratende Bank geschlossen. Angesichts dessen kann eine Behauptung "ins Blaue

hinein" nicht angenommen werden (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 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, WM 2012, 1337 Rn. 42 ff. mwN).

25 Rechtsfehlerhaft ist das Berufungsgericht 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.

26 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, WM 2012, 1337 Rn. 53 mwN).

27 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 L. als Zeugen unbeachtet gelassen.

28 cc) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht auch der Tatsache, dass der Zedent bereits zuvor den Filmfonds A II gezeichnet hatte, bei dem die Beklagte eine Provision in Höhe von 8,5% des Zeichnungskapitals erhielt, keine Bedeutung beigemessen.

29 Relevante Indizien für die fehlende Kausalität können sich sowohl aus dem vorangegangenen als auch aus dem nachfolgenden Anlageverhalten des Anlegers ergeben. Insbesondere die Kenntnis des Anlegers von Provisionen oder Rückvergütungen, die die beratende Bank bei vergleichbaren früheren Anlagegeschäften erhalten hat, kann ein Indiz dafür sein, dass der Anleger die empfohlene Kapitalanlage auch in Kenntnis der Rückvergütung erworben hätte. Sollte ein Anleger in Bezug auf eine vergleichbare Kapitalanlage, die er vor oder nach der streitgegenständlichen erworben hat, erst nach dem Erwerb der jeweiligen Beteiligung Kenntnis von Rückvergütungen erhalten, so kann sich ein Indiz für die fehlende Kausalität der unterlassenen Mitteilung über Rückvergütungen auch daraus ergeben, dass der Anleger an den vergleichbaren - möglicherweise gewinnbringenden - Kapitalanlagen festhält und nicht unverzüglich Rückabwicklung wegen eines Beratungsfehlers begehrt (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 50).

30 Nach dem revisionsrechtlich zugunsten der Beklagten zu unterstellenden Vortrag der Beklagten ist der Zedent bei A II über die dort an die Beklagte geflossene Vergütung aufgeklärt worden. Hatte der Zedent aber Kenntnis davon, dass die Beklagte bei A II eine Provision in Höhe von 8,5% erhielt und zeichnete er die Anlage trotzdem, so ist das ein gewichtiges Indiz dafür, dass er sich auch bei Kenntnis der Rückvergütungen bei V 3 nicht von einer Beteiligung hätte abhalten lassen.

III.

31 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).

32 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 L. und gegebenenfalls den Zedenten zu vernehmen haben (vgl. auch Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 42 ff.).

33 Soweit der Kläger die ordnungsgemäße und rechtzeitige Aufklärung des Zedenten über Rückvergütungen bei der Zeichnung des Filmfonds A II bestreitet, wird das Berufungsgericht gegebenenfalls auch die insoweit angebotenen Beweise zu erheben haben. Denn eine Aufklärung über Rückvergütungen kann auch mittels der Übergabe eines Prospektes erfolgen, in dem die beratende Bank als Empfängerin der der Höhe nach korrekt angegebenen Vertriebsprovisionen ausdrücklich genannt ist (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 20 mwN). Voraussetzung dafür ist allerdings, dass der Prospekt dem Anleger so rechtzeitig vor der Anlageentscheidung übergeben wird, dass er sich mit seinem Inhalt vertraut machen konnte (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 21 mwN). Soweit der Kläger

darüber hinaus vorträgt, die Frage einer früheren Aufklärung stelle sich nicht, weil der Zedent den Prospekt jedenfalls nicht gelesen habe, weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass dieser Einwand schon aus Rechtsgründen keinen Erfolg haben kann. Einen rechtzeitig übergebenen Prospekt muss der Anleger im eigenen Interesse sorgfältig und eingehend durchlesen (vgl. Senatsurteil vom 31. März 1992 - XI ZR 70/91, WM 1992, 901, 904; BGH, Urteil vom 6. März 2008 - III ZR 298/05, WM 2008, 725 Rn. 9 aE). Wurde der Anleger von der Bank ordnungsgemäß mittels Übergabe eines fehlerfreien Prospektes aufgeklärt, nimmt er die Informationen jedoch nicht zur Kenntnis, geht das grundsätzlich zu seinen Lasten. Das gilt zwar nur in Bezug auf die konkrete Anlageentscheidung, die die Prospektübergabe vorbereiten soll. Jedoch kann dieses Verhalten hinsichtlich nachfolgender Anlageentscheidungen ein Indiz dafür sein, dass der Anleger auch bei diesen die Information über die Höhe und den Empfänger von Vertriebsprovisionen ignoriert hätte.

34 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.). Sollte das Berufungsgericht insoweit - wie der Senat zum selben Fonds bereits entschieden hat (vgl. Senatsbeschluss vom 19. Juli 2011 - XI ZR 191/10, WM 2011, 1506 Rn. 14; vgl. auch Henning, WM 2012, 153 ff. mwN zu dem Parallelfonds V 4) - 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.

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

36 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 21. November 2008 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).

37 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 Vorb. 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 der Kläger 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., Vorbemerkung 2.3 VV

Rn. 27; Schons in Hartung/Römermann/Schons, RVG, 2. Aufl., 2300 VV Rn. 18; a.A. OLG München, WM 2010, 1622, 1623; Hartmann, Kostengesetze, 42. Aufl., VV 2300 Rn. 3).

38 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 Gläubiger 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, WM 2012, 1337 Rn. 70).

B. Revision des Klägers

39 Das Rechtsmittel des Klägers hat nur teilweise Erfolg.

I.

40 Die Revision des Klägers ist unzulässig, jedoch als Anschlussrevision fortzuführen.

41 Das Berufungsgericht hat die Revision nur zugunsten der Beklagten, nicht jedoch zugunsten des Klägers zugelassen. Das ergibt sich zwar nicht aus dem Tenor des Berufungsurteils, jedoch durch Auslegung der Urteilsgründe, wie der Senat bereits mehrfach für identische Formulierungen des Berufungsgerichts entschieden hat (vgl. Senatsbeschlüsse vom 8. Mai 2012 - XI ZR 261/10, WM 2012, 1211 Rn. 6 f. mwN sowie XI ZR 102/11, XI ZR 423/10 und XI ZR 424/10, jeweils juris Rn. 6 f.). Die unzulässige Revision kann indessen 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.

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

43 Die Berufung des Klägers sei wegen der geltend gemachten Zinsforderung teilweise begründet. Ein Zinsschaden des Zedenten in Höhe von 2% p.a. sei hinreichend dargelegt. Das eingesetzte Eigenkapital bleibe erfahrungsgemäß nicht ungenutzt, sondern werde zu einem allgemein üblichen Zinssatz angelegt. Mit Rücksicht darauf, dass es dem Zedenten bei der Kapitalanlage auf Steuerersparnis und Sicherheit angekommen sei, könne ein über 2% hinausgehender Anlagezins aber nicht festgestellt werden. Die weitergehende Zinsforderung sei auch nicht aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der Herausgabe gezogener oder des Ersatzes nicht gezogener Nutzungen gemäß § 990, § 987 Abs. 2, § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, §§ 292, 826, 849 BGB gerechtfertigt. Es könne nicht festgestellt werden, dass die Unterlassung des erforderlichen Hin-

weises auf Vorsatz beruht habe. Vielmehr falle der Beklagten nur Fahrlässigkeit zur Last.

44 Ohne Erfolg wende sich die Berufung allerdings dagegen, dass das Landgericht bei der Schadensberechnung die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nur in Höhe einer Geschäftsgebühr von 1,3 zuerkannt habe. Weil die Prozessbevollmächtigten des Zedenten zahlreiche Anleger in Parallelverfahren vertreten hätten, sei der für den Zedenten erbrachte Aufwand allenfalls durchschnittlich und die vom Anwalt getroffene Bestimmung deshalb unbillig gewesen.

III.

45 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung überwiegend stand.

46 1. Ohne Erfolg begehrt die Anschlussrevision Zinsen in Höhe von 8% p.a. ab 13. Oktober 2003.

47 a) Das Berufungsgericht hat den entgangenen Zinsgewinn rechtsfehlerfrei nach § 287 ZPO auf 2% p.a. geschätzt.

48 aa) Der Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung des Beratungsvertrages umfasst nach § 252 Satz 1 BGB auch den entgangenen Gewinn. 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, WM 2012,

1337 Rn. 64, jeweils mwN). Zur Feststellung der Höhe des allgemein üblichen Zinssatzes kann der Tatrichter von der Möglichkeit einer Schätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO Gebrauch machen (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 64 mwN). Diese Schadensschätzung, die der Tatrichter - anhand des gesamten Streitstoffs - nach freiem Ermessen vorzunehmen hat, unterliegt nur einer beschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht dahingehend, ob der Tatrichter erhebliches Vorbringen der Parteien unberücksichtigt gelassen, Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Acht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 65 mwN).

49 Solche Rechtsfehler hat die Anschlussrevision nicht aufgezeigt und sind auch nicht ersichtlich. Insbesondere ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht die Anlageziele des Zedenten bei der Schätzung der erzielbaren Rendite berücksichtigt hat (Senatsurteile vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 65 mwN und vom 24. April 2012 - XI ZR 360/11, WM 2012, 1188 Rn. 14). Der Geschädigte hat auch keinen Anspruch auf einen (gesetzlichen) Mindestschaden unabhängig vom Parteivortrag (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 64 mwN).

50 bb) Der Geschädigte kann den Schaden zwar auch konkret berechnen. Hierzu muss er allerdings darlegen und gegebenenfalls beweisen, welche konkrete Anlage er erworben und welchen Gewinn er daraus erzielt hätte (BGH, Urteil vom 8. November 1973 - III ZR 161/71, WM 1974, 128, 129). Insoweit gelten keine Darlegungs- und Beweiserleichterungen (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, WM 2012, 1337 Rn. 67). Auf derartigen Vortrag vermag die Anschlussrevision nicht zu verweisen. Aus welcher Kapitalanlage der Zedent 8% p.a. Rendite hätte erzielen können, ist nicht ansatzweise ersichtlich.

51 cc) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die Beklagte, was mangels gegenteiliger tatrichterlicher Feststellungen für das Revisionsverfahren entsprechend dem Klägervortrag zu unterstellen ist, eine Rendite von 8% p.a. aus dem streitgegenständlichen Filmfonds zugesichert hat.

52 Es stellt, entgegen der Auffassung der Anschlussrevision, keinen Normwiderspruch dar, wenn sich die Bank darauf zurückziehen kann, der Anleger hätte den versprochenen Ertrag anderweitig nicht erzielen können. Der Schadensersatzanspruch des Zedenten ist nicht auf das Erfüllungsinteresse gerichtet. Er begehrt vielmehr so gestellt zu werden, als hätte er sich nicht an dem streitgegenständlichen Fonds beteiligt (Senatsurteil vom 22. März 2011 - XI ZR 33/10, WM 2011, 682 Rn. 43 insoweit nicht in BGHZ 189, 13 abgedruckt; BGH, Urteil vom 22. April 2010 - III ZR 318/08, WM 2010, 1017 Rn. 32), sondern - soweit es um den entgangenen Gewinn geht - eine andere Kapitalanlage gewählt. Dem Kläger kommt auch keine über § 252 Satz 2 BGB hinausgehende Beweiserleichterung zugute. Für einen Anscheinsbeweis, den die Anschlussrevision für sich in Anspruch nimmt, fehlt es gerade an einem typischen Geschehensablauf, denn der Kläger verlangt mehr als die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge (§ 252 Satz 2 BGB) zu erwartenden Zinsen.

53 dd) Verfehlt ist überdies die Rechtsauffassung der Anschlussrevision, ein höherer Zinsanspruch ergebe sich unter dem Gesichtspunkt des abzuschöpfenden Gewinns.

54 Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Herausgabe des vom Schädiger tatsächlich erzielten Gewinns betrifft ausschließlich Immaterialgüterrechte sowie wettbewerbsrechtlich geschützte Positionen und folgt aus deren besonderer Verletzlichkeit und dem sich daraus ergebenden besonderen Schutzbedürfnis des Verletzten (BGH, Urteile vom 29. Juni 2010 - KZR 31/08,

WM 2010, 1950 Rn. 47 und vom 8. Oktober 1971 - I ZR 12/70, BGHZ 57, 116, 117 ff.; MünchKommBGB/Oetker, 6. Aufl., § 252 Rn. 53 ff., jeweils mwN). Diese Erwägungen lassen sich nicht auf den vorliegenden Fall einer Beratungspflichtverletzung übertragen. Abgesehen davon hat der Kläger nicht zu dem von der Beklagten erzielten Gewinn vorgetragen. Für die von der Anschlussrevision insoweit geltend gemachte Vermutung, die Bank habe mit der Fondsgesellschaft zusammengearbeitet und deshalb Gewinn aus dem Anlagekapital erzielt, fehlt es an einer tragfähigen Grundlage.

55 b) Ein weitergehender Zinsanspruch des Zedenten ergibt sich schließlich weder aus Deliktsrecht (§§ 849, 826, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB) noch aus Bereicherungsrecht (§ 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, §§ 292, 987 Abs. 2 BGB).

56 aa) Die Anschlussrevision vermag nicht auf Klägervortrag zu den objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen eines Delikts zu verweisen. Die bloße Verletzung (vor-)vertraglicher Pflichten führt, selbst im Falle von Vorsatz, nicht ohne weiteres zu einem deliktischen Schadensersatzanspruch.

57 bb) Genauso wenig hat der Kläger zu einem Bereicherungsanspruch des Zedenten gegen die Beklagte vorgetragen. Es ist schon nicht ersichtlich, dass die Beklagte das Anlagekapital erlangt hätte. Im Übrigen hätte die Beklagte das Kapital allenfalls durch Leistung der Fondsgesellschaft erlangt (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB), was einem Bereicherungsanspruch des Zedenten gegen die Beklagte entgegenstünde (vgl. nur Palandt/Sprau, BGB, 72. Aufl., § 812 Rn. 7 mwN).

58 2. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil jedoch auch hinsichtlich der zuerkannten Verzugszinsen ab 8. Dezember 2008 abgeändert und die Klage insoweit abgewiesen.

59 Der Zedent hat die Beklagte mit Anspruchsschreiben vom 21. November 2008 in Verzug gesetzt. Das Berufungsgericht hat auch selbst ausgeführt, dass das Landgericht Verzugszinsen zu Recht zugesprochen habe. Der anderslautende Tenor des Berufungsurteils beruht daher offenbar auf einem Versehen. Der Kläger hat deshalb, sofern die Hauptforderung besteht, Anspruch auf Verzugszinsen ab 8. Dezember 2008 (dem vom Landgericht unangegriffen festgestellten Verzugsbeginn) in gesetzlicher Höhe, maximal jedoch die beantragten 8% p.a.

60 3. Ohne Erfolg wendet sich die Anschlussrevision gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Zedent habe Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe einer Geschäftsgebühr von nur 1,3 (Nr. 2300 VV RVG).

61 Bei Rahmengebühren bestimmt der Rechtsanwalt nach § 14 Abs. 1 Satz 1 RVG die Gebühr im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände nach billigem Ermessen. Ist die Gebühr - wie hier - von einem Dritten zu ersetzen, ist die von dem Rechtsanwalt getroffene Bestimmung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 4 RVG nicht verbindlich, wenn sie unbillig ist (BGH, Urteil vom 22. März 2011 - VI ZR 63/10, NJW 2011, 2509, 2511). Im Falle der Unbilligkeit wird die Gebühr nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB vom Gericht durch Urteil bestimmt (Onderka in AnwaltKommentar RVG, 6. Aufl., § 14 Rn. 78; Römermann in Hartung/Römermann/Schons, Praxiskommentar RVG, 2. Aufl., § 14 Rn. 92). Eine solche Überprüfung und Bestimmung der Gebühr ist in erster Linie Sache des Tatrichters und deshalb revisionsrechtlich nur eingeschränkt dahingehend überprüfbar, ob das Berufungsgericht den Begriff der Billigkeit verkannt, die gesetzlichen Grenzen seines Ermessens überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (BGH, Urteil vom 22. März 2011 - VI ZR 63/10, NJW 2011, 2509,

2511 f.; vgl. auch BGH, Urteil vom 31. Oktober 2006 - VI ZR 261/05 NJW-RR 2007, 420 Rn. 5; zu § 315 BGB vgl. BGH, Urteile vom 24. November 1995 - V ZR 174/94, WM 1996, 445 f. und vom 10. Oktober 1991 - III ZR 100/90, BGHZ 115, 311, 321). Solche Rechtsfehler zeigt die Anschlussrevision nicht auf.

62 Die Gebühr ist durch eine Gesamtabwägung aller nach § 14 Abs. 1 Satz 1 RVG maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu bestimmen (Hartmann, Kostengesetze, 42. Aufl., § 14 Rn. 18). Soweit das Berufungsgericht hierbei berücksichtigt, dass der Klägervertreter neben dem Zedenten eine Vielzahl von Anlegern in Parallelverfahren vertreten hat, begegnet das keinen revisionsrechtlichen Bedenken. Die Beklagte hat unbestritten vorgetragen, dass der Klägervertreter vorgerichtlich in den zahlreichen Parallelverfahren sämtlich (und ausschließlich) dasselbe standardisierte Anschreiben an die Beklagte versandt hat. Die durch die Parallelität der Sachverhalte bedingte ganz erhebliche Verringerung des zeitlichen Aufwands für das konkrete Mandat kann im Rahmen der Gesamtwürdigung maßgeblich berücksichtigt werden (vgl. OLG Jena, OLGR 2006, 81, 83). Besondere Umstände, etwa rechtliche oder tatsächliche Schwierigkeiten, die dennoch eine höhere Gebühr rechtfertigen könnten, hat der Kläger jedoch nicht vorgetragen und sind auch sonst nicht ersichtlich. Aus diesem Grund kommt bereits nach Nr. 2300 VV RVG eine Geschäftsgebühr von mehr als 1,3 nicht in Betracht, denn eine solche kann ausweislich der amtlichen Anmerkung nur gefordert werden, wenn die Tätigkeit umfangreich oder schwierig, mithin "überdurchschnittlich" war (BGH, Urteil vom 11. Juli 2012 - VIII ZR 323/11, NJW 2012, 2813 Rn. 8).

IV.

63 Auf die Anschlussrevision ist deshalb das Berufungsurteil hinsichtlich des Zinsanspruchs ab 8. Dezember 2008 aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache auch insoweit nicht zur Endentscheidung reif ist, sondern vom Bestehen der Hauptforderung abhängt, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Wiechers Ellenberger Maihold

Matthias Pamp

Vorinstanzen:
LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 08.03.2010 - 2-24 O 195/08 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 15.09.2010 - 19 U 69/10 -