BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

XI ZR 421/10

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 28. März 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 des Klägers wird auf die Revision der Beklagten das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 3. November 2010 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 Der Kläger nimmt die beklagte Bank aus abgetretenem Recht auf Rückabwicklung zweier Beteiligungen an der V. 3 GmbH & Co. KG (im Folgenden: V 3) sowie der V. 4 GmbH & Co. KG (im Folgenden: V 4) in Anspruch.

2 Der Anleger Prof. R. (im Folgenden: Zedent) zeichnete jeweils nach vorheriger Beratung durch den Mitarbeiter F. der Beklagten am 1. Juli 2003 bzw. am 23. September 2004 Beteiligungen an V 3 bzw. V 4 im Nennwert von jeweils 50.000 € zuzüglich Agio in Höhe von 2.500 €. Die Beteiligung an V 4 finanzierte der Zedent in Höhe von 22.750 € durch ein Darlehen der B. AG.

3 Nach dem Inhalt beider Verkaufsprospekte sollten 8,9% der Zeichnungssumme und außerdem das Agio in Höhe von 5% zur Eigenkapitalvermittlung (V 3) bzw. zur Eigenkapitalvermittlung, Platzierungsgarantie und Finanzierungsvermittlung (V 4) durch die V. AG (im Folgenden: V. AG) verwendet werden. Die V. AG durfte laut beider Prospekte ihre Rechte und Pflichten aus der Vertriebsvereinbarung auf Dritte übertragen. Die Beklagte erhielt für den Vertrieb der Anteile Provisionen in Höhe von 8,25% (V 3) bzw. 8,45% bis 8,72% (V 4) der Zeichnungssummen, ohne dass dies dem Zedenten in den Beratungsgesprächen offengelegt wurde.

4 Der Kläger verlangt mit seiner Klage unter Berufung auf mehrere Aufklärungs- und Beratungsfehler, Zug um Zug gegen die Übertragung der Beteiligungen, Rückzahlung des investierten Kapitals in Höhe von insgesamt 82.250 € zuzüglich entgangenen Gewinns in Höhe von 8% p.a. ab Zeichnung der Anlagen und, jeweils nebst Prozesszinsen, die Erstattung von 4.232 € an das Finanzamt gezahlter Zinsen wegen Aberkennung der zunächst gewährten Steuervorteile sowie Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.599,87 €. Des Weiteren begehrt der Kläger die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger bis zur Fälligkeit am 30. November 2014 den Betrag zu zahlen, der der Höhe nach der Schuld des Zedenten aus dem Finanzierungsdarlehen entspricht. Darüber hinaus begehrt er die Feststellung, dass die Beklagte zum Ersatz jedes weiteren Schadens aus den Beteiligungen ver-

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

pflichtet ist, sowie die Feststellung des Verzugs der Beklagten hinsichtlich der Annahme der Beteiligungen. Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Entgangenen Gewinn hat es jedoch nicht zugesprochen, sondern Prozesszinsen ab 25. Juli 2008. Des Weiteren hat es den Antrag auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten sowie die Feststellungsanträge hinsichtlich der weiteren Schäden und des Annahmeverzugs abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht, unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen, entgangenen Gewinn in Höhe von 2% p.a. ab 1. Juli 2003 (V 3) bzw. ab 23. September 2004 (V 4) bis zur Rechtshängigkeit sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.237,56 € zuerkannt. Ferner hat es den Annahmeverzug der Beklagten festgestellt. Die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht zurückgewiesen.

5 Mit ihrer - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision begehrt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage. Der Kläger verfolgt mit seinem Rechtsmittel sein Begehren hinsichtlich des entgangenen Gewinns in Höhe von weiteren 2% p.a. und der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten sowie den Feststellungsantrag hinsichtlich der weiteren Schäden.

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 der zwischen der Beklagten und dem Zedenten zustande gekommenen Beratungsverträge habe die Beklagte den Zedenten darauf hinweisen müssen, dass sie für die Vermittlung der Beteiligungen des Zedenten von den Fondsgesellschaften Rückvergütungen in Höhe von 8,25% (V 3) bzw. mindestens 8,45% (V 4) erhalte. Hierbei handele es sich um aufklärungspflichtige Rückvergütungen im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Aus den Fondsprospekten werde, ungeachtet der ohnehin nicht rechtzeitigen Aushändigung, nicht hinreichend deutlich, dass die Beklagte eine Vergütung erhalte. Jedenfalls werde keine Größenordnung der Provisionen angegeben, die die Beklagte erhalte. Das vermutete Verschulden habe die Beklagte nicht entkräften können. Im Zeitpunkt der Beratungsgespräche habe es keine Rechtsprechung gegeben, die es der Beklagten erlaubt hätte, die hinter dem Rücken des Anlegers erlangten Rückvergütungen nicht zu offenbaren.

9 Die Zeichnung der Anlagen beruhe auch auf der unterlassenen Aufklärung über die Rückvergütungen. Stehe eine Aufklärungspflichtverletzung fest, streite für den Anleger die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens. Die Bank müsse deshalb beweisen, dass der Anleger die Kapitalanlage auch bei richtiger Aufklärung erworben hätte. Die Vermutung werde nicht durch den vom Zedenten unterzeichneten Vermögensanlage-Bogen in Frage gestellt. Die Vermutung des Ursachenzusammenhangs werde ferner nicht dadurch entkräftet, dass die Vertriebsprovisionen für die Anlageentscheidung ohne Bedeutung gewesen sein sollen. Die unterbliebene Thematisierung könne vielmehr auch da-

rauf beruhen, dass der Zedent mit einer entsprechenden Vergütung der Beklagten nicht gerechnet habe.

II.

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

11 1. Das Berufungsgericht ist allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte ihre aus den - nicht mehr im Streit stehenden - Beratungsverträgen 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 Provisionen in Höhe von 8,25% (V 3) bzw. mindestens 8,45% (V 4) des Zeichnungskapitals aufzuklären, schuldhaft verletzt hat.

12 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 ff. und Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 17).

13 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 der streitgegenständlichen Fondsprospekte nicht erfolgen, weil die Beklagte in diesen nicht als Empfängerin der dort jeweils 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).

14 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).

15 2. Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung jedoch nicht stand, soweit das Berufungsgericht die Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung für den Erwerb der Fondsbeteiligungen durch den Zedenten bejaht hat.

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

17 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, BGHZ 193, 159 Rn. 28 ff. mwN).

18 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.

19 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 Anlageentscheidungen des Zedenten gehabt, insgesamt als unbeachtlich angesehen und angebotene Beweise nicht erhoben hat.

20 aa) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht den Antrag der Beklagten auf Vernehmung des Zedenten als Zeugen für ihre Behauptung, die Anteile, die sie aus den in den Prospekten ausgewiesenen Vertriebsprovisionen erhalten hat, sei für die Anlageentscheidungen ohne Bedeutung gewesen, unberücksichtigt gelassen.

21 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 Anlagen 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 Pflichtverletzungen ohne weiteres fest. Weitere Einzelheiten oder Erläuterungen sind zur Substantiierung des Beweisantrags daher grundsätzlich nicht erforderlich (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 39 mwN).

22 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 die Beteiligungen 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 (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 41).

23 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).

24 (1) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht allerdings der Tatsache, dass sich der Zedent in einem sogenannten Vermögensanlage-Bogen mit Provisionszahlungen bei Wertpapiergeschäften an die Beklagte einverstanden erklärt hat, keine Bedeutung beigemessen (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 48 mwN).

25 (2) Rechtsfehlerhaft ist das Berufungsgericht jedoch dem unter Zeugenbeweis gestellten Vortrag der Beklagten zum Motiv des Zedenten, sich an V 3 und V 4 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, BGHZ 193, 159 Rn. 53 mwN).

27 Dem Vortrag der Beklagten kann entnommen werden, dass sie behauptet, dem Zedenten sei es vordringlich um die mit V 3 und V 4 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 inso-

weit angetretenen Beweis durch Vernehmung des Beraters F. als Zeugen unbeachtet gelassen.

III.

28 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).

29 1. Das Berufungsgericht wird den Zedenten als Zeugen zu der Behauptung der Beklagten, dass der Anteil, den sie aus den in den Prospekten ausgewiesenen Vertriebsprovisionen erhalten hat, für die Anlageentscheidungen ohne Bedeutung war, zu vernehmen haben. Gegebenenfalls wird es die Behauptung der Beklagten zu würdigen haben, dem Zedenten sei es allein um die mit V 3 und V 4 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 F. und den Zedenten zu vernehmen haben (vgl. auch Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 42 ff.).

30 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 Kläger sei es auch auf das Sicherungskonzept der Schuldübernahme angekommen, ausscheiden.

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

32 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 3. Juni 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).

33 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 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., 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).

34 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).

B. Revision des Klägers

35 Das Rechtsmittel des Klägers hat keinen Erfolg.

I.

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

37 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. Senatsbeschluss vom 8. Mai 2012 - XI ZR 261/10, WM 2012, 1211 Rn. 6 f. mwN). Die unzulässige Revision kann indessen in eine Anschlussrevision umgedeutet werden (vgl. Senatsbeschluss aaO 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.

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

39 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.

40 Die Berufung des Klägers hinsichtlich der geltend gemachten Anwaltskosten sei ebenfalls teilweise begründet. Allerdings könne er nur Schadenser-

satz in Höhe einer Geschäftsgebühr von 1,3 beanspruchen. 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.

41 Unbegründet sei die Berufung des Klägers, soweit er sich gegen die Abweisung der Klage auf Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten bezüglich aller weiteren Schäden wende. Insoweit sei die Klage mangels Feststellungsinteresses unzulässig. Es sei nicht ersichtlich, weshalb "mit Weiterung auf der steuerlichen Seite zu rechnen sei". Die dem Zedenten ursprünglich gewährten Steuervorteile seien ihm bereits aberkannt worden.

III.

42 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung stand.

43 1. Ohne Erfolg begehrt die Anschlussrevision entgangene Anlagezinsen in Höhe von 4% p.a. ab Zeichnung der Anlagen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit.

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

45 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, BGHZ 193, 159 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, BGHZ 193, 159 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, BGHZ 193, 159 Rn. 65 mwN).

46 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, BGHZ 193, 159 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 24. April 2012 - XI ZR 360/11, WM 2012, 1188 Rn. 18).

47 b) 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, BGHZ 193, 159 Rn. 67). Auf derartigen Vortrag vermag die Anschlussrevision nicht zu verweisen. Die Verfahrensrüge, das Berufungs-

gericht habe Vortrag des Klägers übersehen, hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).

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

49 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.

50 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, wofür der Kläger die Darlegungs- und Beweislast trägt (BGH, Urteil vom 11. Juli 2012 - VIII ZR 323/11, NJW 2012, 2813 Rn. 8).

51 3. Schließlich hat das Berufungsgericht den Feststellungsantrag zutreffend als unzulässig abgewiesen.

52 a) Die Feststellung der Schadensersatzpflicht setzt die Möglichkeit des Schadeneintritts voraus. Bei reinen Vermögensschäden hängt die Zulässigkeit der Feststellungsklage darüber hinaus sogar von der hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines auf die Verletzungshandlung zurückgehenden Schadeneintritts ab (Senatsurteil vom 24. Januar 2006 - XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 Rn. 27 mwN).

53 b) Gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, wonach es an der Möglichkeit eines zukünftigen Schadens fehlt, ist nichts zu erinnern. Jedenfalls ist die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines solchen Schadens nicht substantiiert dargelegt.

54 Der Kläger hat vorgetragen, dass die gewährten Steuervorteile bereits durch geänderte Steuerfestsetzungen aberkannt worden sind. Es sind daher weder weitere Steuernachforderungen, die ohnehin nicht ersatzpflichtig wären, noch Zinsen hierauf gemäß § 233a AO ersichtlich (vgl. Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 75). Soweit die Anschlussrevision Beratungs- und Vertretungsbedarf hinsichtlich der Ab- bzw. Anerkennung der Verlustzuweisungen geltend macht, ist das - nicht ersatzfähige - positive (Steuerspar-)Interesse des Zedenten an den Beteiligungen betroffen (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 76). Dass der Zedent für die Dauer der Beteiligung an den Fondsgesellschaften Depotgebühren zahlen müsse, ist, entgegen der Auffassung der Anschlussrevision, nicht "offenkundig", der Vortrag daher unsubstantiiert. Ohne Erfolg verweist die Anschlussrevision schließlich auf die Einkommensteuerbarkeit der Schadensersatzleistung. Diese Nachteile sind abschließend bei Bemessung der Ersatzleistung aufgrund pauschalisierender Betrachtungsweise der steuerlichen Vor- und Nachteile im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen (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).

Wiechers Ellenberger Maihold

Pamp Menges

Vorinstanzen:
LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 22.02.2010 - 2-21 O 189/08 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 03.11.2010 - 19 U 70/10 -