



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 205/17

Verkündet am:
15. August 2019
P e l l o w s k i
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 675, 252; VV RVG Nr. 2300, 3100

- a) Zur ordnungsgemäßen Risikoaufklärung des Anlegers bei der Zeichnung von Beteiligungen an geschlossenen Fonds und der diesbezüglichen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast.
- b) Verlangt der Anleger den Ersatz entgangener Anlagezinsen, so muss er darlegen, für welche konkrete Form der Kapitalanlage er sich alternativ entschieden hätte (Bestätigung von Senat, Urteil vom 16. Mai 2019 - III ZR 176/18, WM 2019, 1203, 1207 Rn. 30 und Anschluss an BGH, Urteil vom 24. April 2012 - XI ZR 360/11, NJW 2012, 2266 Rn. 13).
- c) Zur Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten.

BGH, Urteil vom 15. August 2019 - III ZR 205/17 - OLG Celle
LG Hannover

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. August 2019 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Herrmann, die Richter Tombrink, Dr. Remmert und Reiter sowie die Richterin Dr. Arend

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 8. Juni 2017 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Die Anschlussrevision der Klägerin gegen das vorbezeichnete Urteil wird zurückgewiesen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

- 1 Die Klägerin nimmt die Beklagte teils aus eigenem Recht, teils aus übergegangenem Recht ihres im Jahre 2012 verstorbenen Ehemanns, den sie allein beerbt hat, unter dem Vorwurf einer fehlerhaften Kapitalanlageberatung auf Schadensersatz in Anspruch.

2 Die Klägerin (Fonds Nr. 1-8) und ihr Ehemann (Fonds Nr. 9) zeichneten in den Jahren 2007 und 2008 auf Empfehlung der im nachfolgenden Rechtsstreit als Zeugin vernommenen Antje G. , die Vertriebsdirektorin und Handelsvertreterin der Beklagten war, folgende neun Beteiligungen an geschlossenen Fonds:

A. Patentfonds GmbH & Co. KG

Zeichnung am 31. August 2007 durch die Klägerin; Beteiligungssumme: 25.000 € zuzüglich 1.250 € Agio ("Fonds Nr. 1")

B. P. E. G. F. VI GmbH & Co.KG

Zeichnung am 13. September 2007 durch die Klägerin; Beteiligungssumme: 25.000 € zuzüglich 1.250 € Agio ("Fonds Nr. 2")

B. G. F. III D. GmbH & Co. KG

Zeichnung am 13. September 2007 durch die Klägerin; Beteiligungssumme: 10.000 € zuzüglich 500 € Agio ("Fonds Nr. 3")

B. R. USA 6, L.P.

Zeichnung am 17. Januar 2008 durch die Klägerin; Beteiligungssumme: 40.000 US-\$ zuzüglich 1.200 US-\$ Agio ("Fonds Nr. 4")

B. P. E. N. M. F. GmbH & Co. KG

Zeichnung am 17. Januar 2008 durch die Klägerin; Beteiligungssumme: 50.000 € zuzüglich 2.500 € Agio ("Fonds Nr. 5")

B. G. F. IV D. GmbH & Co. KG

Zeichnung am 17. Juni 2008 durch die Klägerin; Beteiligungssumme: 30.000 € zuzüglich 1.500 € Agio ("Fonds Nr. 6")

B. T. S. F. III Vermögensverwaltungs GmbH & Co. KG

Zeichnung am 17. Juli 2008 durch die Klägerin; Beteiligungssumme: 40.000 € zuzüglich 2.000 € Agio ("Fonds Nr. 7")

A. F. (M.)

Zeichnung am 17. Juli 2008 durch die Klägerin; Beteiligungssumme: 30.000 € zuzüglich 1.500 € Agio ("Fonds Nr. 8")

A. F. (M.)

Zeichnung am 27. Juli 2008 durch den Ehemann der Klägerin; Beteiligungssumme: 45.000 € zuzüglich 2.500 € Agio ("Fonds Nr. 9").

3 Die Klägerin begehrt die Rückabwicklung dieser Fondsbeteiligungen (Anträge zu A 1a, 2a, 3a, 4a, 5a, 6a, 7a, 8a und 9a), die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten (Anträge zu A 1b, 2b, 3b, 4b, 5b, 6b, 7b, 8b und 9b), den Ersatz entgangener Anlagezinsen von jährlich 2 % (Anträge zu A 1c, 2c, 3c, 4c, 5c, 6c, 7c, 8c und 9 c), die Feststellung der Pflicht der Beklagten zur Freistellung von allen Schäden und Nachteilen, insbesondere von Rückforderungsansprüchen gemäß § 172 Abs. 4 HGB (Anträge zu A 1d, 2d, 3d, 4d, 5d, 6d, 7d, 8d und 9d), sowie die Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten (Antrag zu B).

4 Sie hat geltend gemacht, es sei weder anleger- noch anlagegerecht beraten worden. Die Fondsbeteiligungen hätten der angegebenen Risikoklasse ("sicherheitsorientiert") und den Anlagezielen (Altersvorsorge ohne Verlustrisiko bei jederzeitiger Verfügbarkeit) nicht entsprochen. Über die Risiken der Anlagen sei in den Beratungsgesprächen nicht aufgeklärt worden. Die Anlageprospekte

seien erst am Beratungstag nach der Unterzeichnung der Beitrittserklärung übergeben worden. Bei ordnungsgemäßer Aufklärung hätten sie und ihr Ehemann die Fondsbeteiligungen nicht gezeichnet.

5 Die Beklagte hat - soweit im dritten Rechtszug noch von Bedeutung - ihre Passivlegitimation bestritten und entgegnet, bei den Beratungen habe es sich um Eigengeschäfte der Zeugin G. gehandelt. Diese habe im Übrigen anlegergerecht beraten und über sämtliche Anlagerisiken aufgeklärt. Die Emissionsprospekte habe die Beraterin jeweils zwei Wochen vor der Zeichnung oder bei dem vorhergehenden Beratungsgespräch übergeben. Die Zeugin G. sei inzwischen nicht mehr bei ihr, der Beklagten, beschäftigt. Auf schriftliche Nachfragen habe die Zeugin nicht reagiert. Die Beklagte hat gemeint, sie dürfe die von der Klägerin behaupteten Zeitpunkte der Prospektübergaben daher mit Nichtwissen bestreiten. Die Prospekte klärten hinreichend über die Risiken der Fondsbeteiligungen auf.

6 Das Landgericht hat die Klage nach eidlicher Vernehmung der Zeugin G. und persönlicher Anhörung der Klägerin abgewiesen.

7 Im Berufungsverfahren hat die Klägerin die Klage teilweise zurückgenommen und den Rechtsstreit hinsichtlich zwischenzeitlich erfolgter Ausschüttungen für die Fonds Nr. 2, 5 und 6 in Höhe von insgesamt 6.450 € in der Hauptsache für erledigt erklärt; die Beklagte hat sich dieser Erledigungserklärung nicht angeschlossen.

8 Das Oberlandesgericht hat das Ersturteil auf die Berufung der Klägerin teilweise abgeändert. Hinsichtlich der auf Rückabwicklung gerichteten Zahlungsanträge betreffend die Fonds Nr. 1-8 (Klageanträge zu A 1a, 2a, 3a, 4a,

5a, 6a, 7a und 8a) hat es der Klage - soweit sie nicht zurückgenommen und der Rechtsstreit nicht von der Klägerin teilweise für erledigt erklärt worden war - stattgegeben. Ebenso stattgegeben hat es den hiermit verbundenen Anträgen auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten (Klageanträge zu A 1b, 2b, 3b, 4b, 5b, 6b, 7b und 8b) sowie hinsichtlich der Fonds Nr. 2, 3, 5 und 6 den Anträgen auf Feststellung der Pflicht der Beklagten zur Freistellung von allen Schäden und Nachteilen, insbesondere von Rückforderungsansprüchen gemäß § 172 Abs. 4 HGB (Klageanträge zu A 2d, 3d, 5d und 6d). Weiterhin hat es festgestellt, dass der Rechtsstreit entsprechend dem Antrag der Klägerin teilweise (nämlich: hinsichtlich der Klageanträge zu A 2a in Höhe von 2.000 €, zu A 5a in Höhe von 2.200 € und zu A 6a in Höhe von 2.250 €) in der Hauptsache erledigt sei. Die Klage betreffend den Fonds Nr. 9 (Klageanträge zu A 9a bis 9d), auf Erstattung von jeweiligen Zinsausfallschäden in Höhe von jährlich 2 % (Klageanträge zu A 1c, 2c, 3c, 4c, 5c, 6c, 7c und 8c), auf Feststellung der Pflicht der Beklagten zur Freistellung von allen Schäden und Nachteilen, insbesondere von Rückforderungsansprüchen gemäß § 172 Abs. 4 HGB, betreffend die Fonds Nr. 1, 4, 7 und 8 (Klageanträge zu A 1d, 4d, 7d und 8d) sowie auf Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten (Klageantrag zu B) hat es abgewiesen.

- 9 Gegen die teilweise Klagestattgabe wendet sich die Beklagte mit ihrer vom erkennenden Senat zugelassenen Revision. Die Klägerin hat ihrerseits im Umfang der Klageabweisung - nach erfolgloser Nichtzulassungsbeschwerde - Anschlussrevision eingelegt.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet und führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht. Die Anschlussrevision der Klägerin bleibt demgegenüber ohne Erfolg.

I.

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

12 Die Klage auf Ersatz eines Zinsausfallschadens (Anträge zu A 1c, 2c, 3c, 4c, 5c, 6c, 7c, 8c und 9c) sei unbegründet, weil die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Klägerin nicht konkret dargelegt habe, wie sie das eingesetzte Kapital anderweitig verwendet hätte. Auch ein Anspruch auf Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten (Antrag zu B) stehe der Klägerin nicht zu. Sie habe nicht dargelegt, dass ihr Prozessbevollmächtigter zunächst nur den Auftrag zur außergerichtlichen Vertretung oder lediglich einen bedingten Prozessauftrag erhalten habe, wie es für einen schlüssigen Vortrag erforderlich gewesen sei. Der vorgelegten Vollmacht vom 7. April 2014, die sich ausdrücklich auf die Prozessführung bezogen habe, sei kein auf die außergerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen beschränkter Auftrag zu entnehmen. Soweit die Klägerin in der mündlichen Verhandlung behauptet habe, das Mandat sei zunächst ausdrücklich auf die außergerichtliche Tätigkeit beschränkt gewesen, sei dies lediglich für das Innenverhältnis bedeutsam. Hinsichtlich der Feststellung der Verpflichtung zur Freistellung von Rückforderungsansprüchen gemäß § 172 Abs. 4 HGB betreffend die Fonds Nr. 1, 4, 7, 8 und 9 (Anträge zu A 1d, 4d, 7d, 8d und 9d) sei die Klage mangels Feststellungsinteresses unzulässig, weil für diese Fonds keine Ausschüttungen erfolgt seien und daher keine Ge-

fahr von Rückforderungsansprüchen bestehe. In Bezug auf den Fonds Nr. 9 sei die Klage (Anträge zu A 9a und 9b) ebenfalls unbegründet. Insoweit seien die Beraterpflichten durch rechtzeitige Übergabe des Emissionsprospekts erfüllt worden. Die inhaltliche Eignung dieses Prospekts zur Risikoaufklärung stehe zwischen den Parteien nicht im Streit. Die Übergabe des Prospekts an die Klägerin im Termin vom 17. Juli 2008 genüge für die rechtzeitige Unterrichtung ihres Ehemanns.

- 13 Im Übrigen sei die Klage begründet. Die Beklagte sei passivlegitimiert. Die bei ihr angestellte Zeugin G. habe nach dem Vortrag der Klägerin eine "Vermögensberatung der Beklagten" angeboten. Auch trügen die Beraterbögen das Logo und den Eingangsstempel der Beklagten. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei die Behauptung der Klägerin, sie habe die Prospekte nicht (rechtzeitig) vor dem Zeichnungstermin erhalten, als unstreitig zugrunde zu legen. Da es sich hierbei um die Behauptung einer negativen Tatsache handele, treffe die Beklagte eine besondere sekundäre Darlegungslast, der sie weder durch Behauptungen "ins Blaue hinein" noch durch Bestreiten mit Nichtwissen genügen könne. Vielmehr habe sie konkret darlegen müssen, wann und wie sich die Prospektübergabe verwirklicht habe. Das Nichtvorliegen einer negativen Tatsache zu bestreiten, sei dem Anspruchsgegner nur erlaubt, wenn er aus eigener Kenntnis oder aufgrund von Nachforschungen positiv behaupten könne, dass die Tatsache eingetreten sei. Sei er dazu nicht in der Lage, sei sein Vortrag als un schlüssig beziehungsweise unerheblich zu behandeln. Die mündliche Aufklärung der Klägerin durch die Beraterin G. sei unzureichend gewesen. Hinsichtlich der Fonds Nr. 1, 2, 5, 6 und 7 sei keine ordnungsgemäße Information über die Funktionsweise, die Wiederanlageprämisse und die eingeschränkte Aussagekraft der durch die interne Zinsfußmethode (IRR-Methode) erlangten Prognosezahlen erfolgt, was im Hinblick auf diese nur mit detaillierten finanz-

mathematischen Kenntnissen verständliche Methode erforderlich gewesen wäre. Für den Fonds Nr. 3 sei die Aufklärung über das Blind-Pool-Risiko unzureichend gewesen. Eine allgemein gehaltene Erklärung der Zeugin G. zur allgemeinen Ungewissheit über die konkreten Investitionsobjekte und den Investitionserfolg reiche nicht aus. Vielmehr hätten die spezifisch aus der Blind-Pool-Konstruktion resultierenden besonderen Risiken (Klumpen- und Abhängigkeitsrisiko sowie Wegfall der Investitionskriterien nach entsprechendem Gesellschafterbeschluss) dargestellt werden müssen. Betreffend den Fonds Nr. 4 verhalte sich der Beraterbogen nicht, wie geboten, zu dem blindpoolspezifischen Risiko der Kapitalherabsetzung. Hinsichtlich des Fonds Nr. 8 habe die Zeugin G. im Beratungsgespräch nicht ausreichend über das Nachhaftungsrisiko gemäß § 172 Abs. 4 HGB aufgeklärt. Ihrer Aussage sei nicht zu entnehmen, dass sie ausdrücklich auf dieses Risiko hingewiesen habe.

II.

14 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

A. Revision der Beklagten

15 1. Soweit sich die Beklagte auf ihre fehlende Passivlegitimation beruft, ist ihr Revisionsangriff unbegründet. Die diesbezügliche Würdigung des Berufungsgerichts ist jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden.

16 Die Beklagte hat behauptet, die Beraterin G. habe sich an die Vorgaben des Handelsvertretervertrags gehalten, wonach sie zum Abschluss von

Verträgen oder zur Abgabe von Erklärungen im Namen und für Rechnung der Beklagten nicht berechtigt sei und falls erforderlich darauf hinzuweisen habe, selbständig zu handeln. Sollte sie dies versäumt haben, so ginge dies nicht zu Lasten der Beklagten, sondern hätte Frau G. als Vertreterin ohne Vertretungsmacht gehandelt. Dieser Vortrag genügt nicht den Anforderungen an ein substantiiertes Bestreiten der Passivlegitimation (§ 138 ZPO). Ob ein selbständiger Handelsvertreter (§ 84 HGB) die Beratung im eigenen Namen oder für den Unternehmer - vertreten durch ihn - vornimmt, hängt davon ab, wie der Anleger die Erklärungen des Handelsvertreters und dessen Gesamtverhalten verstehen und werten durfte. Entscheidend ist die objektivierte Empfängersicht; ferner sind alle Umstände zu berücksichtigen, die zum Vertragsschluss geführt haben (Senatsurteil vom 27. Oktober 2005 - III ZR 71/05, NJW-RR 2006, 109, 110 Rn. 16). Hier deuten die Fallumstände, insbesondere sämtliche schriftlichen Unterlagen, unzweifelhaft darauf hin, dass die Beraterin G. für die Beklagte handelte und auch handeln durfte (§ 164 BGB): Auf den von der Zeugin verwendeten Beraterbögen befanden sich das Logo und der Eingangsstempel der Beklagten. Gleiches gilt für die Fragebögen gemäß Wertpapierhandelsgesetz, worin zudem von einem "Auftrag für die Postbank" die Rede ist. Die Zeichnungsscheine beziehungsweise Beitrittserklärungen wurden ebenfalls mit dem Eingangsstempel der Beklagten versehen. Bei dieser wurden auch das Depot- und das Anlagekonto geführt. Hinzu tritt, dass die Zeugin G. bei der Beklagten als Vertriebsdirektorin fest angestellt war. Vor diesem Hintergrund ergibt sich kein greifbarer Anhaltspunkt dafür, dass die Beraterin G. hier im eigenen Namen oder ohne Bevollmächtigung der Beklagten gehandelt hätte, und reicht das Vorbringen der Beklagten demzufolge nicht aus, um ihre Passivlegitimation in erheblicher Weise zu bestreiten.

17 2. Zu Recht wendet sich die Beklagte jedoch dagegen, dass sie hinsichtlich des Zeitpunkts der Prospektübergabe ihrer sekundären Darlegungspflicht nicht genügt habe und ihr Bestreiten einer nicht rechtzeitigen Überlassung der Unterlagen daher unbeachtlich sei. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts geht es hier nicht um das Bestreiten einer negativen Tatsachenbehauptung (Nichterhalt des Prospekts), sondern um das Bestreiten einer positiven Tatsachenbehauptung der Klägerin (Prospekterhalt erst am Zeichnungstag), und ist das Bestreiten der Beklagten erheblich.

18 a) Der Klägerin obliegt die Darlegungs- und Beweislast für ihre Behauptung, die Prospekte seien nicht rechtzeitig übergeben worden.

19 aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trägt derjenige, der eine Aufklärungs- oder Beratungspflichtverletzung behauptet, hierfür die Darlegungs- und Beweislast; die mit dem Nachweis einer negativen Tatsache verbundenen Schwierigkeiten werden dadurch ausgeglichen, dass die andere Partei die behauptete Fehlberatung substantiiert bestreiten und darlegen muss, wie im Einzelnen beraten beziehungsweise aufgeklärt worden sein soll; dem Anspruchsteller obliegt sodann der Nachweis, dass diese Darstellung nicht zutrifft (st. Rspr.; s. zB Senatsurteile vom 11. Mai 2006 - III ZR 205/05, NJW-RR 2006, 1345, 1346 Rn. 7; vom 5. Mai 2011 - III ZR 84/10, BeckRS 2011, 13871 Rn. 17; vom 20. Juli 2017 - III ZR 296/15, NJW 2017, 3367 Rn. 12; vom 19. Oktober 2017 - III ZR 565/16, VersR 2018, 291, 293 Rn. 21 und vom 4. Oktober 2018 - III ZR 213/17, WM 2018, 2175, 2177 Rn. 15; BGH, Urteile vom 24. Januar 2006 - XI ZR 320/04, BGHZ 166, 56, 60 Rn. 15; vom 14. Juli 2009 - XI ZR 152/08, NJW 2009, 2429, 3432 Rn. 38 und vom 8. Januar 2019 - II ZR 139/17, VersR 2019, 815, 817 Rn. 31).

20 bb) Diese Grundsätze gelten auch für behauptete Aufklärungs- und Beratungsmängel im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage (s. etwa Senatsurteile vom 5. Mai 2011 aaO; vom 19. Oktober 2017 aaO Rn. 22 und vom 4. Oktober 2018 aaO Rn. 16; BGH, Urteile vom 24. Januar 2006 aaO und vom 8. Januar 2019 aaO). Dementsprechend trägt der Anleger für seine Behauptung, der Emissionsprospekt sei nicht rechtzeitig übergeben worden, die Darlegungs- und Beweislast (vgl. Senatsurteil vom 11. Mai 2006 aaO Rn. 6, Beschluss vom 30. November 2006 - III ZR 93/06, NJW-RR 2007, 775, 776 Rn. 5, Urteile vom 19. November 2009 - III ZR 169/08, BKR 2010, 118, 120 f Rn. 25; vom 6. Dezember 2012 - III ZR 66/12, NJW-RR 2013, 296, 297 Rn. 16; vom 19. Oktober 2017 aaO; vom 4. Oktober 2018 aaO und vom 10. Januar 2019 - III ZR 109/17, NJW-RR 2019, 428, 431 Rn. 28).

21 cc) Räumt der Anleger die erfolgte Übergabe des Emissionsprospekts ein, behauptet er jedoch, die Übergabe sei nicht rechtzeitig erfolgt, handelt es sich hierbei - anders als im Fall der Behauptung der unterbliebenen Übergabe - um die Behauptung einer positiven Tatsache (betreffend den Zeitpunkt der Übergabe). Deren Darlegung ist dem Anleger grundsätzlich möglich und zumutbar (Senatsurteile vom 19. November 2009 aaO; vom 19. Oktober 2017 aaO S. 294 Rn. 30 und vom 4. Oktober 2018 aaO S. 2178 Rn. 23). So liegt es hier. Die Klägerin hat nicht behauptet, dass die Prospekte überhaupt nicht, sondern jeweils erst am Zeichnungstag nach Unterzeichnung der jeweiligen Beitrittserklärung übergeben worden seien, und sich zum Beweis dieser positiven Tatsachenbehauptung auf das Zeugnis der Beraterin G. berufen.

22 b) Die Beklagte hat die Behauptung der Klägerin, die Prospekte seien erst in den Zeichnungsterminen übergeben worden, hinreichend bestritten.

- 23 aa) Hat die darlegungsbelastete Partei - wie hier - die von ihr darzulegende Tatsache substantiiert behauptet, hat die sodann erklärungsbelastete Gegenpartei - soll ihr Vortrag beachtlich sein - die Behauptung grundsätzlich ebenfalls substantiiert, das heißt mit näheren positiven Angaben, zu bestreiten (§ 138 Abs. 2 ZPO). Sie muss erläutern, von welchen tatsächlichen Umständen sie ausgeht. Mit einem bloß schlichten Bestreiten darf sie sich regelmäßig nicht begnügen (vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 2014 - VIII ZR 41/14, NJW 2015, 475, 476 Rn. 16 mwN). Anderenfalls ist ihr Bestreiten unsubstantiiert und damit als gemäß § 138 Abs. 3 ZPO unbeachtlich anzusehen. Die Verpflichtung zu einem substantiierten Gegenvortrag setzt indes voraus, dass ein solches Vorbringen der erklärungsbelasteten Partei möglich und zumutbar ist. Dies ist in der Regel der Fall, wenn sich die behaupteten Umstände in ihrem Wahrnehmungsbereich verwirklicht haben (BGH, Urteil vom 22. Oktober 2014 aaO Rn. 17 mwN). Die Maßgaben der Möglichkeit und Zumutbarkeit des bestreitenden Gegenvorbringens gelten insbesondere auch für die Darlegung, wann und unter welchen Umständen ein Anlageprospekt übergeben worden ist (s. Senatsurteile vom 19. Oktober 2017 aaO S. 293 Rn. 23 mwN und vom 4. Oktober 2018 aaO S. 2177 Rn. 17).
- 24 bb) Unter Anwendung dieser Grundsätze hat die Beklagte die von der Klägerin behauptete Prospektübergabe erst am jeweiligen Zeichnungstag in genügender Weise bestritten.
- 25 (1) Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts hat sich die Beklagte nicht ein auf bloßes Bestreiten mit Nichtwissen beziehungsweise "ins Blaue hinein" beschränkt. Sie hat behauptet, die Beraterin habe die Prospekte jeweils (mindestens) zwei Wochen vor Zeichnung übergeben. Das spätere Bestreiten mit Nichtwissen hat diesen Vortrag nicht ersetzt, sondern lediglich ergänzt. Der

Vortrag zur Prospektübergabe erfolgte auch nicht ohne jegliche Anhaltspunkte. Die Beklagte hat hierzu auf eine entsprechende Schulung der Beraterin verwiesen. Des Weiteren hat sie sich auf die Bestätigung des Prospekterhalts in den jeweiligen Beitrittserklärungen beziehungsweise Zeichnungsscheinen sowie darauf bezogen, dass die Klägerin und ihr Ehemann in den jeweiligen Beraterbögen bestätigt hatten, anhand des Prospekts über Chancen und Risiken aufgeklärt und beraten worden zu sein. Die Zeugin G. hat die Klägerin auch unstreitig in mehreren Gesprächen beraten, weshalb es grundsätzlich möglich ist, dass der jeweilige Anlageprospekt nicht erst am Zeichnungstag, sondern bereits früher übergeben worden ist.

26 (2) Weitere Erkenntnisse zu den Umständen und den (genauen) Zeitpunkten der Prospektübergaben liegen der Beklagten nicht vor und konnte sie auch nicht mit zumutbaren Mitteln in Erfahrung bringen. Die Zeugin G. ist nicht mehr als ihre Mitarbeiterin oder Handelsvertreterin tätig. Damit steht die vormalige Beraterin der Beklagten auch nicht (mehr) näher als der Klägerin, und sie ist für die Beklagte auch nicht leichter zu erreichen als für die Klägerin. Schriftliche Anfragen der Beklagten vom 25. Februar und 11. Mai 2015 zu Inhalt und Ablauf der Beratungsgespräche hat die Zeugin nicht beantwortet. Ein darüber hinaus gehendes Vorgehen, etwa unter Hinweis auf eine nachwirkende Auskunftspflicht oder auf bei Nichterfüllung dieser Pflicht drohende Schadensersatzansprüche, ist der Beklagten nicht zumutbar. Solche Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts, verbunden möglicherweise mit ihrer langwierigen prozessualen Durchsetzung und deren nicht absehbarem Erfolg, können von ihr als Gegnerin der darlegungs- und beweisbelasteten Klägerin auch in Abwägung mit deren Interessen nicht gefordert werden (vgl. hierzu die - allerdings nach der hier angefochtenen Berufungsentscheidung ergangenen - Senatsurteile

vom 19. Oktober 2017 aaO S. 294 Rn. 31 und vom 4. Oktober 2018 aaO S. 2178 Rn. 24).

27 c) Hiernach hätte das Berufungsgericht die Behauptung der Klägerin, die Prospekte seien erst am jeweiligen Zeichnungstag übergeben worden, nicht als unstreitig - weil von der Beklagten nicht erheblich bestritten - zugrunde legen dürfen. Vielmehr hätte es sich mit der Würdigung der eidlichen Aussage der Zeugin G. und dem Ergebnis der persönlichen Anhörung der Klägerin befassen müssen. Es hat sich indes nicht hinreichend deutlich dazu geäußert, wie es das erstinstanzliche Beweisergebnis im Falle eines erheblichen Bestreitens der Beklagten werten oder ob es sodann etwa Anlass für eine erneute Vernehmung der Zeugin G. und Anhörung der Klägerin sehen würde.

28 3. Sofern das Berufungsgericht im weiteren Verfahren zu der Würdigung gelangen sollte, dass die Klägerin eine nicht rechtzeitige Prospektübergabe nicht bewiesen habe, wäre seiner Würdigung, die Beklagte habe über die interne Zinsfußmethode (Fonds Nr. 1, 2, 5, 6 und 7), die Blind-Pool-Risiken (Fonds Nr. 3 und 4) und das Nachhaftungsrisiko gemäß § 172 Abs. 4 HGB (Fonds Nr. 8) nicht ordnungsgemäß aufgeklärt, die Grundlage entzogen.

29 a) Der Pflicht des Anlageberaters, den Anlageinteressenten über die Eigenschaften und Risiken zu unterrichten, die für die Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können, kann auch durch die Übergabe eines Anlageprospekts genügt werden, sofern der Prospekt nach Form und Inhalt geeignet ist, die nötigen Informationen wahrheitsgemäß und verständlich zu vermitteln, und er dem Anlageinteressenten so rechtzeitig vor Vertragsschluss übergeben wird, dass sein Inhalt noch zur Kenntnis genommen werden kann (st. Rspr.; s. dazu bspw. Senatsurteil vom 10. Januar 2019 - III ZR 109/17,

NJW-RR 2019, 428, 430 Rn. 26 und BGH, Urteil vom 8. Januar 2019 - II ZR 139/17, VersR 2019, 815, 816 Rn. 21, jew. mwN). Einer zusätzlichen mündlichen Aufklärung des Anlegers bedarf es dann grundsätzlich nicht (s. zB Senatsurteil vom 10. Januar 2019 aaO S. 430 f Rn. 27).

30

b) Nach einhelliger und nicht zu beanstandender Ansicht der Oberlandesgerichte handelt es sich bei der internen Zinsfußmethode (IRR-Methode) um einen vertretbaren Weg der Renditeberechnung (s. OLG Koblenz, Urteil vom 11. November 2011 - 3 U 1427/10, BeckRS 2013, 04254 unter II 3 d; OLG Köln, Urteile vom 30. August 2012 - 18 U 79/11, juris Rn. 176 und vom 26. Juni 2014 - 18 U 204/13, juris Rn. 80; OLG Hamburg, Urteile vom 23. August 2013 - 11 U 11/13, juris Rn. 79 f und vom 8. März 2016 - 4 U 25/15, juris Rn. 42; vgl. auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 22. Dezember 2010 - 10 U 101/10, juris Rn. 12; OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 15. März 2013 - 10 U 16/12, juris Rn. 131). Den Aufklärungspflichten des Anlageberaters ist genügt, wenn auf die Besonderheiten dieser Berechnungsmethode und insbesondere auf die mangelnde Vergleichbarkeit mit Renditeangaben von einfacher strukturierten Anlagen (zB Spareinlagen oder festverzinslichen Wertpapieren) hingewiesen wird (s. OLG Frankfurt am Main aaO Rn. 132 ff; OLG Hamburg, Urteil vom 8. März 2016 aaO; vgl. auch OLG Stuttgart aaO; OLG Koblenz aaO; OLG Köln, Urteil vom 26. Juni 2014 aaO). Von diesen Grundsätzen ist - rechtsfehlerfrei - auch das Berufungsgericht ausgegangen. Dass die jeweiligen Prospekte (für die Fonds Nr. 1, 2, 5, 6 und 7) hiernach nicht ausreichend über die Methode der Renditeberechnung und insbesondere auch über die mangelnde Vergleichbarkeit mit Renditeangaben von einfacher strukturierten Anlagen informieren, hat das Berufungsgericht indes nicht festgestellt und ist auch sonst nicht ersichtlich.

31 c) Maßgeblich für eine ordnungsgemäße Aufklärung über die "Blind-Pool"-Risiken ist, dass dem Anleger verdeutlicht wird, dass noch nicht feststeht, in welche konkreten Sachanlagen und Projekte investiert wird und welche Nachteile dem Anleger hieraus erwachsen können. Auch insoweit hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und ist auch sonst nicht ersichtlich, dass die jeweiligen Prospekte (für die Fonds Nr. 3 und 4) nicht ausreichend über die Blind-Pool-Risiken informieren.

32 d) Auf das - aufklärungsbedürftige - Risiko der Rückzahlung von Ausschüttungen gemäß § 172 Abs. 4 HGB wird im Anlageprospekt über den Fonds Nr. 8 hingewiesen. Diesbezügliche Mängel hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und sind auch sonst nicht erkennbar.

B. Anschlussrevision der Klägerin

33 Die Anschlussrevision der Klägerin ist zulässig, aber unbegründet.

34 1. Vergeblich wendet sich die Anschlussrevision gegen die Abweisung ihrer Klage betreffend den vom Ehemann der Klägerin gezeichneten Fonds Nr. 9 (Klageanträge zu A 9a bis 9d).

35 a) Die dem Landgerichtsurteil folgende Würdigung des Berufungsgerichts, nach Lage des Falles sei die Übergabe des Anlageprospekts (für den Fonds Nr. 8, der mit dem Fonds Nr. 9 identisch ist) an die Klägerin für eine ordnungsgemäße Aufklärung ihres Ehemanns ausreichend gewesen, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

- 36 aa) Die Zeichnung der Anlage des Ehemanns der Klägerin erfolgte am 27. Juli 2008. Spätestens zehn Tage zuvor, im Beratungstermin vom 17. Juli 2008, war der Klägerin der Prospekt übergeben worden, und an diesem Tage hatte sie eine Beteiligung an demselben Fonds gezeichnet. An diesem Termin hatten die Klägerin und ihr Ehemann gemeinsam teilgenommen. Dementsprechend hat der Ehemann der Klägerin im Beraterbogen bestätigt, den Prospekt am 17. Juli 2008 erhalten und Beratungsgespräche am 17. und 27. Juli 2008 geführt zu haben.
- 37 bb) Bei dieser Lage durfte die Beklagtenseite berechtigter Weise annehmen, dass der Ehemann der Klägerin ausreichend Gelegenheit zur Prospektlektüre hatte. Das Berufungsgericht hat im Anschluss an das Landgericht rechtsfehlerfrei ausgeführt, dass es lebensnah erscheine, dass ein Ehemann, der an dem Zeichnungs-/Beratungstermin teilnehme, in dem die Prospektübergabe an seine Ehefrau stattfinde, und sich zehn Tage später zur Zeichnung derselben Beteiligung entschließe, dies aufgrund der teilgehabten Beratung tue; im Übrigen habe der Ehemann der Klägerin mit der Unterzeichnung des Beraterbogens zum Ausdruck gebracht, dass er die Beratung sowie die Prospektübergabe vom 17. Juli 2008 auch für sich gelten lassen wolle. Darauf, ob er den Prospekt tatsächlich gelesen hat, kommt es entgegen der Meinung der Anschlussrevision nicht an. Es liegt im Verantwortungsbereich des Anlegers zu entscheiden, ob er den Prospekt innerhalb der ihm zur Verfügung stehenden - ausreichenden - Zeit zur Kenntnis nehmen will oder nicht; nimmt er die Informationen nicht zur Kenntnis, geht dies zu seinen Lasten (Senatsurteil vom 10. Januar 2019 - III ZR 109/17, NJW-RR 2019, 428, 430 f Rn. 27 mwN). Anders, als die Klägerin meint, geht es hierbei nicht um die Frage der Zurechnung von Wissen der Klägerin zu ihrem Ehemann (s. dazu Senatsurteil vom 13. Dezember 2012 - III ZR 298/11, NJW 2013, 448), sondern um die eigene Gelegenheit des

Ehemanns, sich ausreichend und rechtzeitig vor der Zeichnung anhand des Prospekts über die Kapitalanlage zu unterrichten, sowie um die damit korrespondierende - berechnete - Erwartungshaltung des Beraters.

38 b) Soweit die Anschlussrevision rügt, das Berufungsgericht habe nicht zu Grunde legen dürfen, dass die inhaltliche Eignung des Prospekts zur Risikoaufklärung zwischen den Parteien nicht mehr im Streit stehe, verkennt sie, dass es sich dabei nicht um eine rechtliche Würdigung, sondern um eine in den Urteilsgründen getroffene tatbestandliche Feststellung handelt, die für das Revisionsgericht bindend ist, nachdem die Klägerin keinen Tatbestandsberichtigungsantrag gestellt hat (§§ 314, 559 Abs. 1 ZPO; vgl. hierzu zB Senatsurteile vom 9. Oktober 2014 - III ZR 68/14, NJW 2014, 3580, 3582 Rn. 21 mwN und vom 16. Mai 2019 - III ZR 176/18, WM 2019, 1203, 1205 Rn. 16 f sowie BGH, Urteil vom 4. Mai 2017 - IX ZR 285/16, NZG 2018, 72, 73 Rn. 11). Unbeschadet dessen hat der Senat die Verfahrensrüge der Klägerin auch in der Sache geprüft und für nicht durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird gemäß § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.

39 2. Ebenso unbegründet sind die Rügen der Anschlussrevision gegen die Abweisung der Klage auf Ersatz eines Zinsausfallschadens in Höhe von jährlich 2 % hinsichtlich der Fonds Nr. 1 bis 8 (Anträge zu A 1c, 2c, 3c, 4c, 5c, 6c, 7c und 8c) sowie auf Feststellung der Pflicht der Beklagten zur Freistellung von allen Schäden und Nachteilen, insbesondere von Rückforderungsansprüchen gemäß § 172 Abs. 4 ZPO, hinsichtlich der Fonds Nr. 1, 4, 7 und 8 (Anträge zu A 1d, 4d, 7d und 8d).

40 a) Für die Ansprüche auf Ersatz von Zinsausfallschäden in Höhe von jährlich 2 % fehlt es, wie das Berufungsgericht zutreffend aufgezeigt hat, an dem hierzu erforderlichen Vortrag, für welche konkrete Form der Kapitalanlage sich die Klägerin sonst entschieden hätte (vgl. Senatsurteil vom 16. Mai 2019 - III ZR 176/18, WM 2019, 1203, 1207 Rn. 30 und BGH, Urteil vom 24. April 2012 - XI ZR 360/11, NJW 2012, 2266 Rn. 13). Abgesehen davon lassen weder das bisherige Anlageverhalten der Klägerin noch ihre Angaben in den Beraterbögen zur Anlegermentalität/Anlagestrategie und zu den Anlagezielen ("spekulativ" und "Vermögensdiversifizierung") einen Schluss darauf zu, dass sie ihr Kapital alternativ in risikoarme Anlagen mit einer Verzinsung von jährlich 2 % investiert hätte.

41 b) Die Schadensersatzfeststellungsanträge betreffend die Fonds Nr. 1, 4, 7 und 8 hat das Berufungsgericht zu Recht mangels Feststellungsinteresses (§ 256 Abs. 1 ZPO) als unzulässig abgewiesen. Die Feststellung der Schadensersatzpflicht setzt die Möglichkeit des Schadenseintritts voraus. Bei reinen Vermögensschäden, die vorliegend in Rede stehen, hängt die Zulässigkeit der Feststellungsklage darüber hinaus von der hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines auf die Pflichtverletzung zurückgehenden Schadenseintritts ab; hieran fehlt es, wenn der Eintritt irgendeines (weiteren oder künftigen) Schadens ungewiss ist (s. BGH, Urteile vom 10. Juli 2014 - IX ZR 197/12, NJW-RR 2015, 626, 627 Rn. 11 und vom 15. März 2016 - XI ZR 122/14, VersR 2016, 1444, 1446 Rn. 43, jeweils mwN). So liegt es hier. Die Klägerin hat für die betreffenden Fonds, für die bislang - also seit mehr als zehn Jahren - keine Ausschüttungen erfolgt sind, nicht dargetan, dass der Eintritt weiterer Schäden, insbesondere aus einer Inanspruchnahme gemäß § 172 Abs. 4 HGB, hinreichend wahrscheinlich ist.

42 3. Ohne Erfolg bleiben auch die Angriffe der Anschlussrevision gegen die
Versagung der Befreiung von außergerichtlichen Anwaltskosten (Antrag zu B).

43 a) Ob eine vorprozessuale anwaltliche Zahlungsaufforderung eine Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG auslöst oder als der Vorbereitung der Klage dienende Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RVG zum Rechtszug gehört und daher mit der Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG abgegolten ist, ist eine Frage der Art und des Umfangs des im Einzelfall erteilten Mandats (BGH, Urteile vom 26. Februar 2013 - XI ZR 345/10, BKR 2013, 283, 286 Rn. 37 und vom 28. Mai 2013 - XI ZR 421/10, BeckRS 2013, 10761 Rn. 33, jeweils mwN). Erteilt der Mandant den unbedingten Auftrag, im gerichtlichen Verfahren tätig zu werden (vgl. Vorbemerkung 3 Abs. 1 Satz 1 VV RVG), lösen bereits Vorbereitungshandlungen die Gebühren für das gerichtliche Verfahren aus, und zwar auch dann, wenn der Anwalt zunächst nur außergerichtlich tätig wird. Für das Entstehen der Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG ist dann kein Raum mehr. Anders liegt es, wenn sich der Auftrag nur auf die außergerichtliche Tätigkeit des Anwalts beschränkt oder der Prozessauftrag jedenfalls unter der aufschiebenden Bedingung erteilt wird, dass zunächst vorzunehmende außergerichtliche Einigungsversuche erfolglos bleiben. Ein lediglich (aufschiebend) bedingt für den Fall des Scheiterns des vorgerichtlichen Mandats erteilter Prozessauftrag steht der Gebühr aus Nr. 2300 VV RVG nicht entgegen (BGH, Urteile vom 26. Februar 2013 aaO und vom 28. Mai 2013 aaO, jeweils mwN).

44 b) Das Berufungsgericht hat diese Grundsätze in nicht zu beanstandender tatrichterlicher Würdigung der Einzelfallumstände beachtet. Es hat die von der Klägerin vorgelegten Unterlagen - nämlich die "Vollmacht" vom 7. April 2014 und den "Unbedingten Klageauftrag" vom 6. Dezember 2014 - gewürdigt und ausgeführt, dass die Klägerin nicht dargetan habe, ihren Prozessbevoll-

mächtigten zunächst lediglich mit ihrer außergerichtlichen Vertretung beauftragt oder einen nur bedingten Prozessauftrag erteilt zu haben. Die - erstmalige - diesbezügliche Angabe der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht, sie habe das Mandat ausdrücklich zunächst auf die außergerichtliche Tätigkeit beschränkt, stehe im Widerspruch zu der vorgelegten Vollmacht vom 7. April 2014, die ausdrücklich auch die "Prozessführung" umfasse, und sei somit ohne Belang. Der "Unbedingte Klageauftrag" vom 6. Dezember 2014 sei insofern "überobligatorisch" gewesen und habe allein das - unbeachtliche - Innenverhältnis zwischen der Klägerin und ihrem Prozessbevollmächtigten betroffen. Diese Würdigung lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Die Anschlussrevision möchte die Fallumstände insoweit lediglich anders würdigen als das Berufungsgericht, ohne einen Rechtsfehler darzutun, womit sie im Revisionsverfahren keinen Erfolg finden kann. Entgegen der Ansicht der Klägerin bedurfte es keines weitergehenden richterlichen Hinweises. Dies ergibt sich bereits aus § 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO, weil insoweit nur eine Nebenforderung betroffen war. Unbeschadet dessen hat die anwaltlich vertretene Klägerin den rechtlich entscheidenden Gesichtspunkt gesehen, für erheblich gehalten und dazu vorgetragen. Sie hat die rechtlichen Voraussetzungen auch nicht anders als das Gericht verstanden.

III.

- 45 1. Nach alledem ist das Berufungsurteil im Umfang seiner Anfechtung durch die Revision der Beklagten, also soweit es zu deren Nachteil ergangen ist (Verurteilung gemäß den Klageanträgen zu A 1a, 1b, 2a, 2b, 2d, 3a, 3b, 3d, 4a, 4b, 5a, 5b, 5d, 6a, 6b, 6d, 7a, 7b, 8a und 8b sowie Feststellung der teilweisen Erledigung der Hauptsache zu A 2a, 5a und 6a), gemäß § 562 Abs. 1 ZPO aufzu-

heben und die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Da weitere tatrichterliche Feststellungen zu treffen sind, kommt eine eigene Sachentscheidung des Senats nach § 563 Abs. 3 ZPO nicht in Betracht.

46 2. Für das weitere Verfahren weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin:

47 a) Das Berufungsgericht wird erneut zu prüfen haben, ob die Beklagte ihren Aufklärungspflichten durch rechtzeitige Prospektübergabe genügt hat. Insoweit muss die Klägerin beweisen, dass ihr die Prospekte zu einem Zeitpunkt überlassen wurden, der nicht mehr rechtzeitig gewesen ist. Die Frage der Rechtzeitigkeit als solche stellt eine rechtliche Bewertung dar. Welche Frist seit Empfang des Prospekts bis zum Abschluss des Anlagegeschäfts angemessen und erforderlich ist, damit der Anleger den Prospektinhalt hinreichend zur Kenntnis nehmen kann, hängt maßgeblich von den Umständen des Einzelfalls ab; eine Regelfrist, die nach Prospektübergabe einzuhalten ist, gibt es nicht (Senatsurteil vom 10. Januar 2019 - III ZR 109/17, NJW-RR 2019, 428, 431 Rn. 28 mwN).

48 b) Sollte der Prospekt für den Fonds Nr. 6 (entsprechend der Würdigung des Landgerichts) erst am Zeichnungstag übergeben worden sein, ist zu erwägen, ob die Beklagte berechtigter Weise davon ausgehen durfte, dass die Klägerin bereits im Zusammenhang mit der Prospektübergabe für die zeitnah vorangegangenen Zeichnungen der Fonds Nr. 1, 2 und 5 ausreichend über die "IRR-Methode" informiert gewesen war.

49 c) Im Falle der nicht rechtzeitigen Übergabe des Prospekts für den Fonds Nr. 8 (gemäß der dahingehenden Würdigung des Landgerichts) wird das Beru-

fungungsgericht sich mit der Frage einer erneuten Vernehmung der Zeugin G. zur mündlichen Aufklärung über das Nachhaftungsrisiko gemäß § 172 Abs. 4 HGB zu befassen und hierbei zu beachten haben, dass die Beweislast für eine fehlende oder unzureichende Risikoaufklärung die Klägerin trifft.

Herrmann

Tombrink

Remmert

Reiter

Arend

Vorinstanzen:

LG Hannover, Entscheidung vom 27. April 2016 - 11 O 385/14 -

OLG Celle, Entscheidung vom 08.06.2017 - 11 U 72/16 -