



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

III ZR 176/18

Verkündet am:  
16. Mai 2019  
Kiefer  
Justizangestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Mai 2019 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Herrmann, die Richter Tombrink, Dr. Remmert und Reiter sowie die Richterin Dr. Böttcher

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten sowie die Anschlussrevision der Klägerin gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 19. Juli 2018 werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des dritten Rechtszuges trägt die Beklagte 4/5, die Klägerin 1/5.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

- 1 Die Klägerin nimmt die Beklagte, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, auf Schadensersatz wegen behauptet fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Beteiligung an einem geschlossenen Lebensversicherungsfonds in Anspruch.
- 2 Die Klägerin zeichnete am 16. Dezember 2005 nach einer in Anwesenheit ihres Ehemanns erfolgten Beratung durch den damaligen Mitarbeiter der Beklagten R. eine treuhänderische Beteiligung an der K. GmbH & Co. KG über 20.000 € zuzüglich 5 % Agio. Die Klägerin

erhielt Ausschüttungen von 3.200 €. 2015 hat sie die Beklagte auf Schadensersatz mit der Begründung in Anspruch genommen, sie sei weder anleger- noch anlagegerecht beraten worden. Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Klage bezüglich des Lebensversicherungsfonds abgewiesen. Soweit die Klage bezüglich eines weiteren Fonds Erfolg hatte, hat die Beklagte keine Berufung eingelegt. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht der Klage bezüglich des Lebensversicherungsfonds im Wesentlichen - ohne Ersatz des behaupteten entgangenen Gewinns und der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten - stattgegeben. Hiergegen richten sich die vom Berufungsgericht beschränkt zugelassene Revision der Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin.

### Entscheidungsgründe

#### I.

3 Die Rechtsmittel beider Parteien sind statthaft und auch im Übrigen zulässig.

4 1. Das Berufungsgericht hat die Revision nur zugunsten der Beklagten und insoweit beschränkt auf den Vorwurf einer nicht anlegergerechten Beratung zugelassen.

5 Die Zulassung der Revision kann auf einen selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden. Voraussetzung dafür ist eine Selbständigkeit in dem Sinne, dass der von der Beschränkung erfasste Teil des Streitstoffs in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unabhängig vom übrigen Prozessstoff beurteilt werden kann und auch im Fall einer Zurückverweisung kein Wider-

spruch zum nicht anfechtbaren Teil des Streitstoffs auftreten kann. Allerdings muss es sich hierbei weder um einen eigenen Streitgegenstand handeln noch muss der betroffene Teil des Streitstoffs auf der Ebene der Berufungsinstanz teilurteilsfähig sein (vgl. nur Senat, Beschluss vom 16. Dezember 2010 - III ZR 127/10, WM 2011, 526 Rn. 5; Urteil vom 18. Oktober 2018 - III ZR 497/16, NJW 2019, 215 Rn. 11, 13; jeweils mwN).

6           Im Tenor des Berufungsurteils ist die Revision zugelassen worden, soweit die Beklagte über die landgerichtliche Entscheidung hinaus verurteilt wurde, und im Übrigen, soweit die Berufung zurückgewiesen wurde, nicht zugelassen worden. Eine solche Beschränkung der Zulassung auf eine Partei ist grundsätzlich zulässig (vgl. nur Senat, Urteil vom 10. Januar 2019 - III ZR 109/17, WM 2019, 304 Rn. 14 mwN). Auch im Fall einer Zurückverweisung würde sich kein Widerspruch zu dem von der Zulassung ausgenommenen Teil des Streitstoffs ergeben.

7           Eine (hier weitergehende) Beschränkung der Zulassung kann sich auch aus den Entscheidungsgründen ergeben (vgl. nur BGH, Urteil vom 12. Mai 2010 - VIII ZR 96/09, NJW 2010, 3015 Rn. 18; Senat, Urteile vom 18. Oktober 2018, aaO Rn. 11 und vom 10. Januar 2019, aaO mwN). Bezieht sich die Rechtsfrage, zu deren Klärung das Berufungsgericht die Revision zugelassen hat, auf einen abtrennbaren Teil des Streitstoffs, ist die Entscheidung grundsätzlich so auszulegen, dass das Berufungsgericht die Revision lediglich beschränkt auf diesen Teil des Streitgegenstands zugelassen hat (vgl. nur BGH aaO und Senat aaO). Die beiden im angefochtenen Urteil (S. 20) angesprochenen Fragen, derentwegen das Oberlandesgericht die Revision zugelassen hat, beziehen sich nur auf den Vorwurf der nicht anlegergerechten Beratung. Bezüglich der nicht objekt(anlage)gerechten Beratung hat das Oberlandesgericht kei-

nen Klärungsbedarf gesehen und insoweit bereits das Vorliegen einer Pflichtverletzung unter Bezugnahme auf das Senatsurteil vom 19. Oktober 2017 (III ZR 565/16, BGHZ 216, 245) verneint. Das Berufungsurteil ist deshalb so auszulegen, dass die Revision nur beschränkt auf den Vorwurf nicht anlegergerechter Beratung zugelassen worden ist. Nach der Senatsrechtsprechung ist eine solche Beschränkung zulässig (vgl. Versäumnisurteil vom 23. März 2017 - III ZR 93/16, NJW 2017, 2187; siehe auch zur Beschränkung auf einzelne Pflichtverletzungen eines Anlageberaters Beschluss vom 16. Dezember 2010, aaO Rn. 6; Urteil vom 17. September 2015 - III ZR 385/14, WM 2015, 1935 Rn. 13). Auch im Fall einer Zurückverweisung würde sich kein Widerspruch zu dem von der Zulassung ausgenommenen Teil des Streitstoffs ergeben.

- 8            2.        Die Anschlussrevision der Klägerin ist als unselbständiges Rechtsmittel statthaft und auch im Übrigen zulässig. Der Umstand, dass das Berufungsgerecht die Revision nur beschränkt auf die Beklagte zugelassen hat, hindert nach der ausdrücklichen Regelung des § 554 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht eine Anschluss-, sondern nur eine selbständige Revision. Die Anschlussrevision ist als unselbständiges Rechtsmittel allerdings akzessorischer Natur. Dieser Abhängigkeit würde es widersprechen, wenn mit ihr Streitstoff eingeführt werden könnte, der mit dem Gegenstand der Hauptrevision weder in einem rechtlichen noch in einem wirtschaftlichen Zusammenhang steht. Als Anschlussrevision ist ein Rechtsmittel daher nur dann statthaft, wenn es einen einheitlichen Lebenssachverhalt betrifft, der mit dem von der Revision erfassten Streitgegenstand in einem unmittelbaren rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang steht (vgl. nur Senat, Urteil vom 10. Januar 2019, aaO Rn. 19 mwN). Diese Voraussetzung ist hier jedoch erfüllt. Die Anschlussrevision betrifft die Frage entgangenen Gewinns und außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten im Hinblick auf die streitgegenständliche Kapitalanlage und die daraus abgeleitete Schadensersatzfor-

derung, die den Gegenstand der Revision bildet. Auch soweit die Klägerin (vorsorglich) eine pflichtwidrig unterlassene Aufklärung über Rückvergütungen/Provisionen und einen Prospektfehler bezüglich des Blindpoolrisikos geltend macht, besteht der notwendige Zusammenhang.

## II.

9 Die Rechtsmittel der Parteien sind nicht begründet.

10 1. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass der Klägerin gegen die Beklagte ein Anspruch auf Schadensersatz zustehe, weil die von deren damaligem Mitarbeiter R. durchgeführte Beratung nicht anlegergerecht gewesen sei. Die Verfehlung des Anlageziels der Klägerin stehe fest. Ihre "Anlegermentalität/Anlagestrategie" sei nach dem persönlichen Beraterbogen "risikobewusst (Erwartungen über Kapitalmarktniveau, gesteigerte Risikobereitschaft)" gewesen. Dies habe die Klägerin in ihrer Anhörung auch bestätigt. Insoweit sei aber unstrittig, dass die streitgegenständliche Anlage nicht dieser Anlagementalität entsprochen habe. Die Klägerin habe vorgetragen, dass die Anlage spekulativen Charakter gehabt habe und deshalb nur einem Anleger mit hoher Risikobereitschaft hätte empfohlen werden dürfen. Die Kategorie "spekulativ (hohe Ertragserwartung, hohe Risikobereitschaft)" sei im Beraterbogen aber gerade nicht angekreuzt worden. Dem diesbezüglichen Vortrag sei die Beklagte weder in erster noch - trotz der entsprechenden Hinweisverfügung des Senatsvorsitzenden - in zweiter Instanz entgegengetreten. Die Zuordnung einer Kapitalbeteiligung zu einer Risikoklasse sei aber eine dem (Sachverständigen-)Beweis zugängliche Tatsachenfrage. Die diesbezügliche Tatsachenbehauptung der Klägerin sei daher als unstrittig zu behandeln und vom Gericht nicht weiter zu überprüfen. Mit der streitgegenständlichen Anlage sei daher das Anlageziel der Klägerin verfehlt worden. Anderes würde nur dann gelten, wenn R. , was die

Beklagte aber selbst nicht behauptete, die Klägerin darauf hingewiesen hätte, dass er ihr eine von ihrem Anlageziel her eigentlich ungeeignete Anlage anbiete und die Klägerin daraufhin für diese konkrete Beteiligung ihre Anlagestrategie geändert hätte, etwa weil ihr die Anlage trotz der größeren Risiken attraktiv erschienen sei.

11 Die von der Beklagten erhobene Verjährungseinrede greife nicht durch. Zwar sei bezogen auf den Klagevortrag, Ziel sei eine werterhaltende Anlage (Vermögenssicherung, Altersvorsorge) gewesen, im Hinblick auf den Inhalt des von der Klägerin unterzeichneten Beraterbogens von grob fahrlässiger Unkenntnis (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB) der Verfehlung dieses Ziels auszugehen. Die Klägerin habe sich in ihren Schriftsätzen später aber den Vortrag der Beklagten, wonach sie ausweislich der Angaben im Beraterbogen risikobewusst gewesen sei, ausdrücklich hilfsweise zu eigen gemacht. Dieses Hilfsvorbringen sei prozessual, obwohl es im Widerspruch zum Hauptvorbringen stehe, beachtlich, da es auch den persönlichen Angaben der Klägerin bei der Anhörung entspreche und insoweit ein Verstoß gegen die Wahrheitspflicht nicht feststellbar sei. Eine grob fahrlässige Unkenntnis der Verfehlung dieses Anlagezieles im Hinblick auf den spekulativen und insoweit hochrisikobehafteten Charakter der empfohlenen Anlage lasse sich jedoch nicht feststellen. Es gebe keinen konkreten Anhaltspunkt im Beraterbogen für einen risikobewussten Anleger, anhand dessen er habe erkennen können, geschweige denn müssen, dass die ihm empfohlene Beteiligung spekulativ und deshalb in eine höhere als die gewünschte Risikostufe einzuordnen sei.

12 Von der Kausalität des diesbezüglichen Beratungsfehlers für die Anlageentscheidung der Klägerin sei auszugehen. Es sei insoweit schon zweifelhaft, ob die Beklagte eine solche Kausalität überhaupt sinnvoll bestreiten könne. Je-

denfalls habe sie kein taugliches Beweismittel für ihre Behauptung angeboten, die Aufklärungspflichtverletzung sei nicht kausal. Der benannte Zeuge Reindl sei ungeeignet, da er diesbezüglich allenfalls Spekulationen anstellen könne. Die Beklagte sei deshalb grundsätzlich zum Schadensersatz verpflichtet.

13            Allerdings sei der behauptete entgangene Gewinn nicht schlüssig dargelegt. Es fehle schon an Vortrag, wie das Geld anderweitig angelegt worden wäre. Auch ein Anspruch auf Freistellung von den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten scheide aus. Die Klägerin behaupte zwar eine zunächst nur auf die außergerichtliche Vertretung gerichtete Mandatierung, lege die ihrem Prozessbevollmächtigten zu Beginn des Mandats erteilte Vollmacht aber nicht vor, so dass davon auszugehen sei, dass diese - wie dem Senat aus zahlreichen Parallelfällen bekannt sei - die gerichtliche Vertretung schon mitumfasst habe. Vor allem sei aber zu berücksichtigen, dass die Klägerin nach ihrem eigenen Vortrag die Forderung ihrer Anwälte längst bezahlt habe, so dass sie keine Freistellung mehr verlangen könne. Einen Zahlungsantrag habe sie aber nicht gestellt.

14            2.        Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg.

15            a) Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht sei rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass der Lebensversicherungsfonds ein der höchsten Risikoklasse zuzuordnendes Anlageprodukt darstelle, geht fehl.

16            Entgegen der Auffassung der Beklagten handelt es sich bei dieser Zuordnung nicht um eine Rechtsfrage. Zwar mag die Zuordnung von Wertungen abhängen und mögen die Grenzen - sowohl für die Eingruppierung einzelner Anleger als auch die Verortung einzelner Anlagen - in vielen Fällen nicht immer trennscharf zu bestimmen sein, wie es die Revision geltend macht. Es geht



aber im Kern um eine Tatsache, die deshalb auch streitig oder unstreitig sein kann.

17            Letzteres ist im Berufungsurteil festgestellt worden, ohne dass die Beklagte einen Tatbestandsberichtigungsantrag (§ 320 ZPO) gestellt hat. Nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO unterliegt der Beurteilung des Revisionsgerichts nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Gemäß § 314 Satz 1 ZPO liefert dabei der Tatbestand - vorbehaltlich abweichender Angaben im Sitzungsprotokoll (§ 314 Satz 2 ZPO) - Beweis für das mündliche Vorbringen einer Partei. Die Beweiswirkung erstreckt sich auch darauf, ob eine bestimmte Behauptung bestritten ist oder nicht (siehe nur BGH, Urteile vom 17. Mai 2000 - VIII ZR 216/99, NJW 2000, 3007; vom 8. November 2007 - I ZR 99/05, NJW-RR 2008, 1566 Rn. 15 und vom 12. Juli 2016 - XI ZR 564/15, BGHZ 211, 123 Rn. 57). Zum Tatbestand in diesem Sinne gehören auch tatsächliche Feststellungen, die sich in den Entscheidungsgründen finden (vgl. nur BGH, Urteile vom 17. Mai 2000 aaO; vom 8. November 2007 aaO; vom 18. September 2012 - XI ZR 344/11, BGHZ 195, 1 Rn. 40 und vom 10. Januar 2017 - II ZR 94/15, BGHZ 213, 224 Rn. 31). Eine Verfahrensrüge nach § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO kommt zur Korrektur entsprechender tatbestandlicher Feststellungen des Berufungsgerichts nicht in Betracht. Wird keine Tatbestandsberichtigung beantragt, kann die behauptete Unrichtigkeit des Tatbestands im Revisionsverfahren nicht im Rahmen von § 559 Abs. 1 Satz 2, § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO berücksichtigt werden (vgl. nur BGH, Urteile vom 18. September 2012 aaO; vom 11. November 2014 - XI ZR 265/13, BGHZ 203, 162 Rn. 44 und vom 12. Juli 2016 aaO).

18 Die Beklagte kann deshalb nicht damit gehört werden, die Behauptung der Klägerin sei, was das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG übersehen habe, tatsächlich gar nicht unstreitig gewesen. Zudem hat das Oberlandesgericht im Rahmen der Verfügung des Vorsitzenden vom 11. April 2018 (GA II 346) darauf hingewiesen, dass die Behauptung unstreitig sei, ohne dass die Beklagte dem entgegengetreten wäre. Letzteres hat das Berufungsgericht im Übrigen auch zu Recht angenommen. Die mit der Revision für ihre gegenteilige Argumentation in Bezug genommenen Sätze in der Klageerwiderung bezogen sich auf die in der Klage im Hinblick auf das dort angegebene Anlageziel der sicheren Altersversorgung behauptete Fehlberatung, nicht aber auf die vom Berufungsgericht festgestellte Pflichtverletzung.

19 Ob - so die Beklagte in ihrer Revisionsbegründung - die Beteiligung tatsächlich nicht spekulativ und nicht besonders riskant gewesen ist beziehungsweise die (zusätzliche) Wertung im Berufungsurteil, das Oberlandesgericht halte die Beteiligung im Übrigen auch selbst für spekulativ, falsch ist, spielt im Revisionsverfahren keine Rolle, da die diesbezügliche Darstellung der Klägerin aus den vorstehenden Gründen im Instanzenzug "unstreitig" war. Deshalb geht auch der Vorwurf der Beklagten ins Leere, die Auffassung des Berufungsgerichts, die Risikostruktur des Fonds widerspreche der Anlegermentalität der Klägerin, verletze die Grenzen richterlicher Beweiswürdigung.

20 b) Die Rüge der Beklagten, das Oberlandesgericht habe verkannt, dass selbst nach seinen Feststellungen eine anlegergerechte Beratung vorliege, geht ebenfalls fehl.

21 Zu Unrecht beruft sich die Beklagte insoweit auf das Urteil des XI. Zivilsenats vom 22. März 2011 (XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 24). Danach ist es

gerade die Aufgabe des Anlageberaters, ausschließlich Produkte zu empfehlen, die mit den Anlagezielen des Kunden - Anlagezweck und Risikobereitschaft - tatsächlich übereinstimmen. Erkundigt er sich nicht bereits - wie von der Rechtsprechung und aufsichtsrechtlich gefordert - vor seiner Anlageempfehlung nach der Risikobereitschaft des Kunden, so kann er seiner Pflicht zu einer anlegergerechten Empfehlung nur dadurch entsprechen, dass er sich noch vor der Anlageentscheidung seines Kunden die Gewissheit verschafft, dass dieser die Risiken des Finanzprodukts in jeder Hinsicht verstanden hat. Dies hat der Berater sicherzustellen. Andernfalls kann er nicht davon ausgehen, dass seine Empfehlung der Risikobereitschaft des Kunden entspricht.

22            Diese Entscheidung ist bereits deshalb nicht einschlägig, weil das Berufungsgericht gerade nicht festgestellt hat, dass der Berater R. sich die Gewissheit verschafft beziehungsweise sichergestellt hat, dass die Klägerin die Risiken des Finanzprodukts in jeder Hinsicht verstanden hat. Dass (so die Revision in diesem Zusammenhang) das Berufungsgericht festgestellt habe, dass die Klägerin den Prospekt vor der Zeichnung erhalten hat, ist zum einen unzutreffend - das Berufungsgericht hat lediglich festgestellt, dass die Klägerin nicht bewiesen habe, den Prospekt nicht rechtzeitig erhalten zu haben -, zum anderen nicht entscheidend. Denn allein daraus folgt keine Gewissheit, dass die Klägerin die Risiken des Finanzprodukts in jeder Hinsicht verstanden hat. Insofern hätte hier im Übrigen im Rahmen der anlegergerechten Beratung, da "unstreitig" die Beteiligung nicht mit der Anlegermentalität/Anlagestrategie und dem Anlageziel der Klägerin vereinbar war (s.o.), in jedem Fall auch eine Aufklärung über diese Unvereinbarkeit erfolgen müssen, damit die Klägerin frei entscheiden konnte, ob sie die Anlage trotzdem zeichnet. Dies hat das Berufungsgericht aber nicht festgestellt, sondern im Gegenteil in seinem Urteil ausgeführt, dass die Beklagte eine entsprechende Aufklärung durch R. selbst nicht behauptet.

tet habe. Auch der Kurzhinweis auf einige Risiken der Beteiligung im unteren Teil des Beraterbogens lässt keinen verlässlichen Schluss auf eine entsprechende Kenntnis der Klägerin zu noch war er geeignet, R. die Gewissheit zu vermitteln, dass der Klägerin die Abweichung von ihrem Anlageziel bewusst war.

23 c) Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte den Zeugen R. zur Kausalität der Pflichtverletzung vernehmen müssen, ist unbegründet. Die von der Beklagten in Bezug genommene Rechtsprechung, wonach ein Beweis-antrag wegen Ungeeignetheit des Beweismittels nur dann abgelehnt werden kann, wenn es ausgeschlossen erscheint, dass das Beweismittel zu dem Be-weisthema sachdienliche Erkenntnisse erbringen kann, wobei insoweit größte Zurückhaltung geboten ist (siehe nur BGH, Beschluss vom 10. April 2018 - VI ZR 378/17, NJW 2018, 2803 Rn. 19 mwN), ist nicht einschlägig.

24 Nach der ständigen Senatsrechtsprechung spricht für den Ursachenzusammenhang zwischen einer Aufklärungspflichtverletzung und der Anlageentscheidung eine durch die Lebenserfahrung begründete tatsächliche Vermutung. Es ist insoweit grundsätzlich Sache des Aufklärungspflichtigen, die Vermutung, dass der Anlageinteressent bei richtiger Aufklärung von der Zeichnung der Anlage abgesehen hätte, durch konkreten - und im Bestreitensfall zu beweisen-den - Vortrag zu entkräften (siehe nur Urteile vom 8. Juli 2010 - III ZR 249/09, BGHZ 186, 152 Rn. 20 und vom 16. März 2017 - III ZR 489/16, WM 2017, 708 Rn. 32; jeweils mwN; a.A. BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 28 ff: volle Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast; diese Abweichung ist hier jedoch nicht entscheidungserheblich). Insoweit stellt sich im Übrigen die vom Berufungsgericht in der Begründung der Revisionszulassung thematisierte Frage, ob die Beklagte die Kausalität bestreiten kann, nicht. Ein

bloßes Bestreiten reicht in Fällen der Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzung ohnehin nicht aus. Zur Entkräftung genügt die in der Revisionsbegründung in Bezug genommene Behauptung in der Klageerwiderung (S. 4), etwaige Beratungspflichtverletzungen seien im Hinblick auf den Inhalt des Beraterbogens für die Anlageentscheidung der Klägerin nicht kausal geworden, nicht, abgesehen davon, dass sich diese Behauptung nicht auf den zu diesem Zeitpunkt noch nicht thematisierten Vorwurf bezog, auch für einen risikobewussten Anleger sei die Beteiligung ungeeignet. Im Übrigen handelt es sich bei der Frage, wie sich die Klägerin entschieden hätte, um eine innere (hypothetische) Tatsache. Eine Parteivernehmung der Klägerin hat die Beklagte nicht beantragt. Der Beweisantrag, einen Dritten als Zeugen - hier den Berater R. - zu einer nicht seine Person betreffenden inneren Tatsache zu vernehmen, setzt aber voraus, dass schlüssig dargelegt wird, aufgrund welcher Umstände der Zeuge etwas hierzu aussagen kann (vgl. nur Senat, Beschluss vom 1. August 2007 - III ZR 35/07, juris Rn. 7; BGH, Urteile vom 4. Mai 1983 - VIII ZR 94/82, NJW 1983, 2034, 2035; vom 13. Juli 1988 - IVa ZR 67/87, NJW-RR 1988, 1529 f; vom 30. April 1992 - VII ZR 78/91, NJW 1992, 2489 und vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, NJW 2012, 2427 Rn. 44). Auch hieran fehlte es. Entsprechender Vortrag kann in der Revisionsinstanz nicht nachgeholt werden, abgesehen davon, dass die diesbezüglichen Ausführungen - der Zeuge R. - könne zu dem Inhalt und den äußeren Umständen des Beratungsgesprächs Bekundungen machen, aus denen sich Rückschlüsse ziehen ließen, mit welcher Entschlossenheit und welchem Erwartungshorizont die Klägerin die Zeichnung der Anlage betrieben habe - substanzlos sind.

25                    d) Das Berufungsgericht ist in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise zu dem Ergebnis gelangt, dass der Anspruch auf Schadensersatz nicht verjährt ist.

26

aa) Die vom Oberlandesgericht im Rahmen der Begründung der Revisionszulassung angesprochene und auch von der Beklagten thematisierte Frage ("Inwieweit kann sich eine Klagepartei, die zunächst behauptet, sie habe kein Kapitalverlustrisiko eingehen wollen, mit prozessualer Beachtlichkeit hilfsweise darauf berufen, die von der Beklagten in Bezug genommene Eintragung im Beraterbogen, wonach sie "risikobewusst" war, sei entgegen ihrem Hauptvorbringen zutreffend, weshalb sie eine Verfehlung ihres Anlageziels - anders als ein streng sicherheitsorientierter Anleger - nicht im Sinne des § 199 Abs. 1 BGB anhand des Beraterbogens habe erkennen müssen?") stellt sich im vorliegenden Fall nicht. Die Klägerin hat im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung vor dem Landgericht angegeben, dass der Beraterbogen in ihrem Beisein ausgefüllt und die entsprechenden Eintragungen beziehungsweise Ankreuzungen mit ihr besprochen worden seien. Sie erinnere sich noch daran, dass "wir bewusst die Ankreuzung unter der Anlegermentalität bei risikobewusst vorgenommen haben." Damit hat sie das von ihrem Prozessbevollmächtigten schriftsätzlich zuvor behauptete Ziel einer sicheren Anlage zur Altersversorgung selbst korrigiert. In einem solchen Fall gehen die persönlichen Angaben der Partei dem schriftsätzlichen Vortrag des Prozessbevollmächtigten grundsätzlich vor (vgl. auch BGH, Urteile vom 1. März 1957 - VIII ZR 286/56, LM § 141 ZPO Nr. 2 und vom 22. Oktober 1968 - VI ZR 178/67, VersR 1969, 58, 59). Deshalb kann nicht angenommen werden, die Klägerin mache im Hauptvorbringen ein anderes Anlageziel als im Hilfsvorbringen geltend. Vor diesem Hintergrund kommt es nicht mehr darauf an, wann Hilfsvorbringen, das in Widerspruch zum Hauptvorbringen steht, unzulässig und deshalb unbeachtlich ist (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 10. Januar 1985 - III ZR 93/83, NJW 1985, 1841, 1842; BGH, Urteile vom 25. Januar 1956 - V ZR 190/54, BGHZ 19, 387, 390 f; vom 3. Juni 1959 - V ZR 155/58, BeckRS 1959, 31205939; vom 19. Juni 1995 - II ZR 255/93, WM 1995, 1536, 1539 und vom 30. Januar 2015 - V ZR 63/13, NJW 2015, 1678 Rn. 11).

27           bb) Soweit das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung eine grob fahrlässige Unkenntnis der Klägerin (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB) im Hinblick auf den angenommenen Beratungsfehler verneint hat, ist diese revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbare Bewertung (siehe hierzu nur Senat, Versäumnisurteil vom 23. März 2017 - III ZR 93/16, WM 2017, 799 Rn. 8 und Urteil vom 20. Juli 2017 - III ZR 296/15, WM 2017, 1702 Rn. 24; jeweils mwN) nicht zu be- anstanden. Zwar mag, wie der Prozessbevollmächtigte der Beklagten in der mündlichen Verhandlung des Senats ausgeführt hat, auch zu berücksichtigen sein, dass sich die Klägerin gegenüber dem Berater als "risikobewusst" einge- ordnet, jedoch zugleich erklärt hat, ein Totalverlustrisiko nicht in Kauf nehmen zu wollen. Gleichwohl ist es ihr nicht als grob fahrlässig anzulasten, wenn ihr der Widerspruch zwischen ihrer in dieser Hinsicht fehlenden Risikobereitschaft und einem in dem "Persönlichen Beraterbogen" enthaltenen Hinweis auf ein solches Wagnis entgangen ist. Die dortige Angabe, dass es "im schlimmsten Fall zu einem teilweisen oder ganzen Verlust der Einlage" kommen könne, war, nachdem verschiedene andere Risiken aufgeführt waren, unter der irreführen- den Überschrift "Kumulation" enthalten und damit eingeleitet, dass "die genann- ten Risiken" auch kumuliert auftreten und so zu den Verlusten führen könnten. Zudem war der Text in sehr kleiner Schrift gehalten. Bei dieser Sachlage, in der das Totalverlustrisiko unter einem anderen Schlagwort, inhaltlich unter begrenz- ten Voraussetzungen und optisch unauffällig dargestellt wird, fällt der Klägerin allenfalls einfache Fahrlässigkeit zur Last.

28           3.       Die Anschlussrevision der Klägerin hat ebenfalls keinen Erfolg.

29           a) Das Berufungsgericht hat den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch auf Erstattung entgangener Anlagezinsen rechtsfehlerfrei verneint.

30           aa) Allerdings umfasst der Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung eines Beratungsvertrags nach § 252 Satz 1 BGB den entgangenen Gewinn. Dazu gehören grundsätzlich auch entgangene Anlagezinsen. Nach § 252 Satz 2 BGB gilt als entgangen der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Insoweit spricht die allgemeine Lebenserfahrung dafür, dass Eigenkapital ab einer gewissen Höhe erfahrungsgemäß nicht ungenutzt bleibt, sondern angelegt wird. Dafür, dass und in welcher Höhe durch das schädigende Ereignis ein solcher Gewinn entgangen ist, ist der Geschädigte darlegungs- und beweispflichtig. § 252 Satz 2 BGB enthält lediglich eine die Regelung des § 287 ZPO ergänzende Beweiserleichterung. Der Geschädigte kann sich deshalb zwar auf die Behauptung und den Nachweis der Anknüpfungstatsachen beschränken, bei deren Vorliegen die in § 252 Satz 2 BGB geregelte Vermutung eingreift. Die Wahrscheinlichkeit einer Gewinnerzielung im Sinne von § 252 BGB aufgrund einer zeitnahen alternativen Investitionsentscheidung des Geschädigten und deren Umfang kann jedoch nur anhand seines Tatsachenvortrages dazu beurteilt werden, für welche konkrete Form der Kapitalanlage er sich ohne das schädigende Ereignis entschieden hätte (vgl. nur BGH, Urteile vom 24. April 2012 - XI ZR 360/11, WM 2012, 1188 Rn. 11, 13 und vom 28. Mai 2013 - XI ZR 184/11, juris Rn. 41, 43).

31           bb) Insoweit geht der Vortrag der Anschlussrevision fehl, die Klägerin habe in der Klage geltend gemacht, sie hätte sich im Falle einer korrekten Beratung durch die Beklagte statt für die streitgegenständliche Anlage dafür entschieden, das Geld auf einem Tagesgeldkonto mit einem Zinssatz von 1,5 % anzulegen. In der Klage (S. 32 f) hat sich die Klägerin in diesem Zusammenhang lediglich auf die oben angesprochene Wahrscheinlichkeit berufen, dass



bei fehlerfreier Beratung das Geld nicht ungenutzt geblieben, sondern zinsträchtig anderweitig angelegt worden wäre. Im Folgenden hat sie zur Höhe der nicht näher bezeichneten Alternativanlage ausgeführt, dass sie damit "wenigstens die durch festverzinsliche Wertpapiere erreichbare Durchschnittsrendite" oder "mindestens die durch Anlage des Kapitals auf einem Tagesgeldkonto zum Zeichnungszeitpunkt vorliegenden Tagesgeldzinsen" hätte erzielen können. Dass sie die Zeichnungssumme tatsächlich alternativ entsprechend konservativ in festverzinsliche Wertpapiere oder auf einem Tagesgeldkonto angelegt hätte, hat die Klägerin aber gerade nicht behauptet, was im Übrigen angesichts der von ihr im Beraterbogen erklärten Anlegermentalität/Anlagestrategie "risikobewusst (Ertragserwartung über Kapitalmarktniveau, gesteigerte Risikobereitschaft)" auch nicht glaubhaft gewesen wäre. Bei einer auf letzteres bezogenen Empfehlung des Beraters und der entsprechenden Zeichnung einer solchen Anlage wären zwar Renditen von mehr als 1,5 % sicherlich ohne weiteres möglich gewesen. Angesichts des gesteigerten Risikos einer solchen Anlage ist es aber revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht nicht die Überzeugung hat gewinnen können, dass ein entsprechender Gewinn mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

- 32            b) Das Berufungsgericht hat die Beklagte auch zu Recht nicht zum Ersatz außergerichtlicher Kosten der Klägerin verurteilt. Dies folgt bereits daraus, dass die Klägerin keinen Ersatz, sondern Freistellung von der diesbezüglichen Forderung ihrer Prozessbevollmächtigten verlangt hat. Nach § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist das Gericht nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist; dies gilt insbesondere für Nebenforderungen (§ 308 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Da die Klägerin nach ihrem Vortrag im Schriftsatz vom 30. Juni 2016 (S. 37) die Kostenrechnung ihrer Prozessbevollmächtigten vom 11. Dezember 2014 bereits beglichen hat, kommt keine Freistellung von der bereits erfüllten

und nach § 362 Abs. 1 BGB erloschenen Forderung, sondern nur ein Ersatz der hierzu aufgewandten Kosten in Betracht. Dies hat die Klägerin aber nicht beantragt. Der eindeutige Antrag auf Freistellung kann auch nicht als Antrag auf Schadensersatz ausgelegt werden. Letzterer stellt gegenüber ersterem ein aliud und kein minus dar. Das Urteil des Berufungsgerichts ist insoweit auch keine unzulässige Überraschungsentscheidung im Sinne des § 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Zum einen gilt die Hinweispflicht nach der ausdrücklichen Regelung in § 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht für Nebenforderungen. Zum anderen hat das Berufungsgericht in seinem Urteil (S. 19) festgestellt, dass den Prozessbevollmächtigten der Klägerin das Problem aus einem Parallelverfahren bekannt gewesen sei. Hierzu verhält sich die Anschlussrevision nicht. Der Vorwurf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG iVm § 139 Abs. 1, 2 ZPO) geht daher fehl.

- 33 c) Soweit die Klägerin weiter eine pflichtwidrig unterlassene Aufklärung über eine erhaltene Rückvergütung/Provision und einen Aufklärungsfehler bezüglich des Blindpoolrisikos geltend macht, kommt es hierauf, da die Revision der Beklagten keinen Erfolg hat, nicht mehr entscheidungserheblich an. Im Übrigen sind die Rügen unbegründet. Die Auffassung der Klägerin, eine 100%ige Tochtergesellschaft einer Bank (wie hier die Beklagte als Tochter der P. AG) sei - wie eine Bank selbst und damit anders als ein freier Anlageberater - immer verpflichtet, ihre Kunden ungefragt über die Höhe der von ihr erwarteten Vergütung aufzuklären, steht in Widerspruch zur Senatsrechtsprechung (siehe nur Urteile vom 19. Juli 2012 - III ZR 308/11, WM 2012, 1574 Rn. 12 ff; vom 6. Dezember 2012 - III ZR 307/11, WM 2013, 119 Rn. 14 f und vom 18. April 2013 - III ZR 225/12, BKR 2013, 288 Rn. 15 f), von der abzuweichen die Ausführungen der Anschlussrevision keine Veranlassung geben. Bezüglich des Blindpoolrisikos hat die Klägerin in dem mit der Anschlussrevision in Bezug ge-

nommenen Schriftsatz vom 9. August 2016 (dort S. 1-3) nicht geltend gemacht, dass die Darstellung im Prospekt fehlerhaft sei, sondern lediglich, dass sie auf dieses Risiko weder durch rechtzeitige Übergabe des Prospekts noch durch mündliche Aufklärung seitens des Beraters R. hingewiesen worden sei und auch die kurze Passage unter der Rubrik "Portfolio" im Beraterbogen keine ausreichende Aufklärung darstelle. Die Rüge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das Berufungsgericht, das bezüglich des Prospekts in Übereinstimmung mit dem Landgericht davon ausgegangen ist, dass der Klägerin der Nachweis einer unterlassenen rechtzeitigen Übergabe nicht gelungen sei, geht insoweit fehl. Mit der Anschlussrevision kann ein (angeblicher) Prospektfehler nicht erstmals geltend gemacht werden.

Herrmann

Tombrink

Remmert

Reiter

Böttcher

Vorinstanzen:

LG Hannover, Entscheidung vom 03.05.2017 - 7 O 162/15 -

OLG Celle, Entscheidung vom 19.07.2018 - 11 U 103/17 -