



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 213/17

Verkündet am:
4. Oktober 2018
A n k e r
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Oktober 2018 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Herrmann, die Richter Tombrink, Dr. Remmert und Reiter sowie die Richterin Pohl

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 22. Juni 2017 aufgehoben.

Die Sache wird 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 auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung in Anspruch.

- 2 Die Klägerin beteiligte sich - nach Beratung durch den für die Beklagte tätigen Handelsvertreter M. - mit Beitrittserklärung vom 9. Mai 2007 mit 20.000 € zzgl. 5 % Agio an der K. GmbH & Co. KG. In der Beitrittserklärung bestätigte sie in einem gesondert unterschriebenen Empfangsbekanntnis, ein Exemplar des Verkaufsprospekts erhalten zu haben. Sie unterzeichnete außerdem einen persönlichen Beraterbogen. Darin

ist unter Anlegererfahrung "Nein" angekreuzt und ausgeführt, dass eine "ausführliche Aufklärung und Beratung über Chancen und Risiken von Geschlossenen Fonds im Allgemeinen und der konkreten Beteiligung anhand des Angebotsprospekts" erfolgt sei. Am Ende des Beraterbogens ist angekreuzt, der Kunde werde vom Berater ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Produkt nicht mit der generellen Anlagementalität beziehungsweise Anlegerstrategie nach dem Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) übereinstimme. In der Rubrik "Anlegermentalität / Anlagestrategie" sind in dem Beraterbogen alle vier Kästchen angekreuzt, unter anderem auch eine "hohe Risikobereitschaft".

3 Die Klägerin hat vorgetragen, die Berater der Beklagten seien einige Zeit vor dem 9. Mai 2007 bei ihr erschienen. Der Berater M. habe ein Kurzexposé verwendet. Ein Emissionsprospekt sei ihr nicht ausgehändigt worden. Bei Unterzeichnung der Beitrittserklärung sei ihr nicht aufgefallen, dass sie mit ihrer Unterschrift auch die Kenntnisnahme des Prospekts bestätigt habe. Sie sei über zahlreiche Risiken nicht aufgeklärt worden.

4 Die Beklagte hat behauptet, M. habe der Klägerin in dem ersten Termin, der circa zehn Tage vor dem 9. Mai 2007 stattgefunden habe, den Emissionsprospekt überreicht. Außerdem habe er spätestens am 9. Mai 2007 mit ihr den Abschnitt "Risiken der Vermögensanlage" des Prospekts im Einzelnen erörtert. Hilfsweise hat die Beklagte mit Nichtwissen bestritten, dass der Prospekt nicht rechtzeitig übergeben worden und nicht sämtliche Risiken erörtert worden seien. Sie hat die Einrede der Verjährung erhoben.

5 Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 21.000 € nebst Zinsen - Zug um Zug gegen Rückübertragung der Anteile der Klägerin an der Fondsgesellschaft - und einen Zinsausfallschaden zu zahlen. Es hat festgestellt, dass sich die Beklagte seit dem 27. April 2013 bezüglich der Rückübertragung der Beteiligung der Klägerin an der Fondsgesellschaft in Annahmeverzug befindet. Des Weiteren hat es die Beklagte verurteilt, die Klägerin von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 990 € freizustellen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision der Beklagten.

Entscheidungsgründe

6 Die zulässige Revision hat auch in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klägerin habe zu ihren auf eine nicht anlagegerechte Beratung gestützten Ansprüchen trotz der in ihrem Vorbringen aufgetretenen Widersprüche schlüssig vorgetragen. Die Beklagte dürfe die von der Klägerin behauptete Nichtübergabe des Emissionsprospekts nicht mit Nichtwissen bestreiten. Es handele sich um einen Sonderfall der sekundären Darlegungslast. Zwar müsse der Anleger die Nichtübergabe des Emissionsprospekts darlegen und beweisen. Wenn ein Anspruchsteller - wie hier - eine negative Tatsache behaupte, müsse der die Tatsache bestreitende An-

spruchsgegner jedoch aktiv darlegen, wann und wie sich die Tatsache verwirklicht habe. Die Frage, ob der Beklagten eine Darlegung des Positivums möglich und zumutbar sei, beeinflusse in Fällen wie dem vorliegenden die Zulässigkeit eines Bestreitens mit Nichtwissen nicht.

8 Soweit die Beklagte trotz eingestandener Unkenntnis über das Geschehen zugleich positiv behaupte, die Klägerin habe den Prospekt circa zehn Tage vor der Zeichnung am 9. Mai 2007 erhalten, handele es sich um eine bloße Vermutung, die schon materiell-rechtlich unerheblich sei, weil sich aus ihr nicht ergebe, dass die Klägerin den Prospekt rechtzeitig vor der Zeichnung erhalten habe. Der Vortrag sei überdies prozessual unbeachtlich, da es dem Anspruchsgegner verwehrt sei, sein Bestreiten auf bloße Vermutungen zu stützen. Im Rahmen ihrer besonderen sekundären Darlegungslast könne die Beklagte die Prospektübergabe vor der Zeichnung mit hinreichender Substanz nur aufgrund eigenen Wissens oder zumindest aufgrund konkreter Anhaltspunkte behaupten. Sie habe eingeräumt, keine eigene Kenntnis darüber zu haben, ob und wann M. der Klägerin den Prospekt übergeben habe, und auch sonst keine Einzelheiten vorgetragen, die den Rückschluss auf eine frühzeitige Übergabe des Prospekts zuließen. Die in der Beitrittserklärung vorformulierte Bestätigung, den Verkaufsprospekt einschließlich des darin abgedruckten Treuhandvertrages und des Gesellschaftsvertrages erhalten und zur Kenntnis genommen zu haben, begründe keine Wahrscheinlichkeit, dass die Prospektübergabe ausreichend frühzeitig erfolgt sei.

9 Bei der Behauptung der Beklagten, M. habe mit der Klägerin spätestens am 9. Mai 2007 den Abschnitt "Risiken dieser Vermögensanlage" des Prospekts, in dem alle wesentlichen Risiken aufgeführt seien, im Einzelnen erörtert, handele es sich zum einen um eine bloße Vermutung, die prozessual un-

beachtlich sei. Zum anderen weise dieser Vortrag keine genügende Substanz auf. Die Beklagte habe nicht hinreichend vorgetragen, wie M. die Klägerin beraten habe. Diese habe die Risiken und Eigenschaften der Beteiligung dargelegt, darunter das Risiko des Wiederauflebens der Kommanditistenhaftung gemäß § 172 Abs. 4 HGB, und behauptet, über jedes einzelne Risiko und jede einzelne Eigenschaft nicht aufgeklärt worden zu sein. Die Eintragungen im persönlichen Beraterbogen böten der Beklagten deshalb keine ausreichende Grundlage, um diesem Vorbringen mit der gebotenen Substanz entgegenzutreten. Insbesondere sei dem Verteidigungsvorbringen eine Grundlage für die Behauptung, die Klägerin sei auch über das Risiko des Wiederauflebens der Kommanditistenhaftung aufgeklärt worden, nicht zu entnehmen. Aus dem Beraterbogen ergäben sich keine Hinweise, dass über dieses besondere Risiko aufgeklärt worden sei. Der Entscheidung sei nach alledem zugrunde zu legen, dass die Klägerin über die Risiken und Eigenschaften der Beteiligung im Wesentlichen nicht aufgeklärt worden sei.

10 Soweit der persönliche Beraterbogen Hinweise auf diese Risiken und Eigenschaften enthalte, habe die Klägerin die Beratungsdefizite zwar schon im Zeichnungstermin bemerken müssen. Schadensersatzansprüche, die sie auf diese Defizite stütze, seien daher kenntnisabhängig verjährt. Verjährung sei aber nicht in Bezug auf das Risiko des Wiederauflebens der Kommanditistenhaftung eingetreten, das im persönlichen Beraterbogen nicht erwähnt werde. Gleiches gelte für die Rentabilitätsnachteile des blind-pool-spezifischen Risikos, dass nicht genügend Policen erworben werden könnten.

11 Es sei von der Kausalität des Beratungsfehlers für die Anlageentscheidung der Klägerin auszugehen. Der Beklagten sei es nicht gelungen, die zugunsten der Klägerin bestehende Vermutung beratungsrichtigen Verhaltens zu

widerlegen. Zwar habe die Beklagte, gestützt auf die Eintragungen im persönlichen Beraterbogen zur Risikobereitschaft der Klägerin, mit der erforderlichen Substanz vorgetragen, die Klägerin sei die der Beteiligung innewohnenden Risiken bewusst eingegangen. Ihrem Beweisangebot, die Klägerin als Partei zu vernehmen, sei deshalb nachzugehen gewesen. Der Beweisantrag, hierzu auch den Berater M. als Zeugen zu hören, sei hingegen wegen Ungeeignetheit abzulehnen gewesen. Wie sich die Klägerin bei einer ordnungsgemäßen Beratung verhalten hätte, betreffe eine innere Entscheidung, zu der ein Dritter nichts sagen könne, sofern er in die der Entscheidungsfindung zugrundeliegenden Überlegungen nicht mit einbezogen worden sei. Dass dies in Bezug auf M. der Fall sei, behaupte die Beklagte nicht.

12 Aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme könne der Beweis für die Behauptung der Beklagten, die Klägerin hätte die Beteiligung auch gezeichnet, wenn sie über sämtliche aufklärungspflichtigen Risiken und Umstände ordnungsgemäß belehrt worden wäre, nicht als geführt angesehen werden. Die Klägerin habe glaubhaft bekundet, sie habe sich eine normale Anlage mit festem Zins und Kapitalerhalt gewünscht. Die Risiken der Beteiligung habe sie bei der Zeichnung nicht gekannt, weil M. sie ihr nicht offenbart habe. Wäre es anders gewesen, hätte sie die Beteiligung nicht eingehen wollen.

II.

13 Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

14 Das Berufungsgericht ist auf der Grundlage des bisherigen Sach- und Streitstoffs zu Unrecht von einer Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten

ausgegangen. Seine Annahme, die Beklagte habe die von der Klägerin behauptete fehlende Übergabe des Emissionsprospekts prozessual nicht wirksam bestritten, ist rechtsfehlerhaft. Insoweit nimmt der Senat Bezug auf sein - ebenfalls eine Entscheidung des Berufungsgerichts betreffendes - Urteil vom 19. Oktober 2017 (III ZR 565/17, WM 2017, 2191, für BGHZ vorgesehen), dem ein vergleichbarer Sachverhalt und ein ähnliches Parteivorbringen zur Übergabe des Emissionsprospekts zugrunde lagen.

- 15 1. 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 (z.B. Senat, Urteile vom 19. Oktober 2017 aaO Rn. 21; vom 20. Juli 2017 - III ZR 296/15, WM 2017, 1702 Rn. 12 und vom 5. Mai 2011 - III ZR 84/10, juris Rn. 17; BGH, Urteile vom 14. Juli 2009 - XI ZR 152/08, NJW 2009, 3429 Rn. 38 und vom 24. Januar 2006 - XI ZR 320/04, BGHZ 166, 56 Rn. 15).

- 16 Diese Grundsätze gelten auch für behauptete Aufklärungs- und Beratungsmängel im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage (Senat, Urteile vom 19. Oktober 2017 aaO Rn. 22; vom 20. Juli 2017 aaO und vom 5. Mai 2011 aaO). Dementsprechend trägt der Anleger für die nicht rechtzeitige Übergabe des Emissionsprospekts die Darlegungs- und Beweislast (z.B. Senat, Urteile vom 19. Oktober 2017 aaO; vom 6. Dezember 2012 - III ZR 66/12, WM 2013, 68 Rn. 16; vom 19. November 2009 - III ZR 169/08, BKR 2010, 118 Rn. 25 und vom 11. Mai 2006 aaO Rn. 6; Beschluss vom 30. November 2006 - III ZR

93/06, NJW-RR 2007, 775 Rn. 5). Die mit dem Nachweis der negativen Tatsache der fehlenden Prospektübergabe verbundenen Schwierigkeiten werden dadurch ausgeglichen, dass die andere Partei die behauptete fehlende Übergabe substantiiert bestreiten muss. Im Regelfall geschieht dies durch die Darlegung, wann und unter welchen Umständen der Prospekt übergeben wurde (Senat, Urteil vom 19. Oktober 2017 aaO).

- 17 2. Der für die Darlegung negativer Tatsachen maßgebliche Gesichtspunkt der Möglichkeit und Zumutbarkeit ist indes nicht auf die darlegungs- und beweispflichtige Partei beschränkt, sondern auch auf Seiten der anderen Partei zu berücksichtigen. Die Darlegung, wann und unter welchen Umständen der Prospekt übergeben worden ist, muss ihr zumutbar sein (Senat, Urteil vom 19. Oktober 2017 aaO Rn. 23 mwN zur Zumutbarkeit des substantiierten Bestreitens negativer Tatsachen). Begegnet im Einzelfall die nicht beweispflichtige Partei im Hinblick auf eine ihr obliegende Substantiierungslast ebenfalls Schwierigkeiten, weil sie die entsprechenden Tatsachen nicht kennt und auch nicht in Erfahrung zu bringen vermag, kann von ihr eine solche Substantiierung nicht gefordert werden (Senat, Urteil vom 19. Oktober 2017 aaO; Radig/Schedensack, WM 2015, 506, 514). Andernfalls würde in einem solchen Fall, in dem sowohl der darlegungs- und beweisbelasteten Partei als auch der Gegenpartei Vortrag nicht möglich oder nicht zumutbar ist, letztlich die Darlegungslast vollständig umgekehrt und der Gegenpartei - unabhängig von ihren Kenntnissen und Erkenntnismöglichkeiten - auferlegt. Dies wäre durch die Darlegungsschwierigkeiten des Anspruchstellers bei negativen Tatsachen nicht gerechtfertigt (Senat, Urteil vom 19. Oktober 2017 aaO). Die nach Lage des Falles und im Rahmen des Zumutbaren strengere Substantiierungslast der für die negative Tatsache nicht beweispflichtigen Partei hat nur den Sinn, die Schwierigkeiten des sogenannten Negativbeweises auszugleichen (Schäfer in Ellenberger/Schäfer, Fehl-

geschlagene Wertpapieranlagen, S. 359). Begegnet auch sie - mit zumutbarem Aufwand nicht überwindbaren - Schwierigkeiten und kann der entscheidungserhebliche Sachverhalt von keiner Partei aufgeklärt werden, geht dies zu Lasten der Partei, die die Darlegungslast trägt. Das ist, soweit die Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten betroffen ist, der Anspruchsteller (Senat, Urteil vom 19. Oktober 2017 aaO).

18 3. Unter Anwendung dieser Grundsätze hat die Beklagte die von der Klägerin behauptete fehlende Übergabe des Emissionsprospekts hinreichend bestritten.

19 a) Die Beklagte hat sich, wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, nicht nur mit Nichtwissen erklärt, sondern die rechtzeitige Übergabe des Prospekts an die Klägerin positiv behauptet. Sie hat mit der Klageerwiderung vom 25. April 2016 (S. 2) vorgetragen, aus der Beitrittserklärung ergebe sich, dass der Klägerin der Prospekt übergeben worden sei; sie habe dies mit ihrer Unterschrift bestätigt. Mit Schriftsatz vom 13. Februar 2017 (S. 5 f) hat sie ausgeführt, sie habe unter Hinweis auf die behauptete Übergabe des Prospekts positiv behauptet, dass dieser der Klägerin rechtzeitig übergeben worden sei.

20 Vorsorglich hat die Beklagte den Vortrag der Klägerin zum Zustandekommen und zum Ablauf der Beratungsgespräche mit Nichtwissen bestritten. In diesem Zusammenhang hat sie vorgetragen, sie habe den Handelsvertreter M. mit Schreiben vom 22. Februar 2016 (Anlage B 4) um Stellungnahme gebeten, diese aber nicht erhalten.

- 21 b) Damit hat die Beklagte - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - die von der Klägerin behauptete fehlende Übergabe des Emissionsprospekts hinreichend (positiv) bestritten. Zwar hat sie nicht dargelegt, wann und unter welchen Umständen die Übergabe des Prospekts erfolgt sein soll. Ein solcher Vortrag ist von ihr nach den besonderen Umständen des vorliegenden Falles indes auch nicht zu verlangen.
- 22 aa) Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Klägerin in der Beitrittserklärung vom 9. Mai 2007 den Erhalt des Verkaufsprospekts nicht nur in dem vom Berufungsgericht zitierten Fließtext der Beitrittserklärung bestätigt hat, sondern darüber hinaus auch in einem von ihr gesondert unterschriebenen, in der Beitrittserklärung enthaltenen und durch Rahmung hervorgehobenen Empfangsbekanntnis.
- 23 Zwar ergibt sich aus dem Empfangsbekanntnis nicht das Datum der Prospektübergabe. Aus der Bestätigung kann daher nicht auf die Rechtzeitigkeit der Übergabe geschlossen werden (zum Erfordernis der rechtzeitigen Übergabe des Prospekts als Mittel der Aufklärung des Anlegers vgl. Senat, Urteil vom 18. Februar 2016 - III ZR 14/15, WM 2016, 504 Rn. 16 mwN). Der sich auf das Empfangsbekanntnis berufende Vortrag der Beklagten ist deshalb aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts weder prozessual unbeachtlich noch materiell-rechtlich unerheblich. Denn in dem Empfangsbekanntnis wird - im Widerspruch zu der prozessualen Behauptung der Klägerin - die Übergabe des Prospekts als solche bestätigt (vgl. § 309 Nr. 12 Hs. 2 BGB zur AGB-rechtlichen Wirksamkeit eines gesondert unterschriebenen Empfangsbekanntnisses). Dieser Umstand kann bei den prozessualen Anforderungen, die an das Maß des Bestreitens der Beklagten gestellt und aus der Behauptung der Klägerin, ein Prospekt sei ihr nicht übergeben worden, hergeleitet werden, nicht un-

berücksichtigt bleiben. Hätte die Klägerin, wie es mit dem von ihr unterschriebenen Empfangsbekenntnis vereinbar wäre, behauptet, den Prospekt lediglich nicht rechtzeitig empfangen zu haben, hätte es ihr und nicht der Beklagten obliegen, als materiell-rechtliche Grundlage des von ihr geltend gemachten Anspruchs den (nicht rechtzeitigen) Zeitpunkt der Übergabe darzulegen. Es handelte sich dann auch nicht mehr - wie im Fall einer gänzlich fehlenden Übergabe - um eine negative Tatsache, deren Darlegung der Klägerin Schwierigkeiten bereitet, sondern um eine positive Tatsache (Zeitpunkt der Übergabe), deren Darlegung der Klägerin grundsätzlich möglich und zumutbar gewesen wäre (vgl. Senat, Urteil vom 19. Oktober 2017 aaO Rn. 30; zur Darlegungs- und Beweislast des Anlegers betreffend den streitigen Zeitpunkt einer unstrittig erfolgten Prospektübergabe vgl. Senat, Urteile vom 19. November 2009 - III ZR 169/08, BKR 2010, 118 Rn. 25 und vom 11. Mai 2006 - III ZR 205/05, WM 2006, 1288 Rn. 6). Die fehlende Rechtzeitigkeit der Übergabe ist in diesem Zusammenhang keine negative Tatsache, sondern eine dem Beweis nicht zugängliche rechtliche Wertung.

24

bb) Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte das Datum der Prospektübergabe weder kennt noch mit ihr zumutbaren Mitteln in Erfahrung bringen kann. Denn der Zeuge M. , bei dem allein eine Erkundigung der Beklagten in Betracht kommt, ist nicht mehr als Handelsvertreter für sie tätig (zur fehlenden Erkundigungsobliegenheit der mit Nichtwissen bestreitenden Partei bei ausgeschiedenen Geschäftsführern, Vorstandsmitgliedern und Mitarbeitern vgl. Senat, Urteil vom 9. Juli 1987 - III ZR 229/85, ZIP 1987, 1102, 1104 [Geschäftsführer]; BGH, Urteile vom 30. April 2015 - IX ZR 1/13, WM 2015, 1246 Rn. 18 [Organmitglied; Amtsvorgänger eines Insolvenzverwalters] und vom 10. Oktober 1994 - II ZR 95/93, NJW 1995, 130, 131 [Vorstandsmitglied, Mitarbeiter]; Schäfer aaO S. 360). Er steht der Beklagten nicht (mehr) näher als

der Klägerin und ist für sie auch nicht leichter erreichbar. Auf die konkrete, mit Schreiben vom 22. Februar 2016 erfolgte Nachfrage der Beklagten betreffend die Übergabe des Emissionsprospekts hat er nicht geantwortet. Ein darüber hinausgehendes Vorgehen gegenüber dem nicht mehr für sie tätigen Zeugen, etwa mittels eines Hinweises 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 der Beklagten als Gegnerin der darlegungs- und beweispflichtigen Klägerin auch in Abwägung mit deren Interessen nicht gefordert werden.

25 cc) Dem von der Klägerin unterschriebenen Empfangsbekanntnis und der Unzumutbarkeit weiterer Aufklärungsmaßnahmen auf Seiten der Beklagten ist bei den Anforderungen an das Bestreiten der Beklagten Rechnung zu tragen. Sie reduzieren das Maß an Substantiierung, das von der Beklagten erwartet werden kann.

26 (1) Eine Partei genügt ihrer Darlegungslast, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen. Das Gericht muss anhand des Parteivortrags beurteilen können, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der an eine Behauptung geknüpften Rechtsfolgen erfüllt sind. Genügt das Parteivorbringen diesen Anforderungen an die Substantiierung, kann der Vortrag weiterer Einzeltatsachen, die etwa den Zeitpunkt und den Vorgang bestimmter Ereignisse betreffen, nicht verlangt werden; es ist dann Sache des Tatrichters, bei der Beweisaufnahme die benannten Zeugen nach Einzelheiten zu befragen, die ihm für die Zuverlässigkeit der Bekundungen erforderlich er-

scheinen (z.B. Senat, Urteile vom 19. Oktober 2017 aaO Rn. 33; vom 23. Juni 2016 - III ZR 308/15, WM 2016, 1333 Rn. 18; vom 6. Dezember 2012 - III ZR 66/12, WM 2013, 68 Rn. 10 und vom 15. Mai 2003 - III ZR 7/02, juris Rn. 15; BGH, Urteile vom 2. April 2007 - II ZR 325/05, WM 2007, 1025 Rn. 23 und vom 13. Dezember 2002 - V ZR 359/01, NJW-RR 2003, 491; Beschlüsse vom 6. Februar 2014 - VII ZR 160/12, NJW-RR 2014, 456 Rn. 12 und vom 31. Juli 2013 - VII ZR 59/12, NJW 2013, 3180 Rn. 11). Hierbei ist auch zu berücksichtigen, welche Angaben einer Partei zumutbar und möglich sind. Falls sie keinen Einblick in die Geschehensabläufe hat und ihr die Beweisführung deshalb erschwert ist, darf sie auch vermutete Tatsachen unter Beweis stellen. Sie ist grundsätzlich nicht gehindert, Tatsachen zu behaupten, über die sie keine genauen Kenntnisse hat, die sie aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich hält (z.B. Senat, Urteile vom 19. Oktober 2017 aaO und vom 15. Mai 2003 aaO; BGH, Urteile vom 24. Juni 2014 - VI ZR 560/13, WM 2014, 1470 Rn. 36; vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 40; vom 13. Dezember 2002 aaO; vom 25. April 1995 - VI ZR 178/94, NJW 1995, 2111, 2112 und vom 4. März 1991 - II ZR 90/90, NJW-RR 1991, 888, 891; Beschluss vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 547/14, juris Rn. 10). Die Ablehnung eines angebotenen Beweises für eine grundsätzlich erhebliche Tatsache ist nur zulässig, wenn sie so ungenau bezeichnet ist, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann oder wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich ins Blaue hinein aufgestellt worden ist, mithin aus der Luft gegriffen ist und sich deshalb als Rechtsmissbrauch darstellt. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist allerdings Zurückhaltung geboten. In der Regel wird sie nur bei Fehlen jeglicher Anhaltspunkte vorliegen (z.B. Senat, Urteile vom 19. Oktober 2017 und vom 15. Mai 2003; BGH, Urteile vom 24. Juni 2014, 8. Mai 2012, 13. Dezember 2002, 25. April 1995 und 4. März 1991; jeweils aaO).

- 27 (2) Nach diesen Grundsätzen hat die Beklagte ihrer Substantiierungslast genügt und die Behauptung der Klägerin, ein Emissionsprospekt sei ihr nicht übergeben worden, ausreichend bestritten.
- 28 Sie hat unter Bezugnahme auf das von der Klägerin in der Beitrittserklärung vom 9. Mai 2007 gesondert unterschriebene Empfangsbekenntnis vorgebracht, der Emissionsprospekt sei der Klägerin übergeben worden. In Anbetracht der Bezugnahme auf das Empfangsbekenntnis der Klägerin, aus dem sich greifbare Anhaltspunkte für den Erhalt des Prospekts vor der Zeichnung der Beteiligung ergeben, ist dieser Vortrag der Beklagten nicht willkürlich ins Blaue hinein aufgestellt oder aus der Luft gegriffen.
- 29 Zwar ergibt sich, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, aus dem Empfangsbekenntnis nichts für einen rechtzeitigen Empfang des Emissionsprospekts, der es der Klägerin ermöglicht hätte, seinen Inhalt vor Zeichnung der Beteiligung zur Kenntnis zu nehmen (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 18. Februar 2016 - III ZR 14/15, WM 2016, 504 Rn. 16 mwN). Ein solcher Vortrag war von der Beklagten indes auch nicht zu fordern. Die erhöhte Substantiierungslast des beklagten Anlageberaters betreffend die Übergabe des Emissionsprospekts beruht auf der Behauptung einer negativen Tatsache durch den Anleger, der gänzlich fehlenden Übergabe des Prospekts. Zwar wird sie im Regelfall die Darlegung des Zeitpunkts und der Umstände der Prospektübergabe erfordern. Die Übergabe des Emissionsprospekts kann jedoch vom Anlageberater im Ausnahmefall auch auf andere Weise substantiiert vorgetragen werden, insbesondere durch die Bezugnahme auf ein den Erhalt des Prospekts bestätigendes, nach § 309 Nr. 12 Hs. 2 BGB wirksames Empfangsbekenntnis. Dies gilt jeden-

falls dann, wenn dem Anlageberater die Darlegung des Zeitpunkts und der Umstände der Übergabe des Prospekts nicht möglich und zumutbar ist.

30 So liegt der Fall hier. Der Beklagten ist - wie ausgeführt - weiterer Vortrag zu den Umständen der von ihr behaupteten Prospektübergabe nicht möglich, weil sie diese Umstände nicht kennt und auch nicht mit zumutbaren Mitteln in Erfahrung zu bringen vermag. Vor diesem besonderen Hintergrund genügt die auf das von der Klägerin unterschriebene Empfangsbekanntnis gestützte Behauptung einer erfolgten Prospektübergabe. Vortrag zum Zeitpunkt der Prospektübergabe kann von der Beklagten hingegen nicht verlangt werden. Vielmehr ist es Sache des Tatrichters, auf den Beweisantritt der Klägerin den von dieser benannten Zeugen M. zu der Prospektübergabe und gegebenenfalls zu ihrem Zeitpunkt zu befragen. Dagegen kann die Behauptung der Beklagten, der Prospekt sei der Klägerin "ca. 10 Tage" vor der Zeichnung übergeben worden, der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden. Dieser Vortrag der - insofern zur Darlegung weder verpflichteten noch fähigen - Beklagten erfolgte erkennbar ohne nähere Anhaltspunkte und aus reiner Darlegungsnot. Er wurde zudem von der Klägerin ausdrücklich bestritten.

31 4. Da die Beklagte die von der Klägerin behauptete fehlende Übergabe des Emissionsprospekts gemäß § 138 Abs. 2 ZPO hinreichend (positiv) bestritten hat, kommt es auf die - vom Berufungsgericht verneinte - Frage, ob der Anlageberater die vom Anleger behauptete fehlende Übergabe des Emissionsprospekts gemäß § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen bestreiten darf, nicht an. Von einer fehlenden Prospektübergabe kann nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht ausgegangen werden.

III.

32 Das angefochtene Urteil ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO), das die Beweisaufnahme zu der von der Klägerin behaupteten und unter Beweis gestellten fehlenden Übergabe des Emissionsprospekts nachzuholen haben wird. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

33 1. Sollte davon auszugehen sein, dass der Klägerin der Emissionsprospekt nicht oder nicht rechtzeitig übergeben wurde, wird zu prüfen sein, ob eine hinreichende mündliche Aufklärung der Klägerin über die Risiken und Eigenschaften der Beteiligung durch den Handelsvertreter M. erfolgt ist. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei dem Vortrag der Klägerin, nicht aufgeklärt worden zu sein, nicht mit der gebotenen Substanz entgegen getreten, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat insofern die an den Beklagtenvortrag zu stellenden Substantiierungsanforderungen nicht überspannt.

34 Es ist von der Verjährung der auf eine mangelnde Aufklärung der Klägerin gestützten Schadensersatzansprüche ausgegangen, soweit nicht die mangelnde Aufklärung über das Risiko des Wiederauflebens der Kommanditistenhaftung (§ 172 Abs. 4 HGB) und über das Blind Pool - Risiko betroffen ist. Die Beklagte hat zwar auch insofern eine hinreichende Aufklärung durch den Handelsvertreter M. positiv behauptet. Dabei hat sie sich zur Substantiierung ihres Vortrags auf die Angaben in dem von der Klägerin unterzeichneten persönlichen Beraterbogen gestützt. Indes ergibt sich daraus - wie das Berufungsgericht zu Recht ausführt - nicht, dass die Klägerin auch über das Risiko des

Wiederauflebens der Kommanditistenhaftung und über das Blind Pool - Risiko aufgeklärt worden ist. So ist bereits fraglich, über welche Risiken und wie in dem "Angebotsprospekt" informiert wird, anhand dessen laut dem Beraterbogen die Klägerin aufgeklärt worden sein soll. Denn in dem Beraterbogen wird, worauf das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend hinweist, der weitere Begriff des "Hauptprospekts" verwendet und hinsichtlich der Risiken der Beteiligung auf dessen Inhalt verwiesen. Ob Angebotsprospekt und Hauptprospekt identisch sind, wird nicht deutlich. Zudem ist unter den im Beraterbogen "exemplarisch" aufgezählten Risiken, über die der Hauptprospekt aufklären soll, nicht das Risiko des Wiederauflebens der Kommanditistenhaftung genannt. Unter "Portfolio" wird zwar erwähnt, dass der Fonds als Blind Pool konzipiert ist. Die mit einem Blind Pool verbundenen Risiken bleiben jedoch im Dunkeln. Das Berufungsgericht ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass die im Hinblick auf die vorgenannten Risiken unspezifischen Angaben im Beraterbogen nicht genügen, um dem hierauf Bezug nehmenden Vortrag der Beklagten den erforderlichen Grad an Substantiierung zu verleihen.

- 35 2. Sollte von einer Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten auszugehen sein, wird die Kausalität der Pflichtverletzung für die Anlageentscheidung der Klägerin zu prüfen sein. Die Beklagte wird in dem neuen Berufungsverfahren Gelegenheit erhalten, ihren Sachvortrag zur Wahrnehmung der Risikobereitschaft der Klägerin seitens des Zeugen M. zu ergänzen. Dieser und die Klägerin unterzeichneten den Beraterbogen, wie sich aus den dortigen Eintragungen ergibt, am selben Tag, dem Tag der Zeichnung der Beteiligung durch die Klägerin (9. Mai 2007). Es erscheint daher naheliegend, dass die Klägerin sich gegenüber M. anlässlich der Unterzeichnung des Beraterbogens zu ihrer dort angegebenen Risikobereitschaft geäußert hat. Eine von ihr mitgeteilte hohe Risikobereitschaft könnte darauf hindeuten, dass sie auch bei einer ord-

nungsgemäßen Aufklärung über die vorgenannten Risiken der Beteiligung diese gezeichnet hätte.

Herrmann

Tombrink

Remmert

Reiter

Pohl

Vorinstanzen:

LG Hannover, Entscheidung vom 05.10.2016 - 11 O 340/15 -

OLG Celle, Entscheidung vom 22.06.2017 - 11 U 147/16 -