



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 565/16

Verkündet am:
19. Oktober 2017
P e l l o w s k i
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB § 675; ZPO § 138

- a) Anlagevermittler und Anlageberater haben den Erwerber einer von ihnen vermittelten Kapitalanlage unaufgefordert über Vertriebsprovisionen aufzuklären, wenn diese eine Größenordnung von 15 % des von den Anlegern einzubringenden Kapitals überschreiten. In die Berechnung der Vertriebsprovisionen ist ein auf das Beteiligungskapital zu zahlendes Agio einzubeziehen (Bestätigung und Fortführung von BGH, Urteile vom 12. Februar 2004 - III ZR 359/02, BGHZ 158, 110; vom 9. Februar 2006 - III ZR 20/05, NJW-RR 2006, 685; vom 3. März 2011 - III ZR 170/10, WM 2011, 640; vom 12. Dezember 2013 - III ZR 404/12, WM 2014, 118 und vom 23. Juni 2016 - III ZR 308/15, WM 2016, 1333).
- b) Zur Darlegungs- und Beweislast, wenn der Anleger behauptet, ein Emissionsprospekt sei ihm nicht übergeben worden.

BGH, Urteil vom 19. Oktober 2017 - III ZR 565/16 - OLG Celle

LG Hannover

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Oktober 2017 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 27. Oktober 2016 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

- 1 Der Kläger nimmt die Beklagte auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit der Beteiligung an einem Schiffsfonds in Anspruch.

- 2 Der Kläger beteiligte sich mit Beitrittserklärung vom 29. Januar 2008 mit 20.000 € zzgl. 5 % Agio an der D. GmbH & Co. KG. In der Beitrittserklärung bestätigte er in einem gesondert unterschriebenen Empfangsbekanntnis, ein Exemplar des Verkaufsprospekts vor der Unterzeichnung der Beitrittserklärung erhalten zu haben. Der

Beteiligung waren Ende 2007 und am Tag der Zeichnung Gespräche mit dem bis Juni 2012 für die Beklagte tätigen selbständigen Handelsvertreter M. vorangegangen.

3 Das Beteiligungskapital der Fondsgesellschaft beträgt ausweislich des Emissionsprospekts (S. 32) 49.300.000 €. Die Vertriebskosten sind mit 7.395.000 € ausgewiesen. Das Agio beläuft sich auf 2.465.000 € (5 % auf das Beteiligungskapital).

4 Der Kläger hat, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, geltend gemacht, unter Berücksichtigung des Agios von 5 % seien - aufklärungspflichtige - Innenprovisionen von 20 % geflossen. Der Emissionsprospekt sei ihm nicht übergeben worden. Bei gehöriger Aufklärung hätte er die Beteiligung nicht gezeichnet.

5 Die Beklagte hat vorgetragen, aus der Beitrittserklärung sei ersichtlich, dass dem Kläger der Prospekt übergeben worden sei. Die Prospektübergabe sei rechtzeitig erfolgt. Zudem müsse es ihr möglich sein, den Vortrag des Klägers mit Nichtwissen zu bestreiten. Der Prospekt kläre hinreichend über alle Risiken der Anlage auf. Im Hinblick auf die Vertriebskosten sei ihr keine Aufklärungspflichtverletzung anzulasten. Sie habe keine Provisionszahlungen von über 15 % erhalten. Das Agio sei bei der Ermittlung der Innenprovisionen nicht zu berücksichtigen.

6 Das Landgericht hat - unter Klageabweisung im Übrigen - die Beklagte verurteilt, an den Kläger 19.959 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückübertragung der Anteile des Klägers an der Fondsgesellschaft zu zahlen und den Kläger von allen Schäden und Nachteilen - insbesondere von Rückforderungs-

ansprüchen nach § 172 Abs. 4 HGB - freizustellen, die unmittelbar oder mittelbar aus der vom Kläger gezeichneten Beteiligung resultieren. Ferner hat es festgestellt, dass sich die Beklagte seit dem 28. Juni 2014 bezüglich der Rückübertragung der Beteiligung des Klägers an der Fondsgesellschaft in Annahmeverzug befindet. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich ihre vom Berufungsgericht zugelassene Revision.

Entscheidungsgründe

7 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.

8 Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagte dürfe die vom Kläger 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 vorliegend - eine negative Tatsache behaupte, müsse der die Tatsache bestreitende Anspruchsgegner jedoch aktiv darlegen, wann und wie sich die Tatsache verwirklicht habe, das heißt wie im Einzelnen beraten beziehungsweise aufgeklärt worden sei. Daraus folge, dass die Beklagte die Nichtübergabe der Prospekte nicht mit Nichtwissen bestreiten dürfe. Könne sie ihrer eigenständigen Darlegungspflicht nicht genügen, sei zu ihrem Nachteil davon auszugehen, dass die darzulegende positive

Tatsache nicht vorliege. Es komme nicht darauf an, ob die Beklagte ihr Unvermögen zu substantiiertem Sachvortrag zu vertreten habe. Verfüge der Anspruchsgegner über keine eigenen Erkenntnisse zum Beratungsgeschehen, obliege es ihm, sich bei dem damals für ihn tätigen Berater mit Nachdruck nach dem Beratungsverlauf zu erkundigen. Antworte der Berater nicht oder teile er mit, ihm fehle jede Erinnerung, dürfe der Anspruchsgegner eine rechtzeitige Prospektübergabe nicht ohne Verstoß gegen die prozessuale Wahrheitspflicht ins Blaue hinein behaupten. Eine Behauptung ins Blaue hinein lasse sich auch nicht dadurch rechtfertigen, dass der Anleger in der Beitrittserklärung eine vorformulierte Empfangsquittung für den Emissionsprospekt unterzeichnet habe, der sich das einen rechtzeitigen Empfang bestätigende Datum nicht entnehmen lasse. Dementsprechend habe die Beklagte nicht ins Blaue hinein behaupten dürfen, eine Übergabe des Prospekts im ersten Beratungstermin Ende 2007 sei rechtzeitig gewesen, weil sie keine belastbare Grundlage für die Behauptung dieser Prospektübergabe habe. Sie könne sich auch nicht auf ein einfaches Bestreiten beziehungsweise ein Bestreiten mit Nichtwissen zurückziehen. Mit hin sei nicht von einer rechtzeitigen Prospektübergabe auszugehen.

- 9 Es sei eine Aufklärungspflicht über die Höhe der Innenprovisionen anzunehmen, die - wenn auch nur unter Einbeziehung des Agios von 5 % - eine Quote von 15 % des Eigenkapitals überstiegen. Die Eigenkapitalbeschaffungskosten stünden zum Eigenkapital in einem Verhältnis von genau 15 %. Dieser Quote sei nach zutreffender Auffassung das Agio hinzuzurechnen. Der durchschnittliche Anleger habe regelmäßig den Gesamtbetrag einschließlich des Agios für Augen, den er aufbringen müsse, um die Beteiligung zu erwerben. Von diesem Gesamtbetrag werde er bei der Überlegung ausgehen, ob sich die Anlage für ihn rentiere. Daher komme es für seine Anlageentscheidung regelmäßig darauf an, welcher Anteil dieses Gesamtbetrages nicht der Schaffung

oder Erhöhung der Werthaltigkeit der Anlage, sondern nur der Eigenkapitalbeschaffung diene. Dies rechtfertige es, das Agio bei der Ermittlung des Verhältnisses der Eigenkapitalbeschaffungskosten zum Eigenkapital zu berücksichtigen.

II.

- 10 Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.
- 11 1. Das Berufungsgericht hat allerdings zu Recht und mit zutreffender Begründung eine Aufklärungspflicht der Beklagten über die Höhe der Provisionen angenommen.
- 12 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats hat ein Anlagevermittler oder -berater den Erwerber einer von ihm empfohlenen Anlage unaufgefordert über Vertriebsprovisionen aufzuklären, wenn diese eine Größenordnung von 15 % des von den Anlegern einzubringenden Kapitals überschreiten. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass Vertriebsprovisionen solchen Umfangs Rückschlüsse auf eine geringere Werthaltigkeit und Rentabilität der Kapitalanlage eröffnen und dies wiederum einen für die Investitionsentscheidung derart bedeutsamen Umstand darstellt, dass der Anlageinteressent hierüber informiert werden muss (z.B. Senat, Urteil vom 12. Februar 2004 - III ZR 359/02, BGHZ 158, 110, 116 ff, 121; dem folgend Senat, Urteile vom 23. Juni 2016 - III ZR 308/15, WM 2016, 1333 Rn. 11; vom 12. Dezember 2013 - III ZR 404/12, WM 2014, 118 Rn. 14; vom 3. März 2011 - III ZR 170/10, WM 2011, 640 Rn. 16, 22 und vom 9. Februar 2006 - III ZR 20/05, NJW-RR 2006, 685 Rn. 5; Beschluss vom 29. Januar 2015 - III ZR 547/13, BeckRS 2015, 04824 Rn. 8). Für die Bewertung einer Geldanlage kann allein schon der Umstand, in welchem Umfang

dem vom Anleger zu zahlenden Preis Provisionen für die Vermittlung des Eigenkapitals gegenüberstehen, von maßgeblicher Bedeutung sein (Senat, Urteil vom 9. Februar 2006 aaO).

13 aa) Bezugsgröße für die Höhe aufklärungspflichtiger Provisionen (von mehr als 15 %) ist nach der Rechtsprechung des Senats das von den Anlegern einzubringende Eigenkapital (Senat, Urteile vom 12. Februar 2004 aaO S. 117 f und vom 9. Februar 2006 aaO).

14 bb) Zu dem von den Anlegern einzubringenden Eigenkapital sind die zu zahlenden Provisionen ins Verhältnis zu setzen. Hierzu gehört auch ein auf das Beteiligungskapital zu zahlendes Agio (vgl. Senat, Urteil vom 12. Februar 2004 aaO S. 117 f [unter II 2 c aa (2)] sowie S. 121 [unter II 2 c bb (3): Bezugnahme auf Schirp/Mosgo, BKR 2002, 354, 358 f]; OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. November 2014 - I-16 U 19/14, juris Rn. 56).

15 Das Agio ist - gemeinsam mit den aus dem Eigenkapital zu zahlenden Vertriebsprovisionen - für die Werthaltigkeit der Investition als Ausgangspunkt der Aufklärungspflicht des Anlageberaters von Bedeutung. Die Werthaltigkeit der Kapitalanlage kann im Fall einer hohen Provision maßgeblich nachteilig beeinflusst sein, weil die für die Provisionen benötigten Beträge nicht für das eigentliche Anlageobjekt zur Verfügung stehen. Dabei stellt aus der - wert- und renditeorientierten - Sicht des Anlegers der insgesamt von ihm zu zahlende Betrag (einschließlich Agio) die "Kapitalanlage" dar (so zutreffend OLG Düsseldorf aaO). Für ihn ist nicht allein von Bedeutung, in welchem Umfang das von ihm eingebrachte Eigenkapital in das Anlageobjekt investiert wird und wie hoch seine Rendite bezogen auf diese Summe ist. Mögen im Einzelfall die sich insofern ergebenden Beträge und Relationen für ihn noch annehmbar erscheinen, so

kann sich dies ändern, wenn der weitere Betrag, den er in Gestalt des Agios investiert hat, in die Wert- und Renditeberechnung einbezogen wird. Denn er wird stets den Gesamtbetrag seiner Investition (einschließlich Agio) betrachten, um beurteilen zu können, ob sie sich hinsichtlich Werthaltigkeit und Rendite lohnt.

16 Steigen die Kosten für die Vermittlung des Eigenkapitals im Verhältnis zu letzterem, wird ab einer bestimmten Größenordnung der Vermittlungskosten der Rückschluss auf eine geringere Werthaltigkeit der gesamten Kapitalanlage (einschließlich Agio) eröffnet. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob die Kosten für die Vermittlung des Eigenkapitals aus diesem selbst oder einem zusätzlich zu entrichtenden Aufschlag (Agio) bestritten werden (OLG Düsseldorf aaO). Denn sie fließen, obwohl Bestandteil des vom Anleger investierten Gesamtbetrages, in jedem Fall nicht in das eigentliche Anlageobjekt.

17 cc) Zur Beurteilung der Werthaltigkeit und Rentabilität der Kapitalanlage durch den Anleger ist dagegen nicht die Summe der Vermittlungskosten (einschließlich Agio) rechnerisch ins Verhältnis zu dem Gesamtaufwand des Anlegers (einschließlich Agio) zu setzen (so aber OLG Düsseldorf aaO). Der Rückschluss auf die Werthaltigkeit der Kapitalanlage ergibt sich aus dem Verhältnis der Vertriebskosten zum einzubringenden Eigenkapital. Denn die Rentierlichkeit einer Anlage ist typischerweise bereits dann in Frage gestellt, wenn mehr als 15 % des einzubringenden Eigenkapitals in Kapitalvermittlungskosten fließen. Dem entspricht, dass der Rechtsverkehr üblicherweise dieser Relation für die Beurteilung der Werthaltigkeit und Renditeträchtigkeit der Anlage maßgebliche Bedeutung beimisst. Dies zeigt sich etwa an dem Beispiel des provisionspflichtigen Erwerbs einer Immobilie, bei dem der Käufer in aller Regel das Verhältnis der Provision zu dem Kaufpreis in den Blick nimmt.

18 dd) Soweit die Revision die Auffassung vertritt, das Agio habe bei der Berechnung des Schwellenwerts von 15 % außer Betracht zu bleiben, weil dieser Aufschlag erkennbar nicht der Investition in das Anlageobjekt diene und eine Fehlvorstellung des Anlegers hinsichtlich des Anlagebetrags nicht entstehe, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Auch die aus dem - von den Anlegern eingebrachten - Eigenkapital entrichteten Vertriebsprovisionen dienen nicht der Investition in das Anlageobjekt der Fondsgesellschaft (hier: dem Schiff). Gerade deshalb verringern sie potenziell die Werthaltigkeit der Gesamtinvestition und sind daher nach der Senatsrechtsprechung aufklärungspflichtig, wenn sie einen bestimmten Schwellenwert überschreiten. Insofern besteht zwischen ihnen und dem Agio kein Unterschied. Zwar trifft es zu, dass bei dem Anleger, wenn ein offen ausgewiesener Ausgabeaufschlag betroffen ist, insoweit keine Fehlvorstellung hinsichtlich der Werthaltigkeit des Anlagebetrags entstehen kann (BGH, Urteil vom 3. Juni 2014 - XI ZR 147/12, WM 2014, 1382 Rn. 17). Eine umfassende Beurteilung der Werthaltigkeit der Kapitalanlage ist dem Anleger indes nur möglich, wenn er sowohl das - offen ausgewiesene - Agio als auch die weiteren, vom Eigenkapital zu entrichtenden Vertriebsprovisionen kennt. Erst das Verhältnis der gesamten Kosten der Eigenkapitalvermittlung zum einzubringenden Eigenkapital ermöglicht den Rückschluss auf eine etwaige geringere Werthaltigkeit der Anlage.

19 b) Nach Maßgabe der vorgenannten Grundsätze war der Kläger über die Gesamthöhe der Provisionen aufzuklären, da diese unter Einschluss des Agios unstreitig eine Größenordnung von 15 % des einzubringenden Kapitals überstiegen.

20 2. Von Rechtsfehlern beeinflusst ist jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, es sei nicht von einer rechtzeitigen Prospektübergabe (als Mittel der Aufklärung über die Höhe der Provisionen) auszugehen.

21 a) 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 20. Juli 2017 - III ZR 296/15, WM 2017, 1702 Rn. 12; vom 5. Mai 2011 - III ZR 84/10, juris Rn. 17 und vom 11. Mai 2006 - III ZR 205/05, WM 2006, 1288 Rn. 7; 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).

22 Diese Grundsätze gelten auch für behauptete Aufklärungs- und Beratungsmängel im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage (Senat, Urteile vom 20. Juli 2017 und vom 5. Mai 2011; jeweils aaO). Dementsprechend trägt der Anleger für die nicht rechtzeitige Übergabe des Emissionsprospekts die Darlegungs- und Beweislast (z.B. Senat, Urteile 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.

23

b) 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 (zur Zumutbarkeit des substantiierten Bestreitens negativer Tatsachen vgl. BGH, Urteile vom 7. Dezember 1998 - II ZR 266/97, BGHZ 140, 156, 158 f; vom 8. Oktober 1992 - I ZR 220/90, NJW-RR 1993, 746, 747 und vom 19. September 1966 - II ZR 62/64, BeckRS 1966, 30403398; Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., Vor § 284 Rn. 24; Schäfer in Ellenberger/Schäfer, Fehlgeschlagene Wertpapieranlagen, S. 359 f; Radig/Schedensack, WM 2015, 506, 514; Krupp, EWiR 2017, 431, 432; möglicherweise einschränkend Laumen in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 3. Aufl., Kap. 22 Rn. 34). 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 (Radig/Schedensack aaO). 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 (vgl. Laumen aaO: Zumutbarkeitskriterium bei sekundärer Behauptungslast ermöglicht Abwägung der Parteiinteressen). Die nach Lage des Falles und im Rahmen des Zumutbaren strengere Substantiie-

rungslast der für die negative Tatsache nicht beweispflichtigen Partei hat nur den Sinn, die Schwierigkeiten des sogenannten Negativbeweises auszugleichen (Schäfer aaO 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.

24 c) Unter Anwendung dieser Grundsätze hat die Beklagte die vom Kläger behauptete fehlende Übergabe des Emissionsprospekts hinreichend bestritten.

25 aa) Die Beklagte hat sich, worauf die Revision zutreffend hinweist, nicht nur mit Nichtwissen erklärt, sondern die rechtzeitige Übergabe des Prospekts an den Kläger durch den Handelsvertreter M. positiv behauptet.

26 Sie hat mit der Klageerwiderung vom 30. März 2015 (S. 6 ff) vorgetragen, aus der Beitrittserklärung ergebe sich, dass dem Kläger der Prospekt übergeben worden sei; er habe dies mit seiner Unterschrift bestätigt. Sie habe unter Bezugnahme auf die vom Kläger in den jeweiligen Beitrittserklärungen jeweils abgegebene Empfangsbestätigung vorgetragen, dass die Prospekte rechtzeitig übergeben worden seien. Nähere Angaben seien ihr nicht zumutbar. Mit ihrer Berufungsbegründung vom 14. Juli 2016 (S. 5) hat sie ausgeführt, eine Übergabe des Prospekts im ersten Beratungstermin Ende 2007 sei rechtzeitig gewesen. Mit Schriftsatz vom 14. September 2016 (S. 2) hat sie schließlich darauf hingewiesen, die Nichtübergabe des Prospekts werde von ihr nicht bloß mit Nichtwissen bestritten. Es handele sich vielmehr um einen Fall des substantiierten Bestreitens unter Bezugnahme auf die Empfangsbestätigung in der Beitrittserklärung.

- 27 Ergänzend hat die Beklagte Hergang und Inhalt der Beratungsgespräche mit Nichtwissen bestritten. In diesem Zusammenhang hat sie vorgetragen, sie habe den Handelsvertreter M. mit Schreiben vom 8. Juli 2014 (Anlage B 6), 17. November 2015 und 9. Dezember 2015 (Anlage BB 1) um Stellungnahme gebeten. Dieser habe nicht reagiert.
- 28 bb) Damit hat die Beklagte die vom Kläger behauptete fehlende Übergabe des Emissionsprospekts hinreichend 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.
- 29 (1) Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Kläger mit dem von ihm gesondert unterschriebenen Empfangsbekenntnis in der Beitrittserklärung vom 29. Januar 2008 bestätigt hat, ein Exemplar des Verkaufsprospekts vor Unterzeichnung der Beitrittserklärung erhalten zu haben.
- 30 Zwar ergibt sich, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, aus dem Empfangsbekenntnis 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). Es wird jedoch - im Widerspruch zu der prozessualen Behauptung des Klägers - die Übergabe des Prospekts als solche bestätigt (vgl. § 309 Nr. 12 Hs. 2 BGB zur AGB-rechtlichen Wirksamkeit eines gesondert unterschriebenen Empfangsbekenntnisses). Dieser Umstand kann bei den Anforderungen, die an das Maß des Bestreitens der Beklagten gestellt

und aus der Behauptung des Klägers, ein Prospekt sei ihm nicht übergeben worden, hergeleitet werden, nicht unberücksichtigt bleiben. Hätte der Kläger, wie es mit dem von ihm unterschriebenen Empfangsbekanntnis vereinbar wäre, behauptet, den Prospekt lediglich nicht rechtzeitig empfangen zu haben, hätte es ihm obliegen, den Zeitpunkt der Übergabe darzulegen. Es handelte sich dann nicht mehr - wie im Fall einer gänzlich fehlenden Übergabe - um eine negative Tatsache, deren Darlegung dem Kläger Schwierigkeiten bereitet, sondern um eine positive Tatsache (Zeitpunkt der Übergabe), deren Darlegung dem Kläger grundsätzlich möglich und zumutbar ist (zur Darlegungs- und Beweislast des Anlegers betreffend den streitigen Zeitpunkt einer unstreitig 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.

31 (2) 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 selbständiger 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 dem Kläger und ist für sie auch nicht leichter erreichbar. Auf

die konkreten, mit Schreiben vom 17. November 2015 und Erinnerungsschreiben vom 9. Dezember 2015 erfolgten Nachfragen der Beklagten betreffend die Übergabe der Prospekte hat er nicht geantwortet. Ein darüber hinausgehendes Vorgehen der Beklagten gegenüber dem nicht mehr für sie tätigen Zeugen M. , etwa - wie das Berufungsgericht meint - 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 Gegner des darlegungs- und beweispflichtigen Klägers auch in Abwägung mit dessen Interessen nicht gefordert werden.

32 (3) Dem vom Kläger 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. Insbesondere stellt sich ihr Vortrag - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht als ein Bestreiten ins Blaue hinein dar.

33 (a) 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 erscheinen (z.B. Senat, Urteile 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 nur 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, Urteil 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 Beweises für eine erhebliche Tatsache ist nur zulässig, wenn die unter Beweis gestellte Tatsache 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, Urteil 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).

34 (b) Nach diesen Grundsätzen hat die Beklagte ihrer Substantiierungslast genügt und die Behauptung des Klägers, ein Emissionsprospekt sei ihm nicht übergeben worden, nicht ins Blaue hinein, sondern ausreichend bestritten.

35 Sie hat unter Bezugnahme auf das vom Kläger in der Beitrittserklärung vom 29. Januar 2008 gesondert unterschriebene Empfangsbekenntnis vorge-
tragen, der Emissionsprospekt sei dem Kläger übergeben worden. In Anbe-
tracht der Bezugnahme auf das Empfangsbekenntnis des Klägers, 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.

36 Zwar ergibt sich, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, aus dem
Empfangsbekenntnis nichts für einen rechtzeitigen Empfang des Emissions-
prospekts, der es dem Kläger 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 Dar-
legung des Zeitpunkts und der Umstände der Prospektübergabe erfordern. Die
Übergabe des Emissionsprospekts kann jedoch vom Anlageberater im Aus-
nahmefall auch auf andere Weise substantiiert vorgetragen werden, insbeson-
dere 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 Um-
stände der Übergabe des Prospekts nicht möglich und zumutbar ist.

37 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 vom Kläger unterschriebene Empfangsbekenntnis 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 des Klägers den von diesem benannten Zeugen M. zu der Prospektübergabe und gegebenenfalls zu ihrem Zeitpunkt zu befragen.

38 d) Da die Beklagte die vom Kläger 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.

39 3. Zutreffend hat das Berufungsgericht eine kenntnisabhängige Verjährung etwaiger Schadensersatzansprüche des Klägers wegen der mangelnden Aufklärung über die Höhe der Vertriebsprovisionen verneint (Seite 9 der Entscheidungsgründe). Denn die Beklagte hat insofern die Einrede der Verjährung nicht erhoben.

40 a) Die Verjährung mehrerer eigenständiger und hinreichend deutlich voneinander abgrenzbarer Pflichtverletzungsvorwürfe in Anlageberatungsfällen

ist materiell-rechtlich selbständig zu beurteilen. Die kenntnisabhängige regelmäßige Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB berechnet sich für jeden dieser Beratungsfehler gesondert, so dass die Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB für jede Pflichtverletzung getrennt zu prüfen sind (Senat, Urteil vom 18. Juni 2015 - III ZR 198/14, NJW 2015, 2407 Rn. 14 mwN). Vor diesem Hintergrund ist, wenn der beklagte Anlageberater die Einrede der Verjährung nur in Bezug auf von ihm einzeln aufgeführte Pflichtverletzungen erhebt, der Eintritt der Verjährung auch nur in Bezug auf diese Pflichtverletzungen zu prüfen.

41 b) So liegt der Fall hier. Die Beklagte hat in ihrer Klageerwiderung vom 30. März 2015 (S. 12 ff) die Einrede der Verjährung (nur) für die Aufklärungsrügen, die sich aus den Beraterbögen ergeben (Totalverlustrisiko, Renditerisiko, Fungibilität, Währungsrisiko), für den das Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung betreffenden Aufklärungsmangel und "wegen der Rückvergütungen" erhoben. Dabei ist mit dem die Rückvergütungen betreffenden Aufklärungsmangel ersichtlich die entsprechende Rüge des Klägers in dessen Klageschrift (S. 12 f unter B II 6 "Rückvergütungen") in Bezug genommen, nicht hingegen die weitere Rüge des Klägers betreffend die mangelnde Aufklärung über die Höhe der Innenprovisionen (Klageschrift S. 11 unter B II 5 "Innenprovisionen"). Insofern hat die Beklagte bereits eine Aufklärungspflicht in Abrede gestellt, nicht aber die Einrede der Verjährung hinsichtlich einer diesbezüglichen Aufklärungspflichtverletzung erhoben. Das Berufungsgericht hat daher zu Recht keine weiteren Feststellungen zur (kenntnisabhängigen) Verjährung einer solchen Pflichtverletzung getroffen.

III.

42 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 vom Kläger behaupteten und unter Beweis gestellten fehlenden Übergabe des Emissionsprospekts nachzuholen haben wird.

Herrmann

Tombrink

Remmert

Reiter

Pohl

Vorinstanzen:

LG Hannover, Entscheidung vom 07.04.2016 - 8 O 28/15 -

OLG Celle, Entscheidung vom 27.10.2016 - 11 U 60/16 -