

# Bundesgerichtshof

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§ 280 Abs. 1 BGB

- 1. Lehnt ein Anleger die Entgegennahme eines Emissionsprospekts mit der Begründung ab, dieser sei "zu dick und zu schwer" und nur "Papierkram", folgt daraus nicht ohne weitere Anhaltspunkte, dass er an einer Aufklärung über die Risiken des Investments in anderer Form nicht interessiert ist und auf ein persönliches Beratungsgespräch verzichtet.**
- 2. Der Pflichtenumfang des Anlageberaters wird allein durch ein solches Verhalten nicht reduziert; insbesondere wird er nicht davon entbunden, den Anleger persönlich über die wesentlichen Risiken des Geschäfts zu informieren oder zumindest darauf aufmerksam zu machen, dass der Prospekt weitere wichtige, über das Gespräch hinausgehende Hinweise enthalten kann.**
- 3. Bei der Ermittlung der Vertriebskosten einer Anlage sind Abschläge, die dem einzelnen Anleger auf das Agio gewährt worden sind, zu berücksichtigen, weil sie die individuelle Vertriebskostenquote des betroffenen Anlegers mindern.**

BGH, Urteil vom 07.02.2019, Az.: III ZR 498/16

#### **Tenor:**

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 15. September 2016 im Kostenpunkt aufgehoben und hinsichtlich der folgenden Nummern des Urteilstenors: 1 bis 3, 5 und 6 insgesamt sowie Nummer 7, soweit diese nicht die Kommanditbeteiligung an der Alpha Patentfonds GmbH & Co. KG betrifft.

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

Von Rechts wegen

#### **Tatbestand:**

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit verschiedenen Beteiligungen an geschlossenen Fonds in Anspruch.

In den Jahren 2006 und 2007 beteiligte sich der Kläger an verschiedenen Schiffsfonds, und zwar am 31. Oktober 2006 mit 40.000 € an der MT "K. Da. " Tankschiffahrts GmbH & Co. KG sowie am 6. Juli 2007 mit 20.000 € zum einen an der MT "K. Ed. " Tankschiffahrts GmbH & Co. KG und der MT "K. Er. "

Tankschiffahrts GmbH & Co. KG ( ) und zum anderen mit 15.000 € an einem "Twinfonds", bestehend aus der MS "Ka. " GmbH & Co. KG und der MS "Ke. " GmbH & Co. KG. Eine weitere Beteiligung an einem Patentfonds ist nicht mehr Gegenstand des Revisionsverfahrens. Für alle drei vorstehend genannten Fonds war ein Agio von 5 % vorgesehen, von dem dem Kläger aber in Bezug auf die beiden im Juli 2007 gezeichneten Fonds die Hälfte erstattet wurde. Beraten wurde der Kläger jeweils auf der Grundlage einer Kurzinformation durch den damals für die Beklagte als selbständiger Handelsvertreter tätigen S. M. , der ihn schon früher als Angestellter einer Bank in Vermögensangelegenheiten betreut hatte. Die Anlagen entwickelten sich nicht erwartungsgemäß.

Der Kläger verlangt von der Beklagten u.a. Schadensersatz in Form der Rückabwicklung der Beteiligungen, "Freistellung" von weiteren finanziellen Nachteilen sowie Feststellung des Annahmeverzugs. Er behauptet verschiedene Beratungsfehler, unter anderem nicht über 15 % übersteigende Vertriebsprovisionen aufgeklärt worden zu sein. Emissionsprospekte seien nicht übergeben worden.

Die Beklagte behauptet demgegenüber, der Kläger habe an den - zutreffende Informationen über die Kosten der Anlage enthaltenden - Prospekten kein Interesse gehabt. Er habe sie als "zu dick und schwer" und als "Papierkram", mit dem er nichts zu tun haben wolle, zurückgewiesen. Von der Möglichkeit, den Berater M. zu den Prospektangaben zu befragen, habe der Kläger trotz der ihm ausdrücklich angebotenen Erläuterung des Prospekts keinen Gebrauch gemacht. Zudem hätten die Provisionen - zumindest bei dem "Twinfonds" - selbst unter Berücksichtigung des Agios die 15 %-Grenze nicht überschritten. Im Übrigen hätte der Kläger die Beteiligungen auch gezeichnet, wenn er über die Vertriebsprovisionen unterrichtet worden wäre. Schließlich erhebt die Beklagte die Einrede der Verjährung.

Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung mit gewissen Abstrichen von der Höhe der Forderungen und unter teilweiser Abänderung des Ausspruchs zu den Freistellungsansprüchen zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die teils vom Berufungsgericht (hinsichtlich des "Twinfonds"), teils vom Senat (hinsichtlich der übrigen Schiffsfonds) zugelassene Revision der Beklagten.

### **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Revision der Beklagten hat Erfolg; sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - ausgeführt, der Kläger habe mangels Aufklärung über die Höhe der jeweils angefallenen Eigenkapitalbeschaffungskosten Anspruch auf Rückabwicklung der Kommanditbeteiligungen an den drei Schiffsfonds. Der Handelsvertreter M. habe nach eigenem Vortrag der Beklagten gerade nicht annehmen dürfen, dass der Kläger die Emissionsprospekte gelesen und verstanden habe. Er sei daher verpflichtet geblieben, die Beratung mündlich durchzuführen. Dass der Kläger auf eine Beratung durch M. habe verzichten wollen, habe die Beklagte schon nicht hinreichend dargelegt. Die bloße Weigerung, sich mit dem Inhalt der Emissionsprospekte zu befassen, weil sie ihm "zu dick und zu schwer" seien, bedeute nur, dass er sich die erforderlichen Kenntnisse nicht selbst im Wege der Lektüre habe verschaffen wollen, und habe die Pflicht zur mündlichen Beratung und Aufklärung nicht entfallen lassen. Der Annahme, ein solches Verhalten lasse auf ein Desinteresse an den Prospektinhalten schließen, fehle jedenfalls im Allgemeinen die Grundlage. Ein

teilweiser oder vollständiger Verzicht komme deshalb erst in Betracht, wenn der Anleger trotz Hinweises auf die in dem Prospekt enthaltenen wichtigen Informationen diesen weder entgegennehme noch die mündliche Erläuterung seiner wesentlichen Inhalte wünsche. Das Angebot, den Berater zu den Prospektinhalten befragen zu können, ersetze einen solchen Hinweis nicht. Eine mündliche Aufklärung über die Eigenkapitalbeschaffungskosten sei unstreitig nicht erfolgt, obgleich sie - jeweils unter Berücksichtigung des Agios - bei den beiden Tankschiffsfonds bei 20,15 % beziehungsweise 20,2 % sowie bei dem "Twinfonds" bei 16,09 % gelegen und damit die maßgebliche 15 %-Grenze überschritten hätten, worüber ungefragt aufzuklären gewesen wäre. Die teilweise Rückerstattung des Agios habe sich auch bei dem "Twinfonds" im Verhältnis zu den Eigenkapitalbeschaffungskosten von gut 2,5 Millionen Euro nicht ausgewirkt. Es sei davon auszugehen, dass der Kläger bei ausreichender Aufklärung die Anlagen nicht gezeichnet hätte. Diese für den Kläger streitende widerlegliche Vermutung habe die Beklagte nicht erschüttert, weshalb es einer Beweisaufnahme nicht bedürfe. Die vorgetragene Anhaltspunkte - Zurückweisung des Emissionsprospekts, Nichtausüben des Widerrufsrechts, spätere geringe Erhöhung der Kapitalanteile, das (streitige) Vermögen des Klägers in Millionenhöhe, seine Anlageziele und das (ebenfalls streitige) Wissen um das Risiko eines Kapitalverlusts - rechtfertigten weder für sich allein noch in der Gesamtschau den behaupteten Rückschluss. Vielmehr handele es sich um eine bloße Spekulation der Beklagten. Ebenso wenig sei der Schadensersatzanspruch verjährt.

## II.

Dies hält rechtlicher Überprüfung nur teilweise stand. Soweit das Berufungsurteil angefochten ist, können auf der Grundlage des bisherigen Sach- und Streitstands und der dazu getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs des Klägers gegen die Beklagte wegen Verletzung der Pflichten aus einem zwischen den Parteien geschlossenen Anlageberatungsvertrag (§ 280 Abs. 1 BGB) noch nicht als erfüllt angesehen werden.

1. Unstreitig ist zwischen den Parteien ein Anlageberatungsvertrag zustande gekommen. Der Anlageberater ist - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - zur anleger- und objektgerechten Beratung verpflichtet. Er hat den Kunden rechtzeitig, richtig und sorgfältig sowie verständlich und vollständig zu beraten. In Bezug auf das Anlageobjekt muss der Anlageberater den Interessenten insbesondere über die Eigenschaften und Risiken unterrichten, die für die Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können (st. Rspr., zB Senat, Urteile vom 23. März 2017 - III ZR 93/16, WM 2017, 799 Rn. 11; vom 18. Februar 2016 - III ZR 16/15, WM 2016, 504 Rn. 15; vom 4. Dezember 2014 - III ZR 82/14, WM 2015, 68 Rn. 9 sowie vom 24. April 2014 - III ZR 389/12, NJW-RR 2014, 1075 Rn. 9; jeweils mwN).

Im Rahmen der objektgerechten Beratung ist der Anlageberater verpflichtet, unaufgefordert über Vertriebsprovisionen aufzuklären, wenn diese eine Größenordnung von 15 % des von den Anlegern einzubringenden Kapitals überschreiten (Senat, Urteile vom 19. Oktober 2017 - III ZR 565/16, WM 2017, 2191 Rn. 12 für BGHZ 216, 245 vorgesehen; vom 23. Juni 2016 - III ZR 308/15, WM 2016, 1333 Rn. 15; vom 18. April 2013 - III ZR 225/12, BKR 2013, 288 Rn. 15; vom 3. März 2011 - III ZR 170/10, WM 2011, 640, Rn. 16 und vom 12. Februar 2004 - III ZR 359/02, BGHZ 158, 110, 116 ff, 121). 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 Anlageentscheidung derart bedeutsamen Umstand darstellt, dass der Anlageinteressent hierüber informiert werden muss (Senat, Urteile vom 3. März 2011 aaO und vom 12. Februar 2004 aaO, S. 118 ff, 121).

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat der für die Beklagte tätige Handelsvertreter (§ 278 BGB) die entsprechende Aufklärungspflicht hinsichtlich des "Twinfonds" nicht verletzt. In Bezug auf die Tankerfonds liegt zwar eine solche Pflichtverletzung vor. Jedoch rechtfertigen die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht die Würdigung, diese sei ursächlich für die Anlageentscheidung des Klägers geworden.

a) Eine ordnungsgemäße Aufklärung kann nicht nur mündlich, sondern auch durch die Übergabe von Prospektmaterial erfolgen, sofern der Prospekt nach Form und Inhalt geeignet ist, die nötigen Informationen wahrheitsgemäß und verständlich zu vermitteln, und er dem Anlageinteressenten so rechtzeitig vor Vertragsschluss übergeben wird, dass sein Inhalt noch zur Kenntnis genommen werden kann (zB Senatsurteile vom 18. Februar 2016 aaO Rn. 16; vom 24. April 2014 aaO und vom 8. Juli 2010 - III ZR 249/09, BGHZ 186, 152 Rn. 32; jeweils mwN).

b) Über die Höhe der Vertriebsprovisionen hat der Handelsvertreter M. jedoch weder schriftlich durch die rechtzeitige Übergabe der Fondsprospekte, die der Kläger nicht entgegennehmen wollte und daher nicht zur Kenntnis genommen hat, noch mündlich bei dem persönlichen Beratungsgespräch aufgeklärt. Die sich hieran anschließende, auf der Grundlage tatrichterlicher Würdigung getroffene Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die (zugunsten der Beklagten als wahr unterstellte) Weigerung des Klägers, die Prospekte entgegenzunehmen, nicht dazu geführt hat, dass die Pflicht des Handelsvertreters, mündliche Aufklärung zu verschaffen, verringert wurde oder gar entfiel, ist rechtsfehlerfrei.

aa) Der Umfang der Belehrungspflicht richtet sich nach den Umständen des konkreten Falls (vgl. Senatsurteile vom 21. März 2013 - III ZR 182/12, WM 2013, 836 Rn. 12 und vom 19. November 2009 - III ZR 169/08, BKR 2010, 118 Rn. 19; BGH, Urteile vom 20. Januar 2015 - XI ZR 316/13, WM 2015, 575 Rn. 16 und vom 25. November 2014 - XI ZR 480/13, juris Rn. 18) und hängt etwa vom Wissensstand und der Risikobereitschaft des Kunden sowie den allgemeinen und speziellen Risiken, die sich aus den Besonderheiten des Anlageobjekts ergeben, ab. Die Beratung hat sich dabei auf diejenigen Eigenschaften und Risiken zu beziehen, die für die jeweilige Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können (zB Senatsurteil vom 21. März 2013 aaO).

Allein der Umstand, dass ein Anleger einen Prospekt nicht entgegen und die darin enthaltenen Informationen nicht zur Kenntnis nehmen will, befreit den Berater nicht ohne weiteres von der Pflicht, seinen Kunden über die wesentlichen Risiken des Investments aufzuklären. Denn die persönliche Aufklärungspflicht des Beraters entfällt erst dann, wenn er davon ausgehen darf, dass der Kunde den - die notwendige Aufklärung enthaltenden - Prospekt gelesen und verstanden hat und gegebenenfalls von sich aus Nachfragen stellt (zB Senatsurteile vom 17. September 2015 - III ZR 384/14, BeckRS 2015, 16600 Rn. 16; vom 11. Dezember 2014 - III ZR 365/13, WM 2015, 128 Rn. 18 und vom 20. Juni 2013 - III ZR 293/12, BeckRS 2013, 11561 Rn. 7). Gerade dann, wenn ein Anleger mit einem bestimmten Anlagemodell noch keine oder wenig Erfahrung hat und sich - wie hier - einem Beratungsgespräch auch nicht generell verschließt, darf der Berater ohne konkrete Anhaltspunkte, dass nicht nur keine schriftliche, sondern überhaupt keine Aufklärung gewollt ist, nicht davon ausgehen, es komme dem Anleger nicht auf eine zumindest die wesentlichen Risiken des Investments umfassende Aufklärung an. Im Gegenteil darf der Anleger grundsätzlich erwarten, dass der Berater die Aufklärung in dem gebotenen Umfang (auch) in einem persönlichen Gespräch leistet und dabei in der Lage ist, die wesentlichen Aspekte des Anlagemodells einschließlich der für den Anleger potentiell bedeutsamen Risiken zu erläutern. Eine einseitige Bestimmung des Pflichtenumfangs des Beraters liegt darin entgegen der Ansicht der Revision nicht.

Dabei ist zwar nicht zu verkennen, dass eine erschöpfende Wiedergabe aller in einem Prospekt enthaltenen Informationen vielfach weder möglich noch geboten sein und der Anleger dies regelmäßig auch nicht erwarten wird. Dies enthebt den Berater aber nicht davon, den Anleger von sich aus jedenfalls über die wesentlichen Risiken - wozu insbesondere ab einer bestimmten Größenordnung auch die Vertriebsprovisionen gehören (vgl. oben unter 1) - zu informieren. Allenfalls im Übrigen darf sich der Berater dem Anleger gegenüber, der den Prospekt nicht entgegennimmt oder sonst zu erkennen gibt, dass er die darin enthaltenen Informationen nicht zur Kenntnis nehmen kann oder will, auf den Hinweis beschränken, dass allein das Aufklärungsgespräch eine umfassende Aufklärung nicht gewährleistet, sondern weitere wichtige Informationen in dem Prospekt enthalten sind. Ist der Berater etwa mangels ausreichender eigener Kenntnisse zu einer persönlichen Aufklärung nicht oder nur teilweise in der Lage, muss er auch dies offenlegen.

bb) Allein die bloße Weigerung des Anlegers, das ihm überreichte schriftliche Informationsmaterial entgegenzunehmen, kann daher nicht von vornherein als fehlendes Interesse an einer Aufklärung oder als Verzicht darauf beziehungsweise als Gleichgültigkeit gegenüber den der Anlage innewohnenden Risiken verstanden werden. Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass es ebenso denkbar ist, dass der Anleger zwar auf die möglicherweise zeitraubende Lektüre eines unter Umständen als schwer verständlich empfundenen Prospekts und damit auf eine schriftliche Aufklärung, nicht aber auf eine zusammenfassende und gegebenenfalls eingängigere mündliche Erläuterung der wesentlichen Eigenschaften und Risiken der Kapitalanlage durch den Anlageberater, bei der unmittelbar Gelegenheit zur Nachfrage besteht, verzichten will. Anderes kommt erst in Betracht, wenn der Anlageberater ausdrücklich darauf hinweist, dass in dem Prospekt wichtige Informationen enthalten sind, die er nicht oder nicht vollumfänglich persönlich darstellen kann oder will, und der Kunde gleichwohl auf eine Lektüre verzichtet und die empfohlene Anlage vornimmt.

cc) Dies zugrunde gelegt, ist nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht in Würdigung der Umstände des Einzelfalls angenommen hat, die Begründung des Klägers, die Fondsprospekte nicht haben zu wollen, weil sie "zu dick und zu schwer" beziehungsweise nur "Papierkram" seien, belege als solches noch nicht sein Desinteresse an einer anderweitigen Aufklärung über die wesentlichen Risiken der Anlage oder einen Verzicht darauf und schränke folglich nicht den Pflichtenumfang des Beraters ein. Dass der Kläger mit einer persönlichen Beratung einverstanden war, sie jedenfalls nicht ablehnte, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei schon daraus gefolgert, dass er sich eigens für ein Beratungsgespräch in die Büroräume des Handelsvertreters M. begeben hat und dort auch tatsächlich ein Gespräch geführt worden ist. Ebenso vertretbar ist die tatrichterliche Würdigung, dem Kläger, der sich auch nach der beruflichen Veränderung des S. M. von einem Angestelltenverhältnis bei einer Bank zu einer freien Beratertätigkeit bei der Beklagten weiter durch diesen betreuen ließ, sei es gerade auf dessen Rat angekommen. Demgegenüber hat das Berufungsgericht das nach der Behauptung der Beklagten dem Kläger von dem Handelsvertreter M. unterbreitete Angebot, zu den Emissionsprospekten Fragen zu stellen, zu Recht als unbeachtlich angesehen. Denn ohne Kenntnis der Prospekte war der Kläger ersichtlich nicht in der Lage, sinnvolle Nachfragen zu stellen.

Gleichermaßen bedenkenfrei hat das Berufungsgericht ausreichende Anhaltspunkte für einen Verzicht des Klägers auf eine über den tatsächlichen Umfang hinausgehende Beratung nicht gesehen.

c) Allerdings hat der Berater M. nur in Bezug auf die Beteiligungen des Klägers an den beiden Tankschiffsfonds pflichtwidrig nicht über die 15 % übersteigenden

Vertriebsprovisionen aufgeklärt. Demgegenüber war eine solche Aufklärung in Bezug auf den "Twinfonds" nicht geboten.

aa) Gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, die Provisionen, die für den Erwerb der beiden Tankschiffsfonds angefallen seien, überstiegen die "15 %-Grenze", erhebt die Revision keine Rügen. Es sind insoweit auch keine Rechtsfehler ersichtlich.

bb) Für den Erwerb der Anteile an dem "Twinfonds" hat der Kläger hingegen keine 15 % übersteigenden Vertriebsprovisionen entrichten müssen. Dem Berufungsgericht kann nicht in der Annahme gefolgt werden, der Kläger habe Vertriebsprovisionen im Umfang von insgesamt 16,09 % aufgebracht.

(1) Allerdings geht das Oberlandesgericht zu Recht davon aus, dass - wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils und Begründung der Revision durch die Beklagte entschieden hat (Urteil vom 19. Oktober 2017 - III ZR 565/16, WM 2017 2191 ff, für BGHZ 216, 245 vorgesehen) - in die Ermittlung der Eigenkapitalbeschaffungskosten das Agio mit einzubeziehen ist, damit der Anleger den Gesamtaufwand für den Erwerb der Anlage und damit deren Werthaltigkeit und Rentabilität als einen für seine Investitionsentscheidung bedeutsamen Umstand beurteilen kann (vgl. Senat aaO Rn. 15 ff). 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 einer Kapitalanlage kann im Fall einer hohen Provision maßgeblich nachteilig beeinflusst sein, weil die für die Provision benötigten Beträge nicht für das eigentliche Anlageobjekt zur Verfügung stehen. Dabei stellt aus der - wert- und renditeorientierten - Sicht des Anlegers der insgesamt zu zahlende Betrag (einschließlich Agio) die "Kapitalanlage" dar. Er wird stets den Gesamtbetrag seiner Investition (einschließlich Agio) betrachten, um beurteilen zu können, ob sie sich hinsichtlich Werthaltigkeit und Rendite lohnt (vgl. zu allem Vorstehenden: Senat aaO Rn. 15). Steigen die Kosten der 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 entrichteten Aufschlag (Agio) entrichtet werden (Senat aaO Rn. 16). Denn sie fließen, obwohl Bestandteil des vom Anleger investierten Gesamtbetrags, in jedem Fall nicht in das eigentliche Anlageobjekt (Senat aaO). Erst das Verhältnis der gesamten Kosten der Eigenkapitalvermittlung zum einzubringenden Eigenkapital (ohne Agio) ermöglicht den Rückschluss auf eine etwaige geringere Werthaltigkeit der Anlage (vgl. Senat aaO Rn. 18).

(2) Aber auch bei Berücksichtigung des Ausgabeaufschlags hat der Kläger keine 15 % übersteigenden Vertriebsprovisionen für den Fondsanteil bezahlt.

(a) Soweit es die aus dem Eigenkapital zu entrichtenden Vertriebsprovisionen angeht, ergibt sich ihr prozentualer Anteil aus dem Verhältnis zwischen dem von den Anlegern für ihre Beteiligung an der Kommanditgesellschaft einzubringenden Eigenkapital (ohne Agio, siehe Senat aaO Rn. 17) und dem davon für die Vermittlung abfließenden Betrag (vgl. Senatsurteil vom 9. Februar 2006 aaO S. 669). Die Quote errechnet sich insoweit aus dem Verhältnis zwischen dem gesamten einzuwerbenden Eigenkapital und den daraus zu entrichtenden Vertriebskosten. Nach dem Emissionsprospekt sollte für den "Twinfonds" ein Kommanditkapital in Höhe von 14.650.000 € (ohne Agio) eingeworben werden; für Vertriebsleistungen waren 1.831.250 € vorgesehen. Es ergibt sich hieraus eine Provisionsquote von 12,5 %, die jeder Anleger aus der von ihm geleisteten Einlage (ohne Agio, das von vornherein nicht in das Anlageobjekt fließt) für Vertriebsprovisionen aufbringen musste.

(b) Hinzuzurechnen ist - wie ausgeführt - ferner das Agio, das der Anleger als weiteren Preis für den Erwerb des Fondsanteils zu zahlen hat.

Anstatt des im Prospekt und im Beitrittsformular vorgesehenen fünfprozentigen Agios musste der Kläger für die Anteile an dem "Twinfonds" unstreitig nur einen Ausgabeaufschlag von 375 € zahlen. Dies entspricht bezogen auf das vom Kläger einzubringende Kapital 2,5 %, wie sich auch der zeitgleich mit der Beitrittserklärung unterzeichneten gesonderten Bestätigung entnehmen lässt. Bei der Ermittlung der Vertriebskosten einer Anlage sind Abschläge, die dem einzelnen Anleger auf das vorgesehene (höhere) Agio gewährt werden, zu berücksichtigen, weil sie die für ihn maßgebliche Vertriebskostenquote mindern.

(c) Aus dem Einlagekapital aufzubringende Provisionen und das Agio ergeben insgesamt eine Quote von 15 % und übersteigen die nach der Rechtsprechung des Senats maßgebliche Schwelle gerade noch nicht.

(d) Die Annahme des Berufungsgerichts, die von dem einzelnen Anleger erlangte Reduzierung des Agios - hier 375 € - sei zu den gesamten Kosten der Eigenkapitalbeschaffung (rd. 2,5 Millionen Euro) ins Verhältnis zu setzen, ist schon deswegen nicht gerechtfertigt, weil das Agio allein die Renditeerwartung des einzelnen Anlegers mindert. Für ihn spielt es keine Rolle, ob und wie viel Agio - das ohnehin nicht in die Kapitalanlage fließt - andere Anleger zu zahlen haben und ob und wann sie ihrerseits mit der Anlage einen Gewinn erwirtschaften. Anders als bei einer Ermäßigung der aus dem Eigenkapital zu zahlenden Provisionen kommt der Differenzbetrag auch nicht dem Anlageobjekt zugute, sondern bewirkt allein eine Verringerung der individuellen Kosten. Die Gewinnaussichten des einzelnen Anlegers werden von der - im Zeitpunkt der Zeichnung der Kapitalanlage regelmäßig ohnehin noch nicht feststehenden - Gesamtsumme des gezahlten Agios nicht beeinflusst. Erst recht besteht kein Grund, das vom Kläger bezogen auf seinen Anteil gezahlte (individuelle) Agio zu den gesamten prospektierten Eigenkapitalbeschaffungskosten einschließlich der von allen Anlegern aus dem Eigenkapital zu zahlenden Vertriebskosten ins Verhältnis zu setzen.

2. Das Berufungsurteil hält rechtlicher Überprüfung aber auch in Bezug auf die beiden Tankschiffsfonds nicht stand, weil sich auf der Grundlage des bisherigen Sach- und Streitstands die Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung für den Erwerb der Fondsbeteiligung nicht feststellen lässt.

a) Im Ausgangspunkt zutreffend jedoch ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass für den Ursachenzusammenhang zwischen einer Aufklärungspflichtverletzung und der Anlageentscheidung eine durch die Lebenserfahrung begründete tatsächliche Vermutung spricht (z.B. Senatsurteile vom 16. März 2017 - III ZR 489/16, WM 2017, 708 Rn. 32 mwN; vom 14. April 2011 - III ZR 27/10, NJW-RR 2011, 1139, Rn. 13; vom 22. April 2010 - III ZR 318/08, WM 2010, 1017 Rn. 19 und vom 9. Februar 2006 aaO S. 671). Diese Vermutung beruht mit Blick auf die in Rede stehende Pflichtverletzung letztlich auf dem Umstand, dass es für den Vertrieb einer Kapitalanlage einen wesentlichen Unterschied ausmacht, welcher Anteil aus dem eingesetzten Kapital dafür aufgebracht werden muss (vgl. Senatsurteil vom 22. April 2010 aaO). Die Kausalitätsvermutung sichert das Recht des Anlegers, in eigener Entscheidung und Abwägung des Für und Wider darüber zu befinden, ob er in ein bestimmtes Projekt investieren will oder nicht (Senat aaO; BGH, Urteil vom 7. Dezember 2009 - II ZR 15/08, WM 2010, 262 Rn. 24 mwN). Es ist grundsätzlich Sache des Aufklärungspflichtverletzers, die Vermutung, dass der Anlageinteressent bei richtiger Aufklärung von der Zeichnung der Anlage abgesehen hätte, durch konkreten Vortrag zu entkräften (zB Senat, Urteile vom 16. März 2017; vom 14. April 2011 und vom 9. Februar 2006; jeweils aaO). Um die Vermutung zu widerlegen, muss

der Aufklärungspflichtige darlegen, dass der einzelne Anleger den unterlassenen Hinweis unbeachtet gelassen hätte (BGH aaO).

b) Die Revision rügt mit Erfolg, dass das Berufungsgericht den von der Beklagten zur Entkräftung der Vermutung gehaltenen Tatsachenvortrag für unbeachtlich gehalten, den dazu angebotenen Beweis übergangen und damit ihr rechtliches Gehör im Sinne von Art. 103 Abs. 1 GG verletzt hat.

aa) Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, den Vortrag der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Entscheidung in Erwägung zu ziehen (zB BVerfGE 65, 293, 295 f; 70, 288, 293 f; 83, 24, 35). Dazu gehört es, erhebliche Beweisanträge zu berücksichtigen (BVerfGE 60, 247, 249; 65, 305, 307; 69, 141, 143 f). Die Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots verstößt gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze mehr findet (BVerfGE 65 aaO; 69 aaO S. 144; Senat, Urteil vom 23. Juni 2016 aaO Rn. 18).

bb) Nach diesen Maßstäben ist Art. 103 Abs. 1 GG verletzt.

(1) Die Beklagte hat behauptet, der Kläger hätte die Anlagen auch in Kenntnis der Vertriebsprovisionen gezeichnet, und sich zum Beweis auf dessen Vernehmung als Partei gemäß § 445 Abs. 1 ZPO berufen. Dieses Beweisangebot ist auch erheblich. Die Beklagte hat die entscheidungserhebliche Tatsache zur Erschütterung der tatsächlichen Vermutung unmittelbar selbst zum Gegenstand des Beweisantrags gemacht. Stellte sich der Sachvortrag in der Beweisaufnahme als richtig heraus, hätte die Beklagte die gegen sie streitende Vermutung entkräftet. Weitere Einzelheiten oder Erläuterungen der behaupteten Tatsache sind zur Substantiierung des Beweisantrags auf Vernehmung des Gegners als Partei grundsätzlich nicht erforderlich (vgl. BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 39; Urteil vom 10. Januar 2017 - XI ZR 365/14, BKR 2017, 164 Rn. 16; dort jeweils für den Fall einer echten Beweislastumkehr). Für die unmittelbare Beweisführung steht der Beklagten auch kein weiteres Beweismittel zur Verfügung, so dass der Grundsatz der Subsidiarität der Parteivernehmung nicht eingreift. Die Parteivernehmung nach § 445 Abs. 1 ZPO setzt schließlich auch nicht die Wahrscheinlichkeit der unter Beweis gestellten Behauptung voraus (vgl. BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 aaO; Urteil vom 6. Juli 1960 - IV ZR 322/59, BGHZ 33, 63, 66). Die Ablehnung eines Beweises über eine erhebliche Tatsache ist nur zulässig, wenn der Antrag auf eine unzulässige Ausforschung hinaus läuft.

(2) Ein solcher unbeachtlicher, auf eine (unzulässige) Ausforschung zielender Beweisermittlungsantrag ist nicht gegeben.

(a) Der Beweisführer ist grundsätzlich nicht gehindert, Tatsachen zu behaupten, über die er keine genauen Kenntnisse hat, die er aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich hält. Ein unzulässiger Ausforschungsbeweis liegt erst dann vor, wenn der Beweisführer ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufstellt (Senat aaO; BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 aaO Rn. 40 m. zahlr. w.N). Bei der Annahme von Willkür ist jedoch Zurückhaltung geboten. In der Regel liegt sie nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte vor (BGH, Urteil vom 8. Mai 2012 aaO mwN). Eine Ausforschung in diesem Sinne ist in der vorliegenden Fallgestaltung bereits dann zu verneinen, wenn die darlegungspflichtige Partei Anhaltspunkte vorträgt, die ihrer Auffassung nach jedenfalls in der Gesamtschau dafür sprechen, dass der Anleger auch in Kenntnis des verschwiegenen Umstands die Kapitalanlage gezeichnet hätte (vgl. BGH aaO Rn. 41).

(b) Die Beklagte hat vorliegend auf Umstände hingewiesen, die allein oder gemeinsam dafür sprechen könnten, dass es dem Kläger auf eine Aufklärung über die konkrete



Höhe der zu zahlenden Vertriebsprovisionen nicht entscheidend ankam. Ihre unter Beweis durch die Vernehmung des Klägers als Partei gestellte Behauptung, jener hätte die beiden Tankschiffsfonds auch in Kenntnis der Höhe der insgesamt zu zahlenden Provisionen gezeichnet, kann daher nicht als willkürlich angesehen werden. Dies hat das Berufungsgericht übersehen und stattdessen auf eine von ihm für richtig gehaltene Würdigung der vorgetragene Umstände abgestellt, die es jedoch erst nach der gebotenen Klärung der vollständigen Tatsachengrundlage hätte vornehmen dürfen.

Ungeachtet dessen, dass die Weigerung, die Emissionsprospekte entgegen zu nehmen, weder die Beklagte von ihrer Aufklärungspflicht als solcher entband noch ohne weiteres als Verzicht auf eine Risikoaufklärung zu verstehen war, liegt darin jedoch ein Aspekt, der auf ein gewisses Desinteresse des Klägers an einer umfassenden Aufklärung über die das Investment betreffenden Umstände für seine Anlageentscheidung hindeuten kann. Dass dem Verhalten des Klägers ein solcher Aussagewert von vornherein nicht beigemessen werden kann, wovon das Berufungsgericht ausgeht, ist in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Hinzu kommt, dass die in den Beraterbögen dokumentierten Anlageziele des Klägers - Ausschüttungen, Vermögensdiversifikation sowie teilweise auch Steuervergünstigung - ebenfalls zumindest einen gewissen Anhaltspunkt dafür darstellen können, dass es dem Kläger nicht maßgeblich auf die Höhe der Eigenkapitalbeschaffungskosten angekommen sein muss, wenngleich nicht zu verkennen ist, dass die nicht in die Kapitalanlage fließenden Kosten des Vertriebs die Werthaltigkeit des Investments und damit dessen Rentabilität beeinflussen können. Welche Bedeutung diesen Indizien im Ergebnis beizumessen sein wird, ist eine andere nach abschließender Aufklärung des Sachverhalts zu beantwortende Frage. Die tatsächlich hinter der Zurückweisung der Prospekte stehende Motivation des Klägers ist deshalb im Rahmen einer Beweisaufnahme zu klären.

Das Berufungsgericht wird mithin in dem neu eröffneten Berufungsverfahren dem Beweisantritt der Beklagten nachzugehen haben. Sodann wird es unter Einbeziehung der streitigen und unstreitigen Indizien zu würdigen haben, ob es der Beklagten gelungen ist, die gegen sie streitende Vermutung zu erschüttern.

3. In Bezug auf die vom Berufungsgericht für nicht durchgreifend erachtete Einrede der Verjährung macht die Revision keine Rechtsfehler geltend; solche sind auch nicht ersichtlich.

4. Nach alledem entfällt auch die Grundlage für die Verurteilung zur Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten (Nr. 6 des Tenors des Berufungsurteils). Zwar schuldet die Beklagte jedenfalls den Ausgleich dieser Kosten, soweit sie den Schadensersatz wegen des Patentfonds betreffen. Allerdings wird der Freistellungsanspruch je nach dem Ergebnis der weiteren Feststellungen in Bezug auf die übrigen Fonds insgesamt neu zu berechnen sein. Ebenso entfällt die Grundlage für die Feststellung des Annahmeverzugs (Nr. 7 des Tenors des Berufungsurteils), soweit nicht der Patentfonds betroffen ist.

### III.

Das Berufungsurteil ist daher im Umfang seiner Anfechtung gemäß § 562 Abs. 1 ZPO aufzuheben und die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Da weitere Feststellungen - auch zu den sonstigen von dem Kläger gerügten Pflichtverletzungen der Beklagten im Zusammenhang mit der Zeichnung des "Twinfonds" - zu treffen sind, kommt eine eigene Sachentscheidung des Senats nach § 563 Abs. 3 ZPO nicht in Betracht. Sollte das Berufungsgericht erneut zu dem Ergebnis gelangen, dass die Beklagte im Zusammenhang mit der Vermittlung der beiden Tankschiffsfonds

Schadensersatz schuldet, bestehen entgegen der Auffassung der Revision der Beklagten jedoch keine Bedenken gegen die von der Vorinstanz im Ergebnis vorgenommene Umdeutung des vom Kläger im ersten Rechtszug gestellten Freistellungsantrags in ein Feststellungsbegehren (vgl. BGH, Urteil vom 31. Januar 1984 - VI ZR 150/82, NJW 1984, 2295, 2296), wobei gegebenenfalls Gelegenheit bestehen wird, dies bei der Tenorierung klarzustellen.