

7 U 185/11

**Abschrift**

2-10 O 118/11 Landgericht Frankfurt am Main

Verkündet laut Protokoll am  
4. September 2013

Yaman Justizfachangestellte  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



**OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN  
IM NAMEN DES VOLKES  
GRUNDURTEIL**

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

Kläger und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Hans Witt, Adenauerplatz 8, 69115 Heidelberg,

Geschäftszeichen: [REDACTED]

gegen

Hoesch & Partner GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Carlos Reiss; Rüs-  
terstraße 1, 60325 Frankfurt am Main,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Anwaltsbüro [REDACTED]  
Geschäftszeichen: [REDACTED]

hat der 7. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Thessinga, die Richterin am Oberlandesgericht Schmitt-Michalowitz und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Rennig aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 3. Juli 2013 für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 29. Juli 2011 verkündete Urteil des Einzelrichters der 10. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt a.M. (Az.: 2-10 O 118/11) abgeändert.

Der Klageantrag ist dem Grunde nach gerechtfertigt.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Endurteil vorbehalten.

Gründe:

I.

Der Kläger macht einen Schadensersatzanspruch wegen behaupteter fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit dem Abschluss einer fondsgebundenen Lebensversicherung geltend. Er meint, dass mit der damals als Hoesch & Partner GmbH & Co. KG firmierenden Beklagten konkludent ein Vertrag zustande gekommen sei, den er teils „Maklervertrag“ nennt - Hoesch & Partner GmbH & Co. KG bezeichnete sich als „Versicherungsmakler“ -, teils „Anlageberatungsvertrag“. Teilweise bezieht er sich auch auf Aufklärungs- und Beratungspflichten von Versicherungsagenten im Anbahnungsbereich eines Versicherungsvertrags. Die Klage ist gerichtet auf Rückabwicklung der Anlage, Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten und Ersatz entgangenen Gewinns aus einer anderweitigen Anlage.

Im September 2004 schloss der Kläger bei der inora LIFE Ltd., einem irischen Unternehmen, eine fondsgebundene Lebensversicherung „inora LIFE world invest 300“ ab, eine Kombination aus einer klassischen Lebensversicherung und einer Wertpapieranlage. Dabei zahlt der Versicherungsnehmer entweder einen Einmalbetrag oder fünf aufeinander folgende Jahresraten. Diese Prämien werden in einem von der Société Générale verwalteten Garantiefonds angelegt. Die Wertentwicklung der Lebensversicherung hängt von der Kursentwicklung eines Aktienkorbes ab, der 12 internationale Aktien („Blue Chips“) enthält. Die Société Générale legt die Gelder indessen nicht zwangsläufig in diesen Aktien an; sie bilden vielmehr eine Bezugsgröße bei der Ermittlung der auszuschüttenden Rendite. Die Versicherung hat eine Laufzeit von 12 Jahren („5+7“). Sofern keine der im fiktiven Aktienkorb enthaltenen Aktien während der letzten 5 Jahre der Laufzeit zu irgendeinem Zeitpunkt niedriger als bei 60% des Anfangswertes - ermittelt zu einem Stichtag nahe dem Versicherungsbeginn - notiert, so erhält der Versicherungsnehmer 300% des eingelegten Kapitals zurück. Dies wird in den Versicherungsunterlagen als „Fall A“ bezeichnet. Tritt die genannte Bedingung nicht ein, so tritt „Fall B“ ein. Dann ist jedenfalls eine komplette Rückzahlung der entrichteten Prämien garantiert. Im Fall B kann der Versicherungsnehmer auch noch an einer po-

sitiven Entwicklung der Referenzaktien partizipieren. Dabei wird ein Durchschnittswert des fiktiven Aktienkorbes aus den Kursen jeweils zu Jahresbeginn der ersten fünf Versicherungsjahre gebildet. Ihm wird der Durchschnittswert des fiktiven Aktienkorbes aus den Kursen jeweils zu Quartalsende während der letzten fünf Jahre der Laufzeit gegenübergestellt. Ergibt der Vergleich dieser Durchschnittswerte eine positive Wertentwicklung, so erhöht sich die Ablaufleistung der Versicherung entsprechend. Allerdings wird dabei vorab eine sogenannte Garantiegebühr in Höhe von 19,27% des eingelegten Kapitals abgezogen. Mehr als die eingesetzten Prämien erhält der Versicherungsnehmer in Fall B also nur dann, wenn der zweite Durchschnittswert um mehr als 19,27% über dem ersten Durchschnittswert liegt. Diese Informationen finden sich u.a. in dem als Anlage K 2 vorgelegten Flyer (Bl. 19 f. d.A.), der dem Kläger jedoch unstreitig vor Vertragschluss nicht vorgelegen hat. Die beschriebenen Charakteristika der Anlage werden darüber hinaus in den Verbraucherinformationen dargestellt (Anlage B 4, Bl. 97-120 d.A.). Die vom Kläger abgeschlossene Lebensversicherung hat eine Laufzeit vom 01.10.2004 bis zum 01.10.2016 (Police als Anlage K 7, Bl. 30-32 d.A.). Der Kläger zahlte jeweils zum 01.10. der Jahre 2004 bis 2008 eine Prämie von 50.000 €, insgesamt also 250.000 €, ein.

Er erhielt von der Beklagten den als Anlage K 3 vorgelegten Flyer (Bl. 22-24 d.A.). Mit Schreiben vom 04.08.2004 (Bl. 25 d.A.) bedankte sich die Beklagte beim Kläger für dessen Interesse an inora Life. Das Schreiben endet mit den Sätzen: „Bitte rufen Sie mich an, wenn Sie Fragen zu diesem Produkt haben. Ich berate Sie gerne“. Ihm waren die als Anlage K 5 vorgelegten Modellrechnungen beigelegt (Bl. 26 f. d.A.). Im Anschluss fand ein Telefonat zwischen der Verfasserin des Schreibens, der Mitarbeiterin Dongmann der Beklagten, und dem Kläger statt. Dabei sprach der Kläger auch die Berechnungsbeispiele in der Anlage K 5 nebst seinen zuvor vorgenommenen Analysen an. Mit Anwaltsschreiben vom 10.12.2010 ließ der Kläger die Beklagte unter Fristsetzung zum 20.12.2010 auffordern, an ihn 250.000 € zuzüglich eines noch zu beziffernden entgangenen Gewinns zu zahlen, Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus der näher bezeichneten fondsgebundenen Lebensversicherung. Die Beklagte wies dies mit Schreiben vom 11.03.2011 zurück.

Der Kläger hat behauptet, dass er eine „transparente und klar strukturierte“ fondsgebundene Lebensversicherung habe abschließen wollen. Damit habe er sich schon länger beschäftigt gehabt. Er habe Unterlagen über inora Life, nämlich die Anlage K 3, von der Beklagten zugesandt bekommen. Er habe vor Vertragsabschluss weder schriftlich noch mündlich Kontakt zu inora Life gehabt und sich auch keine Informationen über Produkte von inora Life aus dem Internet heruntergeladen. Der Kläger hat ohne nähere Substantiierung vorgetragen, dass er sich über inora Life informiert habe, auf deren Produkte er erst durch das Schreiben der Beklagten aufmerksam geworden sei. Er hat behauptet, dass ihm die Verbraucherinformationen (Anl. B 4) nie übergeben worden seien. Er sei an die Zeugin **[REDACTED]**, eine Mitarbeiterin der Beklagten, nicht herangetreten, um die Lebensversicherung abzuschließen, sondern um sich darüber beraten zu lassen.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass mit der Beklagten ein Makler- oder ein Beratungsvertrag konkludent zustande gekommen sei. Die Zeugin **[REDACTED]** als Erfüllungsgehilfin der Beklagten habe ihm das Produkt in einem Telefonat erläutert, allerdings unvollständig und fehlerhaft. Der Kläger macht geltend, nicht zutreffend über das Produkt unterrichtet worden zu sein, und nimmt dabei Bezug auf Unterlagen, die die Beklagte zur Verfügung gestellt hat, aber auch auf Gespräche mit der Zeugin **[REDACTED]**. Er listet zahlreiche behauptete Informationsdefizite auf. Im Einzelnen beanstandet er:

- Entgegen den geweckten Erwartungen würden die Versicherungsprämien nicht in den genannten 12 Blue Chips angelegt;
- die Modellrechnungen in der Anlage K 5 seien fehlerhaft, weil sich die Rückkaufswerte nicht infolge einer Erstattung entnommener Gebühren erhöhten;
- entgegen der Ankündigung seien für die Einstufung als Fall A oder Fall B nicht die Anfangskurse bei Vertragsbeginn am 01.10.2004 maßgeblich, sondern die Kurse am 07.10.2004;
- entgegen den Angaben in den Beispielsrechnungen komme es für eine eventuelle Rendite nicht auf das Wachstum des Fonds an, sondern auf den durchschnittlichen Kaufpreis in den ersten fünf Jahren;

- Frau [REDACTED] habe ihn weder über das Risiko einer Insolvenz der Société Générale aufgeklärt noch seine Anlageziele und Risikobereitschaft eruiert.

Der Kläger hat weiter geltend gemacht, dass er Infolge des behaupteten Beratungsverschuldens der Beklagten in eine Anlage investiert habe, die nicht seinen Vorstellungen entsprochen habe und die für ihn per se nachteilig sei. Bereits darin liege ein Schaden. Der Kläger hat geltend gemacht, dass er mit einer alternativen Anlage der 250.000 € jedenfalls eine Rendite von 4% p.a. hätte erzielen können. Gemäß § 252 BGB werde vermutet, dass er mindestens einen Gewinn in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes nach § 246 BGB erzielt hätte. Welche alternative Anlage er getätigt hätte, hat der Kläger nicht konkret dargelegt. Dem zur Begründung des Verjährungseinwands gehaltenen Vortrag der Beklagten, dass der Kläger bereits mit Schreiben der ihn betreuenden SVF AG vom 31.10.2005 Unterlagen zu der gezeichneten Anlage erhalten habe, ist der Kläger nicht entgegen getreten. Er hat jedoch behauptet, erstmals im Frühsommer 2010 vollständige Kenntnis von der Funktionsweise der fondsgebundenen Lebensversicherung erlangt zu haben.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 292.216,44 € nebst Zinsen hieraus seit dem 21.12.2010 in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu zahlen, Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus der vom Kläger mit der Versicherungsnummer [REDACTED] abgeschlossenen fondsgebundenen Lebensversicherung mit der Bezeichnung Inora world invest 300;

festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme der unter Ziffer 1. genannten Abtretung der Rechte aus der vom Kläger mit der Versicherungsnummer [REDACTED] abgeschlossenen fondsgebundenen Lebensversicherung mit der Bezeichnung Inora world invest 300 in Verzug befindet;

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 3.686,62 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, dass der Kläger gezielt wegen des Abschlusses der Inora life world invest 300 auf die Beklagte zugekommen sei. Daher sei kein Beratungs- oder Maklervertrag zustande gekommen. Der Kläger habe mit der Police die Verbraucherinformation zugesandt bekommen. In dem Telefonat habe die Zeugin Dongmann darauf hingewiesen, dass es im „Fall B“ auf den durchschnittlichen Kaufpreis der Aktien während der ersten fünf Jahre ankomme. Frau [REDACTED] habe nicht erklärt, dass die eingezahlten Gelder in den in den Unterlagen genannten 12 internationalen Aktien angelegt würden. Sie habe den Kläger in dem mit ihm geführten Telefonat darüber informiert, dass es sich bei dem fraglichen Produkt um ein innovatives Investment handele, bei dem eine Kombination aus sogenannten Anlage- und Garantieprodukten wesensbestimmend sei und daneben noch Effekte einer Risikolebensversicherung und von Steuervorteilen genutzt werden könnten. Das diesbezügliche Vorbringen der Beklagten auf Seite 6 der Klageerwidderung (Bl. 68 d.A.) endet mit dem Halbsatz: „(...), wobei eine individuelle Modellrechnung auf Basis der ihr zur Verfügung stehenden aber nicht möglich.“ Weiter hat die Beklagte gemeint, dass über ein Insolvenzrisiko der Société Générale nicht habe aufgeklärt werden müssen, weil es nicht bestanden habe. Anlageziele und Risikobereitschaft des Klägers hätten nicht erfragt werden müssen, weil der Kläger von sich aus den Abschluss der Inora life world invest 300 gewünscht habe.

Wegen des Parteivorbringens erster Instanz wird ergänzend auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils und auf die im ersten Rechtszug gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Einzelnen ausgeführt, dass die Kurzinformation und die Modellrechnungen, die dem Kläger unstreitig vorgelegen haben, zwar an einzelnen Stellen unklar oder unvollständig seien, aber letztlich bei verständiger Auslegung im Wesentlichen zutreffend. Es hat als unstreitig angesehen, dass dem Kläger die von ihm als Anlage K 2 (Bl. 19 f. d.A.) vorgelegte Information über die Ausstattungsmerkmale des Garantiefonds Inora Frankfurt Garantie 2004/IV vor Abschluss des Versicherungsvertrags nicht vorgelegen hat.

Mit der Berufung verfolgt der Kläger zuletzt seine erstinstanzlichen Anträge weiter. Er rügt unzureichende Tatsachenfeststellungen und Rechtsanwendungsfehler. Der Kläger macht geltend, dass der streitige Inhalt seines Telefonats mit Frau ~~Blüthgen~~ hätte aufgeklärt werden müssen. Darüber hinaus habe das Landgericht die Kurzinformation und die Angaben zu den Modellrechnungen in nicht mehr vertretbarer Weise ausgelegt. Erstmals breitet der Kläger Berechnungen aus, mit denen er belegen will, dass die Modellrechnungen insofern falsch seien, als die bei einem angenommenen Wertzuwachs von 3% dort ausgewiesene Ablaufleistung zu hoch angegeben sei. Weiter stellt er darauf ab, dass es entgegen der Auffassung des Landgerichts erheblich sei, ob der Berechnung der Werte des Aktienkorbs als Anfangswerte die Kurse zu Vertragsbeginn am 01.10.2004 oder, wie in der Anlage K 2 aufgeführt, am 07.01.2004 zugrunde gelegt würden. Denn die Kurse könnten auch innerhalb weniger Tage erheblich schwanken. Wie die tatsächliche Entwicklung im Jahr 2004 war, legt der Kläger nicht dar. In einem Schriftsatz vom 25.06.2013 behauptet der Kläger erstmals, dass er Frau ~~Blüthgen~~ ausdrücklich nach Alternativprodukten zu Inora life world invest 300 gefragt habe.

Der Kläger beantragt zuletzt sinngemäß,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 292.216,44 € nebst Zinsen hieraus seit dem 21.12.2010 in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu zahlen, Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus der vom Kläger mit der Versicherungsnummer 06504532 abgeschlossenen fonds-



gebundenen Lebensversicherung mit der Bezeichnung Inora world invest 300;

festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme der unter Ziffer 1. genannten Abtretung der Rechte aus der vom Kläger mit der Versicherungsnummer [REDACTED] abgeschlossenen fondsgebundenen Lebensversicherung mit der Bezeichnung Inora world invest 300 in Verzug befindet;

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 3.686,62 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Die Beklagte meint, dass das Urteil des Landgerichts einen Schreibfehler enthalte, wenn dort im unstreitigen Tatbestand auf Seite 5 in Bezug auf die Anlage K 2 die Rede ist von „nicht übergebenen“ Informationen. Richtigerweise müsse es heißen: „mit übergebenen“. Ein weiteres Schreibversehen finde sich auf Seite 10 des Urteils. In dem ersten Satz des zweiten Absatzes, der lautet: „Unzutreffenderweise geht der Kläger davon aus, dass es zu einem Abzug der Garantiegebühren von 19,27% kommt“ fehle nach dem „dass es“ ein „nicht“. Tatbestands- oder Urteilsberichtigung hat die Beklagte nicht beantragt.

Wegen des Parteivorbringens im zweiten Rechtszug wird ergänzend auf die Berufungsbegründung vom 04.11.2011, den klägerischen Schriftsatz vom 25.06.2013, die Berufungserwiderung vom 20.01.2012 und die Sitzungsniederschrift vom 03.07.2013 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg.

Zwischen den Parteien ist ein Beratungsvertrag zustande gekommen, unabhängig davon, ob der Kläger bei der Beklagten und deren Mitarbeiterin ~~Personen~~ gezielt und ausschließlich das Produkt inora LIFE world invest 300 nachgefragt hatte oder ob er auch um Informationen über andere Anlagemöglichkeiten und Produkte gebeten hatte. In Ihrem Schreiben vom 04.08.2004 (Anlage K 4) forderte Frau ~~Personen~~ den Kläger auf, sie anzurufen, falls er Fragen zu dem Produkt Inora Life habe, und gab an, den Kläger gerne zu beraten. Mit dieser Erklärung hat die Mitarbeiterin der Beklagten den Kläger aufgefordert, der Beklagten den Abschluss eines Vertrags über eine auch telefonische Beratung anzubieten. Die geäußerte Bereitschaft, dem Kläger weitere Informationen über die Anlage zu geben, und der Gebrauch des Wortes „berate“ lassen eine Auslegung des Schreibens dahingehend, dass die Beklagte sich in keiner Weise habe binden wollen, nicht zu. Indem der Kläger nachfolgend Frau ~~Personen~~ angerufen und diese sich bereit gefunden hat, mit dem Kläger telefonisch die Konzeption von inora LIFE world invest 300 und die in der Anlage K 5 aufgeführten Modellrechnungen zu erörtern, haben die Parteien konkludent einen Beratungsvertrag geschlossen. Dieser Vertrag hat die Beklagte verpflichtet, den Kläger anlage- und anlegergerecht über inora LIFE world invest 300 zu beraten.

Die Beklagte hat diese Beratungspflichten jedenfalls dadurch verletzt, dass sie dem Kläger nicht hinreichend deutlich gemacht hat, dass unter der Alternative „Fall B“ auch bei einer positiven Entwicklung des Aktienkorbes von einem eventuell auszukehrenden Wertzuwachs vorab die Garantiegebühr in Höhe von 19,27% des eingezahlten Kapitals abgezogen wird. Nach der Konzeption der verfahrensgegenständlichen fondsgebundenen Lebensversicherung findet ein solcher Abzug statt. Dies ergibt sich mit wünschenswerter Klarheit aus Seite 7 der Verbraucherinformation (Anlage B 4, Bl. 103 d.A.) in Verbindung mit der Broschüre „Ausstattungsmerkmale des Garantiefonds inora Frankfurt Garantie 2004/IV“ (Anlage K 2, Bl. 19 f. d.A.), worauf auch die Beklagte stets Bezug genommen hat und Bezug

nimmt. Falls eine gegenteilige Behauptung der Beklagten darin zu sehen sein sollte, dass sie ein Schreibversehen im Urteil des Landgerichts dahingehend geltend macht, dass ein Abzug der Garantiegebühr in Wahrheit nicht stattfindet, würde sie widersprüchlichen und damit unbeachtlichen Vortrag halten. Im Übrigen ist bereits nicht erkennbar, dass beim Landgericht ein Schreibversehen unterlaufen sein könnte, und hat auch die Beklagte einen Antrag auf Urteils- oder Tatbestandsberichtigung nicht für angezeigt erachtet.

Über den Abzug der Garantiegebühr im „Fall B“ musste aufgeklärt werden, weil er von ganz entscheidender Bedeutung für die Gesamtbeurteilung der Rentabilität der Anlage ist. Diese Beurteilung muss sich bei lebensnaher Betrachtung an „Fall B“ orientieren, weil keinesfalls ausgeschlossen werden kann, dass zumindest eine der zwölf Referenzaktien im Verlauf von zwölf Jahren unter 60% ihres Anfangskurses fällt, ungeachtet einer möglichen extrem positiven Entwicklung der übrigen Referenzaktien. Denn auch unter dieser Prämisse träte „Fall B“ ein. Im „Fall B“ richtet sich die Ausschüttung nicht nach der Differenz zwischen dem Anfangswert des Aktienkorbs und dessen Wert bei Versicherungsende. Vielmehr sind Durchschnittswerte aus den ersten und den letzten fünf Jahren der Versicherungsdauer maßgeblich. Wird vereinfachend unterstellt, dass sich der Wert von elf Referenzaktien über die zwölf Jahre kontinuierlich linear steigern würde, so blieben in diesem Beispiel alle Wertzuwächse dieser elf Aktien in den ersten zweieinhalb und in den letzten zweieinhalb Jahren unberücksichtigt und beträfe die für die Ausschüttung maßgebliche Wertentwicklung dieser elf Aktien lediglich sieben von zwölf Jahren. Eine solche Einschränkung besteht im Grundsatz immer. Umso gravierender wirkt der mögliche Abzug von nahezu 20% des eingesetzten Kapitals. Dadurch sinkt die Wahrscheinlichkeit, dass mehr als das eingezahlte Kapital ausgekehrt wird. Umgekehrt ist umso weniger auszuschließen, dass der Versicherungsnehmer nach zwölf Jahren lediglich die entrichteten Prämien zurück erhält. Dann steht er sich schlechter als bei dem Abschluss einer herkömmlichen Lebensversicherung mit Garantiezins.

Auch wenn der Kläger als Anleger letztlich ein Beratungsverschulden der Beklagten beweisen muss, hat doch die Beklagte zunächst darzulegen, wie sie den Kläger über den Abzug der Garantiegebühr in „Fall B“ beraten haben will. Substanti-

ierten Vortrag dazu hat sie nicht gehalten. Ihr Vorbringen, dass Frau D. den Kläger auf die schriftlichen Unterlagen der Beklagten verwiesen habe, ist unbehelflich, weil diese Unterlagen dem Kläger vor dem Abschluss des Versicherungsvertrags nicht vorlagen. Ihrem eigenen Vortrag zufolge ließ die Beklagte dem Kläger die Verbraucherinformationen nicht vor dem Vertragsschluss zukommen. Darüber hinaus hat der Senat zugrunde zu legen, dass der Kläger bei Vertragsschluss auch die Anlage K 2 („Ausstattungsmerkmale des Garantiefonds inora Frankfurt Garantie 2004/IV“) nicht kannte. Dies hat das Landgericht im angefochtenen Urteil festgestellt. Diese Feststellung entfaltet Tatbestandswirkung nach § 314 ZPO. Denn sie steht nicht im Widerspruch zu den in Bezug genommenen erstinstanzlichen Schriftsätzen. Alleine durch die Vorlage der Anlage K 2 hat der Kläger nicht behauptet, dieses Schriftstück bereits vor Vertragsschluss gekannt zu haben. Die Beklagte hat in erster Instanz nirgends explizit und unwidersprochen behauptet, dass der Kläger die „Ausstattungsmerkmale des Garantiefonds inora Frankfurt Garantie 2004/IV“ erhalten habe. Soweit die Beklagte nunmehr geltend macht, dass der Kläger diese Produktinformation gekannt habe, hält sie im zweiten Rechtszug neuen und bestrittenen Vortrag, der nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen ist.

Nach allem ist zugrunde zu legen, dass dem Kläger vor dem Vertragsschluss als von der Beklagten autorisierte Unterlagen lediglich die als Anlage K 3 eingereichte Kurzbeschreibung des Produkts inora world invest 300 und die als Anlage 5 eingereichte Beispielrechnung vorlagen. Beide Unterlagen enthalten keine zutreffenden und ausreichend genauen Informationen darüber, dass und in welcher Höhe im „Fall B“ eine Garantiegebühr von einem auszukehrenden Wertzuwachs des Aktienkorbes in Abzug gebracht wird. In der Anlage K 5, die unstreitig Gegenstand des Telefonats zwischen dem Kläger und Frau D. war, findet sich eine Sternchen-Fußnote mit folgendem Text: „Aufgrund der Kapitalgarantie auf Ihre eingezahlten Beiträge werden Ihnen am Ende der Laufzeit die in den ersten Jahren dem Garantiefonds entnommenen Gebühren zurückerstattet. Dadurch kommt es zu einer zusätzlichen Erhöhung der Erlebensfall-Leistung.“ Diese Angabe ist gleich in zweifacher Hinsicht unzutreffend und daher irreführend. Zum einen findet ein Abzug der Garantiegebühr nur dann nicht statt, wenn der Versicherungsnehmer ohnehin lediglich die eingezahlten Prämien zurück erhält. Dann kommt es

aber andererseits gerade nicht zu „einer zusätzlichen Erhöhung der Erlebensfall-Leistung“. Der als Anlage K 3 eingereichte Flyer enthält links unten eine Sternchen-Fußnote mit sehr klein gedrucktem Text, in dem es unter anderem heißt: „Bei der Beteiligung wird der durchschnittliche Kaufpreis der ersten 5 Jahre als Anfangswert und der Durchschnitt der Wert in den letzten 5 Jahren vor Ablauf jeweils zum Quartalsende abzüglich einer Garantiegebühr als Endwert herangezogen.“ Dass die Garantiegebühr 19,27% beträgt, wird dort nicht mitgeteilt. Nach allem wäre ein durch ihre Mitarbeiterin [REDACTED] erteilter Hinweis auf andere Informationsunterlagen der Beklagten, auf den sich die Beklagte beruft, nicht geeignet gewesen, dem Kläger ausreichende Aufklärung zu verschaffen. Deshalb musste Frau [REDACTED] den Kläger im Einzelnen über den Abzug der Garantiegebühr aufklären. Dass ihre Mitarbeiterin diese Aufklärung geleistet hätte, legt die Beklagte nicht dar. Ihr Vortrag, Frau [REDACTED] habe den Kläger darüber informiert, dass es sich bei dem fraglichen Produkt um ein innovatives Investment handele, bei dem eine Kombination aus sogenannten Anlage- und Garantieprodukten wesensbestimmend sei und daneben noch Effekte einer Risikolebensversicherung und von Steuervorteilen genutzt werden könnten, enthält keine ansatzweise konkrete Darlegung, dass und gegebenenfalls mit welchen Erläuterungen Frau [REDACTED] sich zu dem Abzug der Garantiegebühr erklärt hätte. Hierauf haben der Senatsvorsitzende und nachfolgend der Berichterstatter den Beklagtenvertreter im Termin vom 3. Juli 2013 hingewiesen, was versehentlich nicht protokolliert worden ist. Die Beklagte hat daraufhin ihren Vortrag nicht nachgebessert. Sie hat somit bereits nicht dargelegt, dass ihre Mitarbeiterin den Kläger in dem Telefonat überhaupt über den Abzug einer Garantiegebühr von 19,27% im „Fall B“ informiert hätte. Möglicherweise hat die Beklagte mit dem unvollständigen Halbsatz am Ende des letzten Absatzes von Seite 6 der Klageerwiderung („wobei eine individuelle Modellrechnung auf Basis der ihr zur Verfügung stehenden aber nicht möglich“; Bl. 68 d.A.) geltend machen wollen, dass Frau [REDACTED] geäußert habe, ihr sei eine individuelle Modellrechnung für den Kläger nicht möglich. Dies wäre in jedem Fall unbehelflich, weil eine individuelle Modellrechnung keinesfalls Voraussetzung einer grundsätzlichen Information über den Abzug einer Garantiegebühr von 19,27% im „Fall B“ war. Mithin hat der Senat seiner Entscheidung zugrunde zu legen, dass eine solche Aufklärung nicht erfolgt ist und die Beklagte demnach ihre

Pflichten aus dem Beratungsvertrag verletzt hat, wobei ihr Verschulden vermutet wird.

Wie bereits ausgeführt worden ist, erweist sich die vom Kläger abgeschlossene fondsgebundene Lebensversicherung gerade wegen des Abzugs der Garantiegebühr im „Fall B“ für ihn als nicht voll brauchbar. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, welcher der Senat folgt, stellt bereits der Abschluss eines solchen Vertrags einen Vermögensschaden dar (BGH WM 1997, 2309 ff. Rn. 28 in juris). Diesen Vermögensschaden hat die Beklagte aus culpa in contrahendo durch Rückabwicklung des Versicherungsvertrags auszugleichen (vgl. BGH a.a.O.). Daher ist sie verpflichtet, dem Kläger einen Betrag in Höhe der von ihm geleisteten Prämien von 250.000 € zurückzuzahlen, Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus dem Versicherungsvertrag; § 255 BGB. Darüber hinaus hat der Kläger Anspruch auf den Ersatz der ihm aus einer anderweitigen Anlage der 250.000 € entgangenen Rendite, ebenfalls aus c.i.c in Verbindung mit § 252 BGB, wobei ihm zudem die Beweismaßerleichterung des § 287 ZPO zugute kommt.

Mit seinem Klage- und Berufungsantrag hat der Kläger nicht alleine die Zahlung der eingelegten 250.000 €, sondern darüber hinaus auch den Ersatz des behaupteten entgangenen Gewinns mit einer Abtretung der Rechte aus dem Versicherungsvertrag an die Beklagte verknüpft. Da abschließende Feststellungen über die Höhe des entgangenen Gewinns jedoch aus sogleich auszuführenden Gründen noch nicht getroffen werden können, ist der Rechtsstreit noch nicht, auch nicht wegen eines Teilbetrags von 250.000 €, zur Endentscheidung reif.

Der Kläger trägt nicht näher vor, welche alternative Anlage der 250.000 € er getätigt hätte, und beruft sich im Übrigen auf ältere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach gemäß § 252 BGB nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge jedenfalls die Erzielung einer Rendite in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes von 4% nach § 246 BGB vermutet werde. Indessen meint der Senat im Einklang mit der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht mehr mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann, dass sich ein zur Verfügung stehender Geldbetrag mindestens in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes vom 4% verzinst (vgl. BGH WM 2012, 1188 f. Rn. 18 in ju-

ris). Dem widerspricht bereits die allgemein bekannte Entwicklung der Anlagerenditen in neuerer Zeit. Vielmehr entspricht es nun schon nicht mehr dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, dass eine Anlage überhaupt eine Rendite abwirft (so auch BGH, a.a.O.).

Über die Höhe des dem Kläger durch eine anderweitige Anlage entgangenen Gewinns wird der Senat erst dann - erforderlichenfalls aufgrund des Ergebnisses einer Beweisaufnahme - entscheiden können, wenn der Kläger im Einzelnen dargelegt und unter Beweis gestellt hat, in welcher Weise und wann er die fünf Mal 50.000 € alternativ angelegt hätte und welche Rendite er damit hätte erzielen können. Erst dann wird geklärt sein, welchen Gesamtbetrag die Beklagte Zug um Zug gegen die Abtretung der Rechte aus der fondsgebundenen Lebensversicherung an den Kläger zu zahlen hat.

Ungeachtet dessen steht jedoch aus den dargelegten Gründen bereits jetzt fest, dass die Beklagte dem Grunde nach zu dieser Zug-um-Zug Leistung verpflichtet und die Klage daher dem Grunde nach gerechtfertigt ist. Unbeschadet des der Beklagten durch den Kläger mit der Fassung seines Klage- und Berufungsantrags zugestandenen Zurückbehaltungsrechts auch bezüglich des Ersatzes entgangenen Gewinns kann ein Grundurteil ergehen. Die gesetzlichen Voraussetzungen nach § 304 Abs. 1 ZPO liegen vor, weil die Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatz dem Grunde nach festgestellt werden kann, lediglich noch der zu leistende Schadensersatzbetrag weiterer Aufklärung bedarf und die vom Kläger zu erbringende Zug-um-Zug-Leistung bereits jetzt bestimmt ist. Schon das Reichsgericht hat ausgeführt, dass ein Zurückbehaltungsrecht den Anspruch als solchen unberührt lässt und erst im Betragsverfahren zu berücksichtigen ist (RGZ 123, 6, 7). Der Senat hält es unter prozessökonomischen Gesichtspunkten für angezeigt, vorab über den Grund des Klageanspruchs zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung ist dem Endurteil vorzubehalten, weil erst dann das Ausmaß des Obsiegens bzw. Unterliegens der Parteien feststeht (vgl. BGHZ 20, 397, 399). Auch über die Vollstreckbarkeit ist nicht im Grundurteil als Zwischenurteil zu erkennen, sondern erst im Endurteil (Musielak In: MünchKomm ZPO, 4. Aufl.2013,

§ 304 Rn. 11; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 304 Rn. 54; Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 304 Rn. 18).

Da sich der Senat im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung befindet, ist eine Zulassung der Revision nicht angezeigt.

Thessinga

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht

Schmitt-Michalowitz

Richterin am Oberlandesgericht

Dr. Rennig

Richter am Oberlandesgericht