

24 U 131/11

27 O 438/09 Landgericht Darmstadt

Verkündet laut Protokoll am  
5. Juli 2013

Grießmann, Justizangestellte als  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



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

In dem Rechtsstreit



Kläger und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte Witt, Adenauerplatz 8, 69115 Heidelberg,

g e g e n

**1. Clerical Medical Investment Group Limited**, Randwycksingel 35, 6229EG Maastricht, Niederlande, vertreten durch das Board of Directors (Vorstand), dieser vertreten durch die Vorsitzende, Frau Jo Dawson, 33 Old Broad Street, GB London EC2N 1HZ, Great Britain,

**2. Deutsche Kreditbank AG**, gesetzlich vertreten durch den Vorstand, Taubenstraße 7 - 9, 10117 Berlin,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte zu 1:  
Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte Latham & Watkins LLP,  
Warburgstraße 50, 20354 Hamburg,

Prozessbevollmächtigte zu 2:  
Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte Prof. Dr. Thümmel und Kollegen,  
Urbanstraße 7, 70182 Stuttgart,

hat der 24. Zivilsenat in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28.05.2013 durch die Richterin am Oberlandesgericht Winterer als Einzelrichterin für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 27. Zivilkammer des Landgerichts Darmstadt vom 31.03.2011 abgeändert:

1. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, den Kläger von den Verbindlichkeiten aus und im Zusammenhang mit dem mit der Deutschen Kreditbank AG (vormals Bayerische Landesbank) bestehenden Darlehensvertrag vom 08.11.2001 (Darlehensnummer [REDACTED] ehemals [REDACTED] bei der Bayerischen Landesbank) in Höhe von 25.564,59 € nebst Zinsen in Höhe von 4 % hieraus seit 16.03.2012 freizustellen.
2. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, an den Kläger 105.767,71 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über den Basiszinssatz hieraus seit 15.10.2009 zu zahlen.
3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 1) verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche nach dem 01.12.2009 weiter entstehenden Schäden zu ersetzen, die im Zusammenhang stehen mit dem mit der Beklagten zu 1) abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag (Policennummer [REDACTED]), dem mit der Deutschen Kreditbank AG abgeschlossenen Darlehensvertrag vom 08.11.2001 (Darlehensnummer [REDACTED] vormals [REDACTED] bei der Bayerischen Landesbank) und dem Wertpapierdepot bei der Bank of New York (Luxembourg) S. A.

(Depotnummer [REDACTED], vormals [REDACTED], insbesondere im Hinblick auf die weiteren vom Kläger geleisteten Einzahlungen.

4. Die Verurteilung der Beklagten zu 1) gemäß Ziffern 2, 3 und 4 erfolgt Zug um Zug gegen Freigabe und Herausgabe der Versicherungspolice der Beklagten zu 1) (Pollicennummer [REDACTED]) an die Beklagte zu 1).
5. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte zu 1) mit der Annahme gemäß Ziffer 4 in Annahmeverzug befindet.
6. Die Beklagte zu 1) wird ferner verurteilt, an den Kläger 3.318,53 € nebst Zinsen von fünf Prozentpunkten über den Basiszinssatz hieraus seit 03.02.2010 zu bezahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des ersten Rechtszugs haben die Gerichtskosten der Kläger und die Beklagte zu 2) jeweils zu 25% und die Beklagte zu 1) zu 50% zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten des Klägers trägt die Beklagte zu 1) zu 50%. Im Übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Von den Kosten des zweiten Rechtszugs haben die Gerichtskosten der Kläger und die Beklagte zu 2) jeweils zu 20 % und die Beklagte zu 1) zu 60% zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten des Klägers trägt die Beklagte zu 1) zu 60%. Im Übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Dieses und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des gegen sie durch den jeweiligen Vollstreckungsgläubiger vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn der Vollstreckende nicht seinerseits vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des Betrages leistet, dessen Vollstreckung er betreibt.

**Gründe:**

I.

Der Kläger verlangt von der Beklagten zu 1), einer englischen Lebensversicherung, Ersatz seines Vertrauensschadens wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Lebensversicherungsvertrages; hilfsweise begehrt er die Feststellung, dass die Beklagte zu 1) zur Vornahme von Auszahlungen aus dem Vertrag verpflichtet ist.

Die Beklagte zu 1) bietet eine Kapitallebensversicherung "Wealthmaster" an, bei der mit einer Einmalzahlung Anteile an einem "Pool mit garantiertem Wertzuwachs" erworben werden. Die Beklagte zu 1) "garantiert" den Anlegern, dass der Wert des einzelnen Poolanteils nicht fallen kann. Der Vertragswert des Anlegers ist das Produkt aus der Anzahl der ihm zugewiesenen Poolanteile und dem Anteilswert. Das den verschiedenen Pools der Beklagten zu 1) zugrunde liegende Gesamtvermögen wird von der Beklagten zu 1) als Teil ihres Lebensversicherungsfonds am Aktienmarkt investiert. Im Rahmen des sogenannten Glättungsverfahrens ("smoothing") überführt sie einen Teil der durch die Investitionen der Vermögenswerte erzielten Rendite in Rückstellungen und gibt nur den verbleibenden Teil während der Vertragslaufzeit in Form des garantierten Wertzuwachses und gegebenenfalls durch - nicht garantierte - Fälligkeitsboni an die Anleger weiter. An den gebildeten Reserven können die Anleger auch am Ende der Vertragslaufzeit durch einen Fälligkeitsbonus beteiligt werden, der dem Wert der Anteile hinzugerechnet wird.

Diese Lebensversicherung war vorliegend Bestandteil des Anlagemodells "Europlan", das als weitere Bestandteile die Darlehensfinanzierung der Einmalzahlung und die Investition in einen Investmentfonds beinhaltet. Der "Europlan" wurde u.a. von der Firma [REDACTED] und deren Untervermittlern vertrieben.

Geworben durch den Vermittler [REDACTED] unterschrieb der Kläger am 22.07.2000 den Europlan und beauftragte die [REDACTED] mit der Finanzierungsvermittlung bzgl. eines Darlehens in Höhe von 250.000 DM. Ebenfalls am 22.07.2000 unterzeichnete er den Antrag auf Abschluss einer Kapitallebensversicherung bei der Beklagten zu 1) mit einem Einmalbetrag von 250.000 DM (127.822,97 €). Er erwarb damit Anteile an einem von der Beklagten zu 1) gebildeten und verwalteten Pool (Poolserie 5.02). Versicherungsbeginn war der 27.12.2000, die Laufzeit der Police beträgt 61 Jahre und endet am 27.12.2061.

Zur Finanzierung des Einmalbetrags schloss er im Dezember 2000 bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 2) (Bayerische Landesbank) einen Darlehensvertrag über ein Darlehen von 250.000 DM ab. Seine Ansprüche aus dem Lebensversicherungsvertrag trat er zur Sicherheit an die Kreditgeberin ab. Zusätzlich eröffnete der Kläger bei der NORAMCO Asset Management S.A. ein Depot und zahlte auf einen Fondsparvertrag monatliche Raten von 750,00 DM (383,47 €) ein. Das Darlehen sollte nach 15 Jahren zum Fälligkeitszeitpunkt durch den Verkaufserlös aus dem Investmentfondsdepot getilgt werden. Die Ansparsumme des Investmentkontos wurde vom Kläger im Rahmen eines Ratensparplans erbracht. Nach Rückführung des Darlehens sollten dem Kläger die Leistungen aus der Kapitallebensversicherung der Beklagten zu 1) als monatliche Rente oder als Einmalauszahlung zugutekommen.

Im Versicherungsschein waren halbjährliche Auszahlungen für die Dauer von insgesamt 40 Jahren festgelegt und zwar in Höhe von 8.750,00 DM vom 05. September 2001 bis zum 05. September 2015, in Höhe von 11.620,00 DM vom 05. März 2016 bis zum 05. September 2040 sowie eine einmalige Auszahlung zum 05.03.2001 in Höhe von 3.500,00 DM.

Die Beklagte zu 1) nahm zunächst die Auszahlungen gemäß Versicherungsschein vor, reduzierte jedoch zur Deckung dieser Auszahlungen die Anzahl der dem Kläger zugewiesenen Poolanteile, so dass der Vertragswert der Versicherung sank. Sie übersandte dem Kläger jährlich Kontoauszüge, aus denen sich unter anderem der deklarierte Wertzuwachs und der jeweils aktuelle Vertragswert ergaben.

Der Kläger behauptet, ihm sei von dem Untervermittler ██████████ versprochen worden, dass eine Rendite von durchschnittlich 8,5% erzielt werde. Außerdem sei er unter anderem über die Marktpreisanpassungen, das "Glättungsverfahren" und die Quersubventionierung aller Versicherungsnehmer aus den gebildeten Reserven nicht aufgeklärt worden. Das Verhalten des Untervermittlers sei der Beklagten zu 1) zuzurechnen, da sie den Vertrieb ihrer Lebensversicherungen in Deutschland vollständig auf Masterdistributoren und Untervermittler ausgelagert habe. Er sei daher so zu stellen, als sei es zu der Beteiligung am "Europlan" nicht gekommen.

Darüber hinaus sieht er sich durch die Beklagte zu 1) dadurch arglistig getäuscht, dass sie mit tatsächlich nicht erzielten Vergangenheitsrenditen geworben habe.

Die Beklagte zu 1) behauptet, sie habe den Europlan weder entwickelt noch beworben oder angeboten. Sie vertritt daher die Auffassung, dass ihr ein etwaiges Verschulden des Vermittlers nicht zuzurechnen sei. Im Übrigen sei der Kläger von dem Vermittler ██████████ umfassend über die Risiken und die Funktionsweise des Europlan aufgeklärt worden. Die Schadensersatzansprüche des Klägers seien jedenfalls verjährt, da dem Kläger spätestens im Jahr 2004 aufgrund der jährlichen Zusendung der Kontoauszüge bekannt gewesen sei, dass die für sein Anlagekonzept erforderliche Rendite nicht erzielt werde.

Die regelmäßigen Auszahlungen nach den Policenbedingungen und der Verbraucherinformation hätten unter dem Vorbehalt einer ausreichenden Kapitaldeckung durch die Poolanteile gestanden, so dass der Kläger auch keinen Anspruch auf die Auszahlungen habe.

Wegen der weiteren Feststellungen und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils (Bl. 690 ff. d. A.) verwiesen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, da mögliche Ansprüche des Klägers verjährt seien. Der Kläger habe spätestens im Jahr 2005 Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen erlangen müssen.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, mit dem er im Wesentlichen sein erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt.

Der Kläger wiederholt und vertieft seine erstinstanzliche Argumentation. Wegen der Einzelheiten seines Vortrages wird auf die Berufungsbegründung vom 29.07.2011 (Bl. 799 d. A.), die Schriftsätze vom 17.01.2012 (Bl. 1029 d. A.) und vom 17.12.2012 (Bl. 1203 d. A.) und die weiteren zweitinstanzlichen Schriftsätze verwiesen.

Der Kläger verlangt die Erstattung der von ihm für den "Europlan" erbrachten Aufwendungen und die Freistellung von seinen Darlehensverbindlichkeiten, die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten zu 1) für weitere Schäden sowie Ersatz seiner vorprozessualen Rechtsanwaltskosten.

Der Kläger hat im Jahr 2012 das sich ursprünglich auf 193.050,19 CHF (damals 127.822,97 € zzgl. Zinsen) belaufende Darlehen durch Zahlung von 127.868,97 € an die Beklagte zu 2) abgelöst. Davon stammten 64.485,99 € aus dem Erlös der Verwertung des streitgegenständlichen Investmentfonds, die restlichen 63.382,98 € hat der Kläger aufgebracht.

Das Darlehen valutiert nach einer vergleichswisen Regelung mit der Beklagten zu 2) noch in Höhe von 25.564,59 € (Bl. 1224, 1226 d. A.).

Der Kläger hat seine auf den Europlan erbrachten Aufwendungen in der Berufungsinstanz wie folgt beziffert:

Darlehensraten 64.293,27 € (bis Dezember 2009),

Sparraten 44.364,58 € (bis Dezember 2009),

Vermittlungsprovision 6.391,15 €,

Steuerberater 837,05 €,

Ablöse Darlehen 63.382,98 €, mithin insgesamt 179.269,03 €.

Davon abzuziehen seien ihm seiner Auffassung nach lediglich die erhaltenen Ausschüttungen in Höhe von 67.238,20 € bis zum Jahr 2009, so dass ihm ein Zahlungsanspruch von 112.030,83 € zustünde.

Der Einzelheiten seines Vortrages wegen wird auf die Berufungsbegründung vom 29.07.2011 (Bl. 759 ff d. A.) und die weiteren zweitinstanzlichen Schriftsätze Bezug genommen.

Der Kläger hatte mit der Berufungsbegründung zunächst beantragt, das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 31.03.2011 aufzuheben und zur erneuten Verhandlung an das Landgericht Darmstadt zurückzuverweisen.

Hilfsweise hatte er folgende Anträge gestellt:

1. Das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 31.03.2011 wird wie folgt abgeändert:
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 1) verpflichtet ist, den Kläger von den Verbindlichkeiten aus dem mit der Bayerischen Landesbank / Deutschen Kreditbank bestehenden Darlehensvertrag vom 08.11.2001 (Darlehensnummer [REDACTED] vormals [REDACTED] bei der Bayerischen Landesbank) freizustellen.
3. Es wird festgestellt, dass der Beklagten zu 2) aus dem Darlehensvertrag vom 08.11.2001 (Darlehensnummer [REDACTED], vormals [REDACTED] bei der Bayerischen Landesbank) keine Ansprüche mehr gegen den Kläger zustehen.
4. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 58.067,38 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über den Basiszinssatz zu zahlen, die Beklagte zu 1) hieraus seit 15.10.2009, die Beklagte zu 2) hieraus seit 20.11.2009.
5. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, dem Kläger sämtliche nach dem 01.12.2009 weiter entstehenden Schäden zu ersetzen, die im Zusammenhang stehen mit dem mit der Beklagten zu 1) abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag (Pollicennummer [REDACTED]), dem mit der Deutschen Kreditbank AG abgeschlossenen Darlehensvertrag vom 08.11.2001 (Darlehensnummer [REDACTED] vormals [REDACTED] bei der Bayerischen Landesbank) und dem Wertpapierdepot bei der Bank of New York (Luxembourg) S. A. (Depotnummer [REDACTED], vormals [REDACTED]), insbesondere im Hinblick auf die weiteren vom Kläger geleisteten Einzahlungen.
6. Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, dem Kläger sämtliche nach dem 01.12.2009 weiter entstehenden Schäden zu ersetzen, die im Zusammenhang stehen mit dem mit der Beklagten abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag (Pollicennummer [REDACTED]), und dem Wertpapierdepot bei der [REDACTED]



(Depotnummer [REDACTED]), insbesondere im Hinblick auf die weiteren vom Kläger zu leistenden Einzahlungen. Des Weiteren wird die Beklagte zu 2) verurteilt, dem Kläger sämtliche auf das Darlehen vom 08.11.2001 (Darlehensnummer [REDACTED], vormals [REDACTED] bei der Bayerischen Landesbank) nach dem 01.12.2009 weiter geleisteten Zahlungen an diesen zurück zu erstatten.

7. Die Verurteilung der Beklagten zu 1) gemäß den Anträgen Ziffer 3, 4 und 5 erfolgt Zug um Zug gegen Abtretung der gegen die Beklagte zu 2) gerichteten Ansprüche des Klägers auf Freigabe und Rückabtretung der Ansprüche aus dem mit der Beklagten zu 1) bestehenden Versicherungsvertrag (Policennummer [REDACTED]), sowie auf Freigabe und Rückabtretung der Ansprüche aus dem Wertpapierdepot bei der [REDACTED] (Depotnummer [REDACTED]).
8. Die Verurteilung der Beklagten zu 2) gemäß den Anträgen Ziffer 2, 4 und 5 erfolgt Zug um Zug gegen Abtretung der gegen die Beklagte zu 2) gerichteten Ansprüche des Klägers auf Freigabe und Rückabtretung der Ansprüche aus dem mit der Beklagten zu 1) bestehenden Versicherungsvertrag (Policennummer [REDACTED]), sowie auf Freigabe und Rückabtretung der Ansprüche aus dem Wertpapierdepot bei der [REDACTED] (Depotnummer [REDACTED]).
9. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagten in Annahmeverzug befinden.
10. Die Beklagte zu 1) wird ferner verurteilt, an den Kläger 5.426,40 € nebst Zinsen von fünf Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
11. Die Beklagte zu 2) wird ferner verurteilt, an den Kläger 5.426,40 € nebst Zinsen von fünf Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Die gegen die Beklagte zu 2) eingelegte Berufung hat der Kläger mit Schriftsatz vom 16.04.2012 (Bl. 1173 d. A.) zurückgenommen, nachdem er sich mit dieser außergerichtlich geeinigt hatte.

Der Kläger beantragt mit zuletzt gestelltem Antrag,

das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 31.03.2011, soweit die Klage gegen die Beklagte zu 1) abgewiesen wurde, aufzuheben und zur erneuten Verhandlung an das Landgericht Darmstadt zurückzuverweisen.

Mit Hilfsantrag zu 1) stellt der Kläger hilfsweise folgende Anträge:

1. Das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 31.03.2011 wird wie folgt abgeändert:
2. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, den Kläger von den Verbindlichkeiten aus und im Zusammenhang mit dem mit der Deutschen Kreditbank AG (vormals Bayerische Landesbank) bestehenden Darlehensvertrag vom 08.11.2001 (Darlehensnummer [REDACTED], ehemals [REDACTED] bei der Bayerische Landesbank) in Höhe von 25.564,59 € nebst Zinsen in Höhe von 4 % hieraus seit 16.03.2012 freizustellen.
3. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, an den Kläger 112.030,83 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über den Basiszinssatz hieraus seit 15.10.2009 zu zahlen.
4. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 1) verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche nach dem 01.12.2009 weiter entstehende Schäden zu ersetzen, die im Zusammenhang stehen mit dem mit der Beklagten zu 1) abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag (Policennummer [REDACTED]), dem mit der Deutschen Kreditbank AG abgeschlossenen Darlehensvertrag vom 08.11.2001 (Darlehensnummer [REDACTED], vormals [REDACTED] bei der Bayerischen Landesbank) und dem Wertpapierdepot bei der [REDACTED] S. A. (Depotnummer [REDACTED], vormals [REDACTED]), insbesondere im Hinblick auf die weiteren vom Kläger geleisteten Einzahlungen.
5. Die Verurteilung der Beklagten gemäß Ziffern 2,3 und 4 erfolgt Zug um Zug gegen Freigabe und Herausgabe der Versicherungspolice der Beklagten zu 1) (Policennummer [REDACTED]) an die Beklagte zu eins.
6. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme gemäß Ziffer 5 in Annahmeverzug befindet.

7. Die Beklagte zu 1) wird ferner verurteilt, an den Kläger 5.426,40 € nebst Zinsen von fünf Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Mit für den Fall des fehlenden Erfolges des Hilfsantrags zu 1) gestelltem Hilfsantrag zu 2) beantragt der Kläger,

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, regelmäßige Auszahlungen vorzunehmen, wie im Versicherungsschein Nr. [REDACTED] der bei der Beklagten abgeschlossenen Lebensversicherung „Wealthmaster Noble“ angegeben, nämlich ab dem 05.03.2013 bis 05.09.2015 halbjährlich in Höhe von jeweils 4.473,80 €, ab dem 05.03.2016 bis 05.09.2040 halbjährlich in Höhe von jeweils 5.941,21.

Die Beklagte zu 1) beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil und wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag.

Sie ist der Auffassung, dass ein etwaiger Schadensersatzanspruch des Klägers jedenfalls um seine unstreitigen Steuervorteile von 28.598,18 € zu kürzen seien. Ferner habe der Kläger in den Jahren 2001 bis 2009 Ausschüttungen in Höhe von 73.501,312 € erhalten, bis 02.01.2013 seien ihm sogar Ausschüttungen in Höhe von 100.344,13 € ausgezahlt worden, die ebenfalls abzuziehen seien.

Der Einzelheiten ihres Vortrages wegen wird auf die Berufungserwiderung vom 10.10.2011 (Bl. 849 ff d. A.) und die weiteren zweitinstanzlichen Schriftsätze Bezug genommen.

## II.

Die Berufung ist zulässig und hinsichtlich des Hilfsantrags zu 1) überwiegend begründet, im Übrigen ist sie unbegründet.

Die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung an das an das erstinstanzliche Gericht nach § 538 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor, insbesondere ist keine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig (§ 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), weshalb über den Hilfsantrag zu 1) zu entscheiden war.

#### I. Aktivlegitimation:

Der Kläger ist aktivlegitimiert. Zwar hatte er zur Sicherung des Rückzahlungsanspruchs aus dem von ihm bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 2) aufgenommenen Darlehen dieser die Ansprüche aus der bei der Beklagten zu 1) abgeschlossenen Lebensversicherung abgetreten (Anlage K 11 b, Anlagenband I). Die Abtretung umfasste die gegenwärtigen und künftigen Rechte des Klägers aus dem vorgenannten Versicherungsvertrag; dies waren entgegen der Auffassung des Landgerichts aber nicht die Ansprüche aus vorvertraglichen Pflichtverletzungen. Der Wortlaut dieser Abtretung entspricht der Sicherungsvereinbarung in Ziffer VII des Darlehensvertrags (Anlage K 11, Anlagenband I), wonach das Darlehen durch „Abtretung sämtlicher Rechte und Ansprüche aus der bei der Clerical Medical Investment Group Ltd. neu abzuschließenden Lebensversicherung“ gesichert wird.

Der vorliegend geltend machte Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen wurde von der Abtretung der Ansprüche aus dem Lebensversicherungsvertrag an die Beklagte zu 2) als Kreditgeberin nicht erfasst.

Die Abtretungsvereinbarung wurde erkennbar unter Verwendung eines standardisierten Formulars der Kreditgeberin erstellt, in das lediglich die Vertragsparteien sowie die konkrete Bezeichnung der Versicherungsgesellschaft und des Kreditvertrages eingefügt wurden, so dass es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des hier anwendbaren (Art 229 § 5 EGBGB) § 1 AGBG handelt. Die Klausel ist daher nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden wird, wobei die Verständnismöglichkeit des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen ist (BGH

st. Rspr., u. a. Urteil vom 11.07.2012, IV ZR 286/12, WM 2012, 1579). Zur Bestimmung des Umfangs einer Sicherungsabtretung sind dabei neben dem Wortlaut der abgegebenen Erklärungen die Parteiinteressen und der Zweck des Rechtsgeschäfts zu berücksichtigen. Nach dem Wortlaut der Abtretungsvereinbarung sind „die gegenwärtigen und künftigen Rechte aus dem Versicherungsvertrag“ abgetreten, wobei die Abtretung für den Erlebensfall nur die Ansprüche der Bank auf Rückzahlung des tatsächlichen Nettokreditbetrags (=tatsächlich von der Bank überwiesener Betrag) sichert.

Schadensersatzansprüche sind nicht erwähnt. Die Formulierung und die Begrenzung auf den Nettokreditbetrag lassen darauf schließen, dass die Parteien eine Abtretung der Leistungsrechte im Blick hatten, die sich aus dem Lebensversicherungsvertrag ergeben, denn Sinn und Zweck der hier vorliegenden Sicherungszession war es, eine Rückführung des Darlehens aus der Versicherungssumme zu gewährleisten.

Der Kläger verlangt hingegen, so gestellt zu werden als hätte er den Lebensversicherungsvertrag nicht geschlossen. Dieser auf Rückabwicklung des Vertrages gerichtete Anspruch hat eine andere Ursache und ein anderes Ziel als Ansprüche, deren Rechtsgrund in der Durchführung des Lebensversicherungsvertrages liegt, und ist daher vom Wortlaut der Abtretungsvereinbarung nicht erfasst (BGH aaO mwN).

Auch unter Berücksichtigung der Parteiinteressen ergibt sich aus der Vereinbarung nicht, dass der Kläger und die Kreditgeberin Schadensersatzansprüche aus vorvertraglicher Pflichtverletzung auf Ersatz des negativen Interesses mit übertragen wollten. Diese Ansprüche gehen über den Anspruch auf Freistellung von den Verbindlichkeiten gegenüber der Zessionarin und damit auch über den Sicherungszweck hinaus, erfassen insbesondere die Eigenaufwendungen des Klägers für den Einmalbetrag, die Bearbeitungsgebühr und den Fondssparplan. An der Erstattung dieser Aufwendungen hat allein der Kläger ein rechtliches Interesse.

## II. Schadensersatzanspruch:

Dem Kläger steht ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1 S. 1, 241 Abs. 2, 311 BGB aus einer Aufklärungspflichtverletzung bei den Vertragsverhandlungen zu.

1.

Das Verhalten des Untervermittlers [REDACTED] ist der Beklagten zu 1) nach § 278 BGB zuzurechnen. Übernimmt ein Vermittler mit Wissen und Wollen einer Vertragspartei Aufgaben, die typischerweise ihr obliegen, steht der Vermittler - unabhängig von seiner etwaigen Selbständigkeit und einer Tätigkeit auch für den Vertragspartner - in ihrem Lager, wird in ihrem Pflichtenkreis tätig und ist als ihre Hilfsperson zu betrachten. Eine solche umfassende Aufgabenübertragung ist hier gegeben. Die Beklagte zu 1) hat ihre Lebensversicherung „Wealthmaster“ unter Verzicht auf ein eigenes Vertriebssystem (Klageerwiderung Seite 30, Bl. 245 d. A., Schriftsatz vom 26.01.2011, Bl. 479 d. A.) im Rahmen eines so genannten Strukturvertriebs über rechtlich selbständige Vermittler, die ihrerseits Untervermittler eingesetzt haben, veräußert, ohne selbst mit den Kunden in Kontakt zu treten. Sie hat es also diesen Vermittlern überlassen, den Versicherungsinteressenten die Angebote der Beklagten nahezubringen, ihnen dabei die notwendigen Auskünfte zum Vertragsinhalt und zum angebotenen Versicherungsprodukt zu geben, auftauchende Fragen hierzu zu beantworten und die Verhandlungen bis zum Abschluss zu führen (BGH, Urteile vom 11.07.2012, aaO).

Daher bleiben auch die von der Beklagten zu 1) im Schriftsatz vom 07.01.2013 (Bl. 1293 ff d. A.) erhobenen Einwände gegen eine Zurechnung und zur Rolle der EMF AG ohne Erfolg, denn dieser Vortrag ändert nichts daran, dass die Beklagte zu 1) die Aufklärung des Klägers ihrer Vermittlerin - der EMF AG - überließ. Denn darin liegt die Unterlassung gebotener Aufklärung durch die Beklagte zu 1) selbst. Diese begründet - auch ohne Zurechnung über § 278 BGB - deren Haftung. Wären die Angaben des für die [REDACTED], tätigen Zeugen [REDACTED] der Beklagten zu 1) nicht zuzurechnen, bliebe es dabei, dass die Beklagte zu 1) die ihr obliegende Aufklärung nicht geleistet hat, denn nach ihrem Vortrag hat sie den Kläger jedenfalls nicht anderweitig informiert. Damit begründet schon die unterlassene Aufklärung der Beklagten zu 1) über die aufklärungspflichtigen Umstände ihre Haftung.

2.

Eine Aufklärungspflichtverletzung ergibt sich vorliegend schon auf der Grundlage des als unstreitig anzusehenden Sachverhalts, so dass es auf eine Beweisaufnahme durch Vernehmung des Zeugen [REDACTED] nicht ankommt.

a)

Der Abschluss der streitgegenständlichen kapitalbildenden Lebensversicherung stellt sich bei wirtschaftlicher Betrachtung als Anlagegeschäft dar. Gegenüber der Renditeerwartung war die Versicherung des Todesfallrisikos von untergeordneter Bedeutung. Dies zeigt sich schon daran, dass die garantierte Todesfalleistung nur "101,00% des Rücknahmewertes von Einheiten/Anteilen" beträgt. Die Beklagte zu 1) war daher nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Aufklärung bei Anlagegeschäften verpflichtet, den Kläger bereits im Rahmen der Vertragsverhandlungen über alle Umstände verständlich und vollständig zu informieren, die für seinen Anlageentschluss von besonderer Bedeutung waren. Das gilt insbesondere für die mit der angebotenen Beteiligungsform verbundenen Nachteile und Risiken (vgl. BGH, Urteile vom 11.07.2012, IV ZR 151/11, Rz. 50 und IV ZR 164/12, Rz. 53, zitiert nach juris mwN).

Soweit die Beklagte zu 1) im Schriftsatz vom 07.01.2013 (Seite 5 ff, Bl. 1282 ff d. A.) anhand verschiedener Kriterien aufzuzeigen sucht, dass es sich bei den von ihr angebotenen Kapitallebensversicherungsverträgen tatsächlich um Versicherungsverträge handelt, geht ihr Angriff ins Leere. Durch die Feststellung, es handele sich bei der streitgegenständlichen kapitalbildenden Lebensversicherung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise um ein Anlagegeschäft, wird dieser der Charakter eines Versicherungsvertrages nicht abgesprochen. Vielmehr wird damit lediglich zum Ausdruck gebracht, dass mit dem Abschluss des Versicherungsvertrages wirtschaftlich das Ziel der Kapitalbildung verfolgt wird und diese Zielsetzung gegenüber der Absicherung des Todesfallrisikos überwiegt.

Die Beklagte zu 1) kann dem auch nicht mit Erfolg unter Verweis auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12. Oktober 2005 (IV ZR 162/03, NJW 2005, 3559 ff.) begegnen, aus der sich nach ihrer Auffassung ergibt, dass für Lebensversicherungen die Vorschriften des Kapitalanlagerechts nicht gelten. Die von der Beklagten zu 1) in Bezug genommene Entscheidung betrifft die Frage, ob

§ 172 Abs. 2 VVG auch auf kapitalbildende Lebensversicherungen anwendbar ist. In diesem Zusammenhang ist der Bundesgerichtshof der in der Literatur vereinzelt vertretenen Auffassung, der Kapitalteil der Lebensversicherung sei vom Risikoteil abzuspalten, wie andere Kapitalanlagen zu behandeln und den dafür geltenden Vorschriften zu unterwerfen, entgegen getreten. Hierum geht es vorliegend nicht. Im Übrigen wendet der Bundesgerichtshof in den Entscheidungen vom 11. Juli 2012, die das Versicherungsprodukt der Beklagten zu 1) betreffen, auch keine „Vorschriften des Kapitalanlagerechts“ auf Lebensversicherungen an, sondern greift nur für den Umfang der Aufklärungspflichten auf die für Kapitalanlagen geltenden Grundsätze zurück. Dieser Gedanke ist dem Versicherungsrecht nicht fremd. Auch nach § 6 Abs. 1 VVG n.F. treffen den Versicherer produktbezogene Beratungspflichten, die sich insbesondere aus der Komplexität der angebotenen Versicherung ergeben können (OLG Köln, Urteil vom 05.10.2012, 20 U 71/11, Rz. 67 ff, juris).

Soweit die Beklagte zu 1) weiter die Feststellung des Bundesgerichtshofs angreift, die Todesfalleistung des streitgegenständlichen Lebensversicherungsvertrages sei „von untergeordneter Bedeutung“, verkennt sie deren Aussagegehalt, denn damit wird nicht zum Ausdruck gebracht, es handele sich „um eine untergeordnete Versicherungsleistung“. Vielmehr führt ein Vergleich der Renditeerwartung mit der Todesfalleistung zu dem Ergebnis, dass die Versicherung des Todesfallrisikos gegenüber der Renditeerwartung von untergeordneter Bedeutung war. Hinzu kommt, dass Ziel der gesamten Anlage die Nutzung von Zinsdifferenzen war, die sich aus der Rendite aus der Lebensversicherung und dem Investmentfonds einerseits und dem Darlehen andererseits ergeben, so dass sich die bei der Beklagten zu 1) abgeschlossene Lebensversicherung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Kapitalanlage darstellt.

Entgegen der Auffassung der Beklagten zu 1) ist die Annahme des Bundesgerichtshofs, sie sei zur Aufklärung des Versicherungsnehmers nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Aufklärung bei Anlagegeschäften verpflichtet, auch nicht mit Europarecht, insbesondere Art. 31 Abs. 3 der RL 92/96EWG, unvereinbar. Art. 31 Abs. 3 der RL 92/96EWG betrifft die Berechtigung des einzelnen Mitgliedsstaates, von einem



Versicherungsunternehmen die Vorlage von Angaben zusätzlich zu den in Anhang II der RL 92/96EWG genannten Auskünften zu verlangen. Hierum geht es im Streitfall nicht. Im Übrigen ergibt sich aus Art. 31 Abs. 1 der RL 92/96EWG, dass es sich bei den in Anhang II aufgeführten Angaben um diejenigen handelt, die dem Versicherungsnehmer mindestens vor Abschluss des Versicherungsvertrages mitzuteilen sind. Dies schließt eine Verpflichtung des Versicherungsunternehmens zur Aufklärung über weitere für den Vertragsschluss bedeutsame Umstände gerade nicht aus. Demgemäß entsprach es bereits vor den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 11. Juli 2012 bezüglich des Versicherungsprodukts der Beklagten gängiger Rechtsprechung, dass ein Versicherungsunternehmen zur richtigen und vollständigen Information über alle Umstände verpflichtet ist, die für den Abschluss des Versicherungsvertrages (erkennbar) von besonderer Bedeutung sind (OLG Köln, Urteil vom 05.10.2012, 20 U 71/11, Rz. 67 ff, juris).

Die Beklagte zu 1) war daher nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Aufklärung bei Anlagegeschäften verpflichtet, den Kläger bereits im Rahmen der Vertragsverhandlungen über alle Umstände verständlich und vollständig zu informieren, die für seinen Anlageentschluss von besonderer Bedeutung waren. Dies gilt insbesondere für die mit der angebotenen Beteiligungsform verbundenen Nachteile und Risiken (BGH, Urteile vom 11. Juli 2012).

Dieser Verpflichtung ist sie nicht nachgekommen; denn der Kläger ist nicht hinreichend über die poolübergreifende Reservenbildung, das Glättungsverfahren und die Renditeerwartung der Beklagten zu 1) informiert worden.

b)

Erstinstanzlich war unstreitig, dass der Kläger nur durch die in den Versicherungsunterlagen bzw. -bedingungen, dem Anlageprospekt und der Musterberechnung enthaltenen Informationen aufgeklärt wurde (so die Beklagte zu 1), Klageerwiderung S. 18 ff, Bl. 233 ff d. A., Schriftsatz vom 26.01.2011 S. 5 ff, Bl. 3, 462 ff d. A.). Eine darüber hinaus gehende Aufklärung über die Risiken des Europlans sollte nach dem Vortrag der Beklagten zu 1) aus dem

Beratungsprotokoll ersichtlich und in den schriftlichen Risikohinweisen zu Darlehen und Investmentfonds enthalten sein.  
Darüber hinausgehende mündliche Hinweise und Aufklärung durch den Zeugen [REDACTED] hat die Beklagte zu 1) erstinstanzlich nicht behauptet.

Da die Beklagte zu 1) über die Bezugnahme auf die genannten Unterlagen und auf das Beratungsprotokoll hinaus erstinstanzlich nichts zum Inhalt der mündlichen Erläuterungen durch den Zeugen [REDACTED] vorgetragen und dazu auch keinen Beweis angeboten hat, ist die Frage, ob die Beklagte zu 1) die ihr obliegenden Aufklärungspflichten erfüllt hat, nach dem Inhalt der Versicherungs- und sonstigen Unterlagen und des Beratungsprotokolls zu beurteilen.

Dies gilt auch zweitinstanzlich. Zwar hat die Beklagte zu 1) unter Würdigung der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom 11.07.2012 mit Schriftsatz vom 07.01.2013 (insbesondere S. 11 ff, S. 40 ff, Bl. 1288 ff und 1317 ff d. A.) behauptet, der Kläger sei von dem Vermittler auch über die vom Bundesgerichtshof beanstandeten Umstände (u. a. prognostizierte Renditeentwicklung, Glättungsverfahren), aufgeklärt worden, und hat sich die Beklagte zu 1) für diese Behauptungen auf das Zeugnis des Vermittlers [REDACTED], der Ehefrau des Klägers und auf die Parteivernehmung des Klägers berufen. Der Kläger hat diese Behauptungen im Schriftsatz vom 14.01.2013 (Bl. 1352 d. A.) bestritten und als verspätet gerügt.

Sowohl der genannte Vortrag als auch die Beweisangebote sind neu in zweiter Instanz und nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO zu berücksichtigen.  
Nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsverfahren zuzulassen, wenn sie einen rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt betreffen, der von dem Gericht des ersten Rechtszugs erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten und aus einem von diesem mit zu verantwortenden Grund in erster Instanz nicht geltend gemacht worden ist. Die Parteien müssen in diesem Fall Gelegenheit erhalten, sich auf die gegenüber der Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts abweichende rechtliche Beurteilung durch das Berufungsgericht einzustellen und deshalb erforderlich gewordene neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen. Das bedeutet aber nicht, dass eine

in erster Instanz siegreiche Partei stets berechtigt wäre, sich in der Berufungsinstanz auf zuvor nicht geltend gemachte Angriffs- oder Verteidigungsmittel zu stützen. Der Zulassungsgrund des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO kommt nämlich nur zum Tragen, wenn ein Gesichtspunkt entweder von allen Verfahrensbeteiligten übersehen worden ist oder wenn das Gericht erster Instanz schon vor Erlass seines Urteils zu erkennen gegeben hat, dass es einen bestimmten Gesichtspunkt für unerheblich erachtet. Das folgt daraus, dass § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO nur unter der weiteren, ungeschriebenen Voraussetzung Anwendung findet, dass die (objektiv fehlerhafte) Rechtsansicht des Gerichts den erstinstanzlichen Sachvortrag der Partei beeinflusst hat und daher, ohne dass deswegen ein Verfahrensfehler gegeben wäre, mitursächlich dafür geworden ist, dass sich Parteivorbringen in das Berufungsverfahren verlagert (BGH, Urteil vom 17. Januar 2012 – XI ZR 457/10 –, juris mwN).

Nach diesen Maßgaben ist das neue Vorbringen der Beklagten zu 1) zurückzuweisen. Der Kläger hat die geltend gemachten Ansprüche stets auf eine Aufklärungspflichtverletzung gestützt und sich auf die unzureichende Beratung des Zeugen [REDACTED] u. a. zu der Renditeerwartung und dem Glättungsverfahren berufen. Für die Beklagte zu 1) bestand daher Anlass, hierzu bereits in erster Instanz vorzutragen. Dass das Landgericht den Anspruch letztendlich als verjährt angesehen und die Klage abgewiesen hat, ändert daran nichts (BGH, Urteil vom 17. Januar 2012 – XI ZR 457/10 –, juris mwN), zumal sich dem Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 10.02.2011 (Bl. 284 d. A.) keine Verengung der Erörterung auf den Gesichtspunkt der Verjährung unter Ausklammerung der übrigen rechtlichen Aspekte entnehmen lässt.

Das Landgericht war auch nicht gehalten, bei der Beklagten zu 1) durch einen entsprechenden Hinweis auf weiteren Vortrag zu den Inhalten des Beratungsgesprächs hinzuwirken, da diese in der Klagerwiderung (S. 30, Bl. 245 d. A.) erklärt hatte, über die genauen Umstände oder etwaige Zusicherungen Dritter, die dem Abschluss des streitgegenständlichen Lebensversicherungsvertrags vorangegangen seien, mangels eigener Kenntnis keine Angaben machen zu können.

Das neue Vorbringen der Beklagten zu 1) ist auch nicht nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO zu berücksichtigen. Danach sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel zuzulassen, wenn ihre Geltendmachung in erster Instanz nicht aus Nachlässigkeit der Partei unterblieben ist. Maßgebend ist, ob das (neue) Vorbringen bei der gebotenen Sorgfalt bereits in erster Instanz hätte erfolgen können. Bei dieser Prüfung dürfen die Anforderungen zwar nicht überspannt werden, jedoch ist auch auf den Zweck der Bestimmung des § 531 Abs. 2 ZPO Bedacht zu nehmen, dass der entscheidungsrelevante Sach- und Streitstoff bereits in erster Instanz vollständig unterbreitet werden soll (BGH aaO mwN). Nach dieser Maßgabe beruhte das neue Vorbringen der Beklagten zu 1) auf Nachlässigkeit, weil sie - wie oben dargelegt - bereits in erster Instanz zum Inhalt des Beratungsgesprächs, sollte dieser über den Inhalt der schriftlichen Unterlagen hinaus gegangen sein, hätte vortragen müssen.

c)

Daher ist die Frage, ob die Beklagte zu 1) die ihr obliegenden Aufklärungspflichten erfüllt hat, nach dem Inhalt der Versicherungs- und sonstigen Unterlagen und des Beratungsprotokolls zu beurteilen.

aa) Renditeerwartung:

Eine Verletzung der Aufklärungspflichten ist zunächst darin zu sehen, dass die Beklagte zu 1) ein in tatsächlicher Hinsicht unzutreffendes, zu positives Bild der Renditeerwartung gegeben hat.

Bei Vertragsabschluss wurde gegenüber dem Kläger der Eindruck erweckt, dass die Prognose einer Durchschnittsrendite von 8,5% realistisch ist. Der Kläger behauptet, der Untervermittler habe die Kurzberechnung Anlage K 5 - der durchgehend eine Rendite von 8,5% zugrunde gelegt wurde - erstellt. Die Beklagte zu 1) bestreitet dies zwar und behauptet, die Anlage K 5 stamme nicht von ihr und sie habe auch keine Kenntnis von der Verwendung dieser Berechnung zur Aufklärung des Klägers gehabt (Schriftsatz vom 26.01.2011, Bl. 468.d. A.).

Entscheidungserheblich ist dies aber nicht, da die Beklagte zu 1) auf ihre Musterberechnungen (Anlage LW 8, Anlagenband I) verweist, mit denen der Kläger über die zu erwartende Wertentwicklung aufgeklärt worden sei. Auch in diesen Berechnungen wird jeweils auf den Seiten 4 bis 6 eine Wertentwicklung

von 8,5% zugrunde gelegt, die auf Seite 1 bei der Ablaufleistung und auf den folgenden Seiten bei der Todesfallleistung als alleiniger Wert angenommen wird. Die von der Beklagten zu 1) stammenden Musterberechnungen, die nach deren Vorbringen bei der Beratung des Klägers zugrunde gelegt wurden (Klageerwiderung Seite 26, Bl. 241 d. A.), erwecken damit den Eindruck, dass mit dieser Rendite aufgrund einer sachlich gerechtfertigten Prognose gerechnet werden kann. Tatsächlich sah die Beklagte zu 1) aber nur eine Prognose einer Wertentwicklung von 6% als gerechtfertigt an, da seit dem Jahr 1996 der deklarierte Wertzuwachs unterhalb des Darlehenszinssatzes von 6,22 % lag; ein deklariertes Wertzuwachs von 8,5% war hingegen in der Vergangenheit nach dem Vorbringen der Beklagten zu 1) (Klageerwiderung Seite 25, Bl. 240 d. A.) noch gar nicht vorgekommen.

Werden konkrete Aussagen über eine zu erwartende Wertentwicklung gemacht, müssen diese ein realistisches Bild vermitteln; zeichnet sich bereits bei Vertragsschluss ab, dass diese Werte tatsächlich nicht erreicht werden können, ist der Interessent hierüber aufzuklären (BGH, Urteil vom 11.07.2012, IV ZR 151/11, Rz. 51 mwN). An einer solchen Aufklärung fehlt es. Sie ergibt sich insbesondere nicht aus den Musterberechnungen. Auch wenn dort neben einer Rendite von 8,5% als weitere Szenarien Renditen von 5% und 10% aufgeführt werden, wird dadurch die von der Beklagten zu 1) tatsächlich angenommene Wertentwicklung von 6% nicht hinreichend deutlich erwähnt, zumal durch die Aufnahme einer noch höheren Renditemöglichkeit der Eindruck erweckt wird, bei 8,5% handele es sich um eine Art Mittelwert der zu erwartenden Rendite, zumal der Umstand, dass auf sämtlichen Seiten der Musterberechnung durchgehend auf der Grundlage einer Rendite von 8,5% gerechnet wurde, diese Rendite als tatsächlich realistisch bestätigt. Keinesfalls offenbart diese Darstellung die tatsächlich von der Beklagten zu 1) angenommene Wertentwicklung von 6 %.

Zur Aufklärung ungeeignet ist auch das Beratungsprotokoll, nach dem der Kläger zwar auch darüber informiert wurde, dass „die garantierte Jahresdividende z. Z. niedriger ist als der Effektivzinssatz für das aufzunehmende Darlehen“. Die Rendite setzt sich aber aus dem garantierten Wertzuwachs und dem nicht garantierten Fälligkeitsbonus zusammen, so dass auch dieser Hinweis nichts über die Gesamthöhe der zu erwartenden Wertentwicklung aussagt (BGH, Urteile vom

11.07.2012, IV ZR 151/11, Rz. 51 und IV-ZR 164/12, Rz. 54, zitiert nach juris mwN).

bb) Glättungsverfahren:

Der Kläger beanstandet darüber hinaus zu Recht die Informationen zur Verwaltung der Versicherungsbeiträge. Er trägt vor, er sei nicht auf das Glättungsverfahren ("smoothing") hingewiesen worden, das dazu führe, dass hohe Renditen nicht zu erzielen seien.

Unstreitig gibt die Beklagte zu 1) im Rahmen des Glättungsverfahrens nur einen Teil der mit den Einmalzahlungen erzielten Rendite über den deklarierten Wertzuwachs an die Anleger weiter und überführt den anderen Teil in Rücklagen, die einer Stützung von Auszahlungen und deklarierten Wertzuwächsen bei negativer Entwicklung an den Aktienmärkten dienen sollen. Der Umfang der Reservenbildung unterliegt unstreitig der Ermessensentscheidung der Beklagten zu 1); dass es sich hierbei, wie die Beklagte zu 1) im Schriftsatz vom 07.01.2013 (Seite 13, Bl. 1290 d. A.) betont, nicht um ein freies, sondern um ein gebundenes Ermessen handeln soll, ändert an der Natur der Ermessensentscheidung nichts. An den gebildeten Reserven können die Anleger durch die - nicht garantierten - Fälligkeitsboni beteiligt werden, die auf die am Ende der Vertragslaufzeit verbliebenen Anteile, gegebenenfalls auch auf beantragte regelmäßige Auszahlungen geleistet werden.

Im Vorfeld des Vertragsschlusses hätte es einer Aufklärung über die Besonderheiten des so beschriebenen Glättungsverfahrens bedurft. Dass die Beklagte zu 1) unter Berücksichtigung der Vergangenheitsrenditen und einer Prognose der zukünftigen Wertentwicklung entscheidet, in welcher Höhe die Gesamrendite in Reserven fließt, dass also die Anleger gegebenenfalls nur zu einem geringen Anteil hieran beteiligt werden, ist für die Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung.

In den Policenbedingungen findet sich entgegen der Auffassung der Beklagten zu 1) keine Erläuterung des Glättungsverfahrens. Unter dem Stichwort „Pool mit garantiertem Wertzuwachs“ wird ohne weitere Erklärung ein „geglätteter Wertzuwachs“ erwähnt. Nach Nr. 5.1.3 Abs. 3 der Verbraucherinformation kann

„unter besonders schlechten Investmentbedingungen (...) der deklarierte Wertzuwachs besonders niedrig sein, um den Pool zu schützen. Clerical Medical hat jedoch seit 1824 noch nie eine Bonuszahlung ausgelassen selbst durch Weltkriege und Börsenkrisen hindurch“.

Auch aus dieser Formulierung kann der Versicherungsnehmer die Funktionsweise und die Bedeutung des Glättungsverfahrens für die Entwicklung des Vertragswertes nicht ersehen (BGH, Urteile vom 11.07.2012, IV ZR 151/11, Rz. 54 und IV ZR 164/12, Rz. 57, zitiert nach juris mwN).

cc) Poolübergreifende Reservenbildung:

Auch über die poolübergreifende Reservenbildung wurde der Kläger nicht hinreichend aufgeklärt. Er beanstandet, dass die Beklagte zu 1) alle Vermögenswerte einheitlich in ihrem Lebensversicherungsfonds verwalte und für alle Pools gemeinsame Rücklagen bilde, so dass es zu einer Quersubventionierung zwischen den einzelnen Pools komme. Diese Behauptung wird von der Beklagten zu 1) nicht bestritten (Klageerwiderung Seite 17, Bl. 232 d. A.; Schriftsatz vom 26.01.2011, Bl. 466 d. A.). Sie verweist lediglich darauf, dass zur Erfüllung der Garantieansprüche der Anleger primär auf die für die einzelnen Pools gebildeten Reserven, sekundär – wenn diese Reserven nicht ausreichen - auf die Gesamtreserven im Lebensversicherungsfonds zurückgegriffen werde. Bei dieser poolübergreifenden Reservenbildung handelt es sich um einen für die Anlageentscheidung bedeutsamen Umstand, über den die Beklagte zu 1) hätte aufklären müssen. Die Policenbedingungen enthalten hierzu keine Erläuterung. Unter Nr. 3.1 heißt es lediglich: „Clerical Medical verwaltet eine Reihe von Pools mit garantiertem Wertzuwachs (...) bzw. veranlasst deren Verwaltung, wobei für jeden dieser Pools ein eigenes Konto bei Clerical Medicals Lebensversicherungs-Deckungsstock geführt wird. Innerhalb eines Pools kann es verschiedene Bonusserien geben. Die Anteile der gleichen Art oder Bonusserie haben jedoch den gleichen Preis.“

Jeder Pool ist in Anteile unterteilt. Einem Vertrag können zu jeder Zeit Anteile bis zu 3 Pools zugeteilt werden.“

Ziffer 3.2 lautet:

„Clerical Medical ist berechtigt, Anteile jederzeit zusammenzulegen oder zu unterteilen und kann auch die Zusammensetzung und die Anzahl der laut diesen Bedingungen verwalteten und verfügbaren Pools ändern. Dies bedeutet, Clerical Medical ist berechtigt einen Pool nicht nur für die weitere Zuteilung von Anteilen sondern auch insgesamt für alle Zwecke zu schließen.“

Dass für alle Pools der Beklagten zu 1) (auch) gemeinsame Reserven gebildet werden mit der Folge, dass die mit der Einmalzahlung des Klägers erwirtschaftete Rendite auch zur Gewährleistung von Garantieansprüchen der Anleger anderer Pools verwendet werden kann, ergibt sich hieraus nicht mit der erforderlichen Klarheit. Vielmehr wird durch die Formulierung unter Nr. 3.1 der Eindruck erweckt, dass eine Quersubventionierung ausgeschlossen ist. Auch hierin liegt eine Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten zu 1) (BGH, Urteile vom 11.07.2012, IV ZR 151/11, Rz. 55 und IV ZR 164/12, Rz. 58, zitiert nach juris mwN).

Auch insoweit ist die Argumentation der Beklagten zu 1) im Schriftsatz vom 07.01.2013 (Seite 13 ff, Bl. 1290 ff d. A.) nicht überzeugend: Wenn die Beklagte zu 1) mit der Einmalzahlung des Klägers am Kapitalmarkt eine Rendite erwirtschaftet und einen Teil davon in Reserven überführt, aus denen dann gegebenenfalls, wenn auch nur in geringem Umfang, Garantieansprüche aus anderen Pools erfüllt werden, kommt es genau zu der vom Bundesgerichtshof als aufklärungsbedürftig angesehenen poolübergreifenden Reservenbildung.

3.

Durch den Abschluss des Lebensversicherungsvertrags ist dem Kläger ein Schaden entstanden. Dieser liegt in der Belastung mit für den Kläger nachteiligen Verträgen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Anleger, der aufgrund einer fehlerhaften Information eine für ihn nachteilige Kapitalanlage erworben hat, in der Regel bereits durch deren Erwerb geschädigt. Zwar setzt der auf Rückabwicklung des Vertrages aufgrund einer Verletzung von Aufklärungspflichten gerichtete Schadensersatzanspruch einen Vermögensschaden voraus. Hierfür genügt aber jeder wirtschaftliche Nachteil, der für den Gläubiger mit dem aufgrund der Aufklärungspflichtverletzung eingegangenen Vertrag verbunden ist, so z.B. die nachhaltige Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit. Wer durch ein haftungsbegründendes



Verhalten zum Abschluss eines Vertrages verleitet wird, den er ohne dieses Verhalten nicht geschlossen hätte, kann auch bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung einen Vermögensschaden dadurch erleiden, dass die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist (u. a. BGH, Urteile vom 11.07.2012, IV ZR 151/11, IV ZR 164/11 mwN).

a)

Das ist hier der Fall. Die Verträge sind für den Kläger trotz bestehender Erfüllungsansprüche nachteilig, da sie ihn in seiner wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit beeinträchtigen. Er muss die Darlehensverbindlichkeiten, zu deren Eingehung er aufgrund der Renditeversprechen der Beklagten veranlasst worden ist, nach einer Laufzeit von rund 15 Jahren zurückführen. Hierfür muss er entweder den Verkaufserlös aus den neben den Lebensversicherungsverträgen aus Eigenmitteln angesparten Investmentfondsdepots verwenden oder außerplanmäßige Auszahlungen aus den Lebensversicherungsverträgen beantragen. Ein weiterer wirtschaftlicher Nachteil ergibt sich aus der enttäuschten langfristigen Gewinnerwartung. Der Kläger muss damit rechnen, dass der deklarierte Wertzuwachs deutlich niedriger ausfällt als mit den Musterberechnungen auf Basis einer Rendite von 8,5% prognostiziert. Möglich ist auch, dass ein Fälligkeitsbonus, mit dem die Anleger am Ende der Laufzeit an den gebildeten Reserven teilnehmen können, nicht ausgezahlt werden wird. Bei zutreffender Information hätte der Kläger erkennen können, dass der versprochene langfristige Gewinn, der niedrige Kreditzinsen und hohe Renditen voraussetzt, nicht erzielt werden kann (BGH aaO).

b)

Die Aufklärungspflichtverletzungen sind für den Abschluss des Lebensversicherungsvertrages und des Darlehensvertrages ursächlich. Für den Ursachenzusammenhang zwischen einer fehlerhaften Aufklärung und der Anlageentscheidung spricht eine durch die Lebenserfahrung begründete tatsächliche Vermutung (BGH aaO mwN; Urteil vom 08.05.2012, XI ZR 262/10, juris). Die Beklagte zu 1) hat keine Umstände vorgetragen, die diese Vermutung entkräften könnten.

Es ist daher nach der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens davon auszugehen, dass der Kläger bei Kenntnis der nicht offenbaren Informationen von der Zeichnung des Europlans insgesamt Abstand genommen hätte.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (u.a. Urteil vom 08.05.2012, XI ZR 262/10, Rz. 28 ff mwN, juris) ist derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt hat, beweispflichtig dafür, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte, der Geschädigte den Rat oder Hinweis also unbeachtet gelassen hätte.

Dem Kläger kam es, wie auch die Beklagte zu 1) betont (Schriftsatz vom 07.01.2013, S. 24, Bl. 1301 der Akte) auf die in der Vergangenheit erwirtschafteten Renditen an. Wenn der deklarierte Wertzuwachs aber, wie die Beklagte zu 1) in der Klageerwiderung eingeräumt hat, seit 1996 unter dem effektiven Zinssatz des Darlehens (6,22 %) lag und in der Vergangenheit ein deklariertes Wertzuwachs von 8,5 % noch gar nicht erreicht worden war, dann war zumindest die von der Beklagten zu 1) geweckte falsche Renditeerwartung kausal für den Anlageentschluss.

Steht aber wie hier die Kausalität zwischen Aufklärungspflichtverletzung und Anlageentschluss fest, so erstreckt sich der Ersatzanspruch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf alle Nachteile, die aus der Anlageentscheidung erwachsen sind (BGH, Beschluss vom 05. April 2011 – XI ZR 365/09 –, juris, NJW-RR 2011, 1064, Rz. 17 mwN).

Bei dem Europlan handelte es sich um ein einheitliches Finanzprodukt, dessen wesentlicher Bestandteil die Kapitallebensversicherung bei der Beklagten zu 1) war. Wäre diese ihrer Aufklärungspflicht nachgekommen, hätte der Kläger den Europlan nicht gezeichnet, so dass der Kläger von der Beklagten zu 1) so zu stellen ist, als hätte er den Europlan nicht gezeichnet.

Entgegen der Auffassung der Beklagten zu 1) ist dem Kläger ein umfassender Rückabwicklungsanspruch zuzubilligen. Steht - wie hier - die Kausalität zwischen Aufklärungspflichtverletzung und Anlageentschluss fest, so erstreckt sich der Ersatzanspruch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf alle Nachteile, die aus der Anlageentscheidung erwachsen sind (BGH, Urteil vom 05.04.2011, XI ZR 365/09, NJW-RR 2011, 1064, Rz. 17 mwN). Nichts anderes

ergibt sich aus dem - für sich genommen zutreffenden - Hinweis der Beklagten zu 1) darauf, dass eine Aufklärungspflichtverletzung grundsätzlich nur zum Ersatz des Schadens führt, dessen Eintritt die Einhaltung der Pflicht verhindern soll. Bei Kapitalanlagen folgt daraus zwar, dass jemand, der nicht Partner des Anlagegeschäfts ist und dem Interessenten nur hinsichtlich eines bestimmten für das Vorhaben bedeutsamen Einzelpunkts Aufklärung schuldet, lediglich für die Risiken einzustehen hat, für deren Einschätzung die Auskunft maßgebend war (BGH aaO mwN).

Dies rechtfertigt hier keine Beschränkung der Haftung. Ein umfassender Rückabwicklungsanspruch ist nämlich begründet, wenn die Aufklärungspflichtverletzung nicht nur einen Aspekt, sondern die gesamte Rentabilität und Finanzierbarkeit des Anlagegeschäfts betrifft (BGH aaO mwN). Dies ist vorliegend der Fall, denn die Rendite der bei der Beklagten zu 1) abgeschlossenen Lebensversicherung, aus der die Darlehenszinsen gezahlt werden sollten, war entscheidend für die Rentabilität der gesamten Anlage.

### III. Verjährung

Die von der Beklagten zu 1) erhobene Verjährungseinrede steht dem Schadensersatzanspruch des Klägers nicht entgegen. Der auf eine Rückabwicklung des Vertrages gerichtete Schadensersatzanspruch verjährt nach den allgemeinen verjährungsrechtlichen Regelungen der §§ 195 ff BGB, also innerhalb einer Frist von drei Jahren (BGH, Urteile vom 11.07.2012, IV ZR 151/11, Rz. 63 ff, IV ZR 164/11 Rz. 68 ff mwN).

Die Verjährung beginnt nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und in dem der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen Kenntnis erlangt hat.

#### 1.

Der Schadensersatzanspruch des Klägers ist objektiv mit dem Abschluss des für ihn wirtschaftlich nachteiligen Lebensversicherungsvertrages entstanden. Zwar ist der für den Verjährungsbeginn maßgebliche Eintritt eines Schadens regelmäßig erst dann anzunehmen, wenn es zu einer konkreten Verschlechterung der Vermögenslage des Gläubigers gekommen ist, während der Eintritt einer

risikobehafteten Situation dafür nicht ausreicht. Jedoch kann der auf einer Aufklärungspflichtverletzung beruhende Erwerb einer für den Anlageinteressenten nachteiligen, weil seinen konkreten Anlagezielen und Vermögensinteressen nicht entsprechenden Kapitalanlage bereits für sich genommen einen Schaden darstellen und ihn daher - unabhängig von der ursprünglichen Werthaltigkeit der Anlage - dazu berechtigen, im Wege des Schadensersatzes die Rückabwicklung zu verlangen; der Anspruch entsteht hierbei schon mit dem (unwiderruflichen und vollzogenen) Erwerb der Anlage (BGH aaO mwN), hier also im Jahr 2000.

2.

Der Kläger hatte weder bei Abschluss des Vertrages noch im Jahr 2005 Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen. Hierzu gehört bei unzureichender Aufklärung auch die Kenntnis der Umstände, aus denen sich die Rechtspflicht zur Aufklärung ergibt (BGH, Urteil vom 28.05.2002, XI ZR 150/01; Urteil vom 03.06.2008, XI ZR 319/06, juris). Wird ein Schadensersatzanspruch auf verschiedene Aufklärungsfehler gestützt, ist die Verjährung getrennt für jede einzelne Pflichtverletzung zu prüfen. Das gilt auch, wenn die Aufklärungsfehler in denselben Schaden, z.B. den Erwerb einer Kapitalanlage, münden (BGH, Urteil vom 24.03.2011, III ZR 81/10, juris). Ob der Kläger aus den ihm in den Jahren 2002, 2003, 2004 und 2005 übersandten jährlichen Kontoauszügen, mit denen er über den jeweils deklarierten Wertzuwachs, die Anzahl der Anteile und den Vertragswert informiert wurde, ersehen konnte, dass ihm ein falsches Bild der zu erwartenden Rendite vermittelt worden war, kann offenbleiben.

Aus den Kontoauszügen ergibt sich jedenfalls keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Klägers von den Pflichtverletzungen, die aus einer unterlassenen Aufklärung über das Glättungsverfahren und die poolübergreifende Reservenbildung resultieren. Auch bei nochmaliger Überprüfung der ihm übergebenen Unterlagen (Policenbedingungen, Pool- und Verbraucherinformation, Europlan-Prospekt) hätte der Kläger weder die Funktion und die Bedeutung des Glättungsverfahrens noch die einheitliche Reservenbildung im Lebensversicherungsfonds für die verschiedenen „Pools mit garantiertem Wertzuwachs“ der Beklagten zu 1) ersehen können. Dass hierin einer der Gründe für den niedrigen Wertzuwachs der Poolanteile liegen könnte, konnte sich ihm

auch aufgrund der Komplexität der Lebensversicherung „Wealthmaster“ nicht erschließen (BGH, Urteile vom 11.07.2012, IV ZR 151/11, Rz. 68, IV ZR 164/11 Rz. 73).

#### IV. Schadenshöhe:

Dem Kläger steht ein umfassender Schadensersatzanspruch zu, mit dem er so zu stellen ist, wie er ohne Abschluss des Anlagegeschäfts stünde.

1.

Aufgrund dessen hat die Beklagte zu 1) gemäß dem Hilfsantrag zu 1), Ziffer 2 den Kläger von den aus dem Darlehensvertrag mit der Beklagten zu 2) resultierenden Verbindlichkeiten freizustellen (§ 249 Abs. 1 BGB). Der Freistellungsanspruch ist zulässig, insbesondere dem Grund und der Höhe nach (Restdarlehen von 25.564,59 €). Ein Freistellungsanspruch muss - wie ein Zahlungsanspruch - nach Grund und Höhe bestimmt sein. Kann der Gläubiger keine genauen Zahlen angeben, ist der Freistellungsantrag unzulässig. Stattdessen kann auf Feststellung der Freistellungspflicht geklagt werden (vgl. BGH, Urt. v. 18. März 1980 - VI ZR 105/78, NJW 1980, 1450). Geht es - wie hier - um die Freistellung von einer auf Geldleistung gerichteten Verbindlichkeit, so setzt der Freistellungsantrag die bestimmte Angabe von Grund und Höhe der Schuld voraus, von der freigestellt zu werden der Kläger begehrt. Diese Voraussetzungen liegen vor. Ausweislich des Schreibens der Beklagten zu 2) vom 27.03.2012 (Bl. 1230 d. A.) valutiert das Darlehen noch in Höhe von 25.564,59 €.

2.

Ferner ist die Beklagte zu 1) auf den Hilfsantrag zu 1), Ziffer 3 zur Zahlung von 105.767,71 € verpflichtet.

a)

Ohne den Abschluss des Anlagegeschäfts hätte der Kläger die von ihm unstreitig geleisteten Zahlungen nicht erbracht. Dies sind:

Darlehensraten 64.293,27 € (bis Dezember 2009)

Sparraten 44.364,58 € (bis Dezember 2009)

Vermittlungsprovision 6.391,15 €

Steuerberater 837,05 €

Ablöse Darlehen 63.382,98 €, mithin insgesamt 179.269,03 €.

Soweit die Beklagte zu 1) über den Betrag von 42.830,46 € hinausgehende Sparraten zunächst bestritten hatte (Klageerwiderung Seite 40, Bl. 255 d. A.: Zahlungen in den Investmentfonds in Höhe von 1.971,35 € für die Monate Juli bis November 2009 bestritten), hat sie dieses Bestreiten, nachdem der Kläger diese Zahlungen nunmehr durch Vorlage der Kontoauszüge nachgewiesen hat, nicht mehr bestritten, sondern geht selbst von Einzahlungen in Höhe von 44.364,58 € aus (Schriftsatz vom 07.01.2013, S. 34, Bl. 1311 d. A.) aus.

b)

Abzuziehen sind die von dem Kläger erhaltenen Ausschüttungen. Diese belaufen sich auf einen Betrag von 73.501,32 € bis zum Jahresende 2009. Dies ergibt sich aus folgender Gegenüberstellung des Parteivortrags:

	Kläger Schriftsatz v. 04.08.2010, Bl. 318 d. A.	Beklagte zu 1) . Schriftsatz vom 03.05.2010, Bl. 254 d. A. und Anlage LW 13
2001	6.263,32 €	1.789,52 € + 4.473,81 € = 6.263,33 €. Nach dem unbestritten gebliebenen Vorbringen des Klägers im Schriftsatz vom 04.08.2010, Bl. 318 d. A. handelt es sich insoweit um einen Rechenfehler. Es müsste heißen 4.473,80 €, woraus sich 6.263,32 € ergeben.
2002	8.947,60 €	4.473,80 € + 4.473,80 € = 8.947,60 €
2003	8.373,80 €	4.473,80 € + 3.900,00 € = 8.373,80 €
2004	7.800,00 €	3.900,00 € + 3.900,00 € = 7.800,00 €
2005	8.947,60 €	4.473,80 € + 4.473,80 € = 8.947,60 €
2006	8.073,80 €	4.473,80 € + 3.600,00 € = 8.073,80 €
2007	7.200,00 €	3.600,00 € + 3.600,00 € = 7.200,00 €
2008	8.947,60 €	4.473,80 € + 4.473,80 € = 8.947,60 €
2009	8.947,60 €	4.473,80 € + 4.473,80 € = 8.947,60 €
insg.	73.501,32 €	73.501,33 €. Die Differenz von 0,01 € erklärt sich aus dem o. g. Rechenfehler, so dass von <u>73.501,32 €</u> auszugehen ist.

Daraus errechnet sich ein Zahlungsanspruch des Klägers von 105.767,71 € (179.269,03 € - 73.501,32 €).

c)

Der von dem Kläger aus dem Investmentfonds erlöste Betrag von 64.485,99 € wirkt sich in der Berechnung im Ergebnis nicht aus, da er sowohl auf der Einnahmenseite als auch auf der Ausgabenseite zu berücksichtigen ist. Hätte nämlich der Kläger mit diesem Erlös aus dem Investmentfonds nicht das Darlehen in dieser Höhe zurückgeführt, stünde ihm ein um diesen Betrag höherer Schadensersatzanspruch auf Freistellung aus dem Darlehen zu.

Ohne die von dem Kläger vorgenommene Verrechnung des Erlöses aus dem Investmentfonds mit dem Darlehen würde die Berechnung wie folgt aussehen: Der Kläger hätte Anspruch auf Rückzahlung aller Einzahlungen in den Investmentfonds (44.364,58 €), müsste sich aber den mit dem Fonds erzielten Gewinn im Wege des Vorteilsausgleichs anrechnen lassen; dies wäre die Differenz zwischen den Einzahlungen und dem Erlös, mithin 20.121,41 € (64.485,99 € - 44.364,58 €).

Zusätzlich hätte er Anspruch auf Freistellung aus den Verbindlichkeiten aus dem Darlehen, das am 15.03.2012 mit 163.561,08 € valutierte (= CHF 193.050,19) und auf Rückzahlung der darauf geleisteten Zahlungen von unstreitig 64.293,27 €, woraus sich 227.854,35 € ergeben. Abzüglich des Erstattungsbetrags von 10.127,52 € und des verbleibenden Restes von 25.564,59 € errechnet sich so aus dem Darlehen ein Schadensersatzanspruch von 192.162,24 €, von dem der mit dem Fonds erzielte Gewinn von 20.121,41 € abzuziehen wäre, so dass dem Kläger ein Schaden in Höhe von 172.040,83 € verbleibe. Hinzukämen die 6.391,15 € für die Fa. Röbbke und die Kosten für Steuerberater in Höhe von 837,05 €, so dass sich 179.269,03 € insgesamt errechnen.

d)

Die von dem Kläger nach Dezember 2009 geleisteten Darlehens- und Sparraten sowie die von ihm nach Dezember 2009 erhaltenen Ausschüttungen waren bei der Berechnung des Zahlungsantrags nicht zu berücksichtigen, da sie Gegenstand des Feststellungsantrags sind.

e)

Entgegen der Auffassung der Beklagten zu 1) muss der Kläger sich die ihm im Zusammenhang mit dem Europlan gewährten Steuervorteile nicht anrechnen lassen.

Eine schadensmindernde Anrechnung der Steuervorteile kommt im Schadensersatzprozess eines Anlegers grundsätzlich nicht in Betracht, wenn die Rückabwicklung des Erwerbs zu einer Besteuerung führt, die dem Geschädigten die erzielten Steuervorteile wieder nimmt. Etwas anderes gilt nur, wenn der Schädiger Umstände darlegt, auf deren Grundlage dem Geschädigten auch unter Berücksichtigung der Steuerbarkeit der Ersatzleistung außergewöhnlich hohe Steuervorteile verbleiben oder er gar Verlustzuweisungen erhalten hat, die über seine Einlageleistungen hinausgehen (BGH, Urteil vom 01.03.2011, XI ZR 96/09 mwN, juris).

Zwar hat der Kläger unstreitig (Schriftsatz der Beklagten vom 26.01.2011, S. 26, Bl. 483 d. A., Anlage K 16) Steuervorteile von 28.598,18 € erzielt, in dem er die Fremdkapitalzinsen als Werbungskosten steuerlich geltend gemacht hat. Er hat aber erstinstanzlich unbestritten vorgetragen (Schriftsatz vom 04.08.2010, S. 33, Bl. 318 d. A.), dass er die Ersatzleistung wird versteuern müssen, so dass ihm keine außergewöhnlich hohen Steuervorteile verbleiben; jedenfalls hat die Beklagte zu 1) erstinstanzlich keine solchen vorgetragen.

Der dazu zweitinstanzlich neue Vortrag der Beklagten zu 1) im Schriftsatz vom 07.01.2013, S. 30, (Bl. 1307 d. A.) ist nach den oben dargestellten Grundsätzen nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen.

Darüber hinaus lassen sich ihrem Vorbringen keine konkreten Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Kläger außergewöhnliche Steuervorteile erlangt hat.

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass Anhaltspunkte für derartige außergewöhnliche Steuervorteile bestehen, trägt aber der Schädiger (BGH, Urteil vom 31. Mai 2010 – II ZR 30/09 –, juris, Rz 25 mwN).

Ein Steuersatz von 27 % (der sich aus einer angenommenen Steuerschuld von 28.598,18 € und dem Zahlungsbetrag von 105.767,71 € errechnet), erscheint jedenfalls nicht so außergewöhnlich, dass hier ein Abzug ohne näheren Vortrag der Beklagten zu 1) gerechtfertigt wäre.

3.



Daneben ist die Beklagte zu 1) zum Ersatz des nach dem 01.12.2009 weiter entstehenden Schadens verpflichtet (Hilfsantrag zu 1), Ziffer 4). Da für das Darlehen laufend weitere Zinsen anfallen und der Kläger in der Zeit ab dem 01.12.2009 weitere Einzahlungen in den Investmentfonds geleistet hat, ist der Schaden noch in der Entwicklung; dem durfte der Kläger anstelle einer laufenden Aktualisierung seines Zahlungsantrags durch den Feststellungsantrag Rechnung tragen.

4.

Mit der Annahme der ihr angebotenen Freigabe und Herausgabe der Versicherungspolice der Beklagten zu 1) (Policennummer: [REDACTED]) ist die Beklagte zu 1) in Annahmeverzug.

5.

Der Schadensersatzanspruch erstreckt sich auch auf die durch seine Geltendmachung verursachten Kosten (Grüneberg in: Palandt, BGB, 72. Aufl., § 249 Rz. 56). Dies sind hier die geltend gemachten außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang. Dem Einwand der Beklagten zu 1), mit der vorgerichtlichen Einschaltung seines Prozessbevollmächtigten habe der Kläger seine Schadensminderungspflicht verletzt, da seinem Prozessbevollmächtigten bereits seit Januar 2009 bekannt gewesen sei, dass die Beklagte zu 1) die gegen sie geltend gemachten Forderungen nicht anerkenne, so dass mit einer außergerichtlichen Streitbeilegung nicht zu rechnen gewesen sei, vermag das Berufungsgericht nicht zu folgen. Denn dies hieße in der Konsequenz, dem Geschädigten das mit einem im Falle einer sofortigen Klageerhebung verbundene Kostenrisiko bei sofortigem Anerkenntnis aufzuerlegen. Ferner musste der Kläger nicht damit rechnen, dass die Beklagte zu 1) ihre im Januar 2009 gezeigte Haltung dauerhaft beibehalten und sich den - zumindest teilweise - berechtigten Ansprüchen der Anleger weiterhin zu entziehen versuchen würde.

Allerdings hält das Berufungsgericht trotz der zu Recht von dem Kläger betonten Komplexität der Sach- und Rechtslage aufgrund der durch die Vielzahl der von dem Prozessbevollmächtigten des Klägers vertretenen Anleger erzielten Synergieeffekte bei der Verfassung vorgerichtlicher Anspruchsschreiben nur eine

1,8 Geschäftsgebühr für angemessen (ebenso 1,8 Gebühr: OLG Köln, Urteil vom 02. November 2012 – 20 U 47/12 –, juris).

Diese Gebühr ist vorliegend einem Streitwert von 180.679,43 € zu entnehmen. Der von dem Kläger in die Berechnung des Gegenstandswerts von 195.890,35 € eingerechnete Zahlungsantrag von 58.067,38 € war in dieser Höhe nicht berechtigt, da er sich aus der Differenz der Zahlungen von 116.357,78 € abzüglich der Ausschüttungen von 58.290,40 € errechnete. Abzuziehen waren aber Ausschüttungen von 73.501,32 €, so dass der Zahlungsanspruch nur über 42.856,46 € begründet war. Die daraus resultierende Differenz führt zu einem ansatzfähigen Gegenstandswert für die außergerichtliche Tätigkeit von nur 180.679,43 €. Daraus errechnen sich vorgerichtliche Rechtsanwaltsgebühren von 3.318,53 €.

6.

Die Zinsansprüche finden ihre Grundlage in §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 Abs. 1 S. 2, 288 BGB.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 Nr. 1, 91 a, 98, 100 Abs. 2 ZPO. Die durch die zwischenzeitliche teilweise Ablösung des Darlehens veranlasste Reduzierung des Freistellungsantrags stellt sich als teilweise Erledigungsklärung des Klägers dar, der sich die Beklagte zu 1) konkludent angeschlossen hat, indem sie keine Einwände erhoben hat. Über die insoweit entstandenen Kosten war gemäß § 91 a Abs. 1 ZPO unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen zu entscheiden. Dies führte zur Auferlegung der Kosten auf die Beklagte zu 1), da diese den Kläger, wie oben ausgeführt, ohne die teilweise Ablösung des Darlehens von der daraus resultierenden Verpflichtung in voller Höhe hätte freistellen müssen.

Im Übrigen fallen die zweitinstanzlichen Kosten der Beklagten zu 1) nach § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zur Last, da die Zuvielforderung des Klägers geringfügig war und keine höheren Kosten verursacht hat.

Im Verhältnis zu der Beklagten zu 2) sind mangels anderweitiger Kostenregelung und aufgrund des Umstands, dass die Beklagte zu 2) keinen Kostenantrag gestellt

hat, in entsprechender Anwendung von § 98 ZPO die Kosten als gegeneinander aufgehoben anzusehen. Die Anwendung der allgemeinen Kostentragungsvorschrift des § 516 Abs. 3 kommt unter den hier vorliegenden Umständen nicht in Betracht. Durch die Rücknahme des Rechtsmittels erfüllte der Kläger eine in dem außergerichtlichen Vergleich - zumindest mittelbar - übernommene Verpflichtung. Steht es bei der Rücknahme der Berufung im Vordergrund, die von den Parteien gewünschte Beendigung des Rechtsstreits prozessual umzusetzen, geht die von den Parteien gewollte Kostenverteilung, die gegebenenfalls mit Hilfe der gesetzlichen Vermutung des § 98 Satz 2 ZPO ermittelt werden muss, der Anwendung von § 516 Abs. 3 ZPO grundsätzlich vor (BGH, Beschluss vom 15. März 2006 – XII ZR 209/05 –, juris, NJW-RR 2006, 1000). Der Rückgriff auf die allgemeinen Kostenvorschriften über die Rücknahme von Rechtsmitteln wird nur dann dem mutmaßlichen Willen der Parteien entsprechen, wenn der Vergleich in materieller Hinsicht im Wesentlichen eine Anerkennung der angefochtenen Entscheidung zum Inhalt hat und daher anzunehmen ist, dass die Parteien die Anwendung des § 98 Satz 2 ZPO ausschließen wollten (BGH aaO). Die Anerkennung der Klageabweisung lässt sich der hier vorliegenden vergleichswisen Regelung aber nicht entnehmen. Dies führt dazu, dass der Kläger und die Beklagte zu 2) die in diesem Verhältnis entstandenen außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen haben und die Gerichtskosten jeweils zur Hälfte.

Bei der Verteilung der Kosten der zweiten Instanz war zusätzlich zu berücksichtigen, dass der Kläger die Berufung gegen die Beklagte zu 2) vor der mündlichen Verhandlung zurückgenommen hat.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Nr. 1, 2 ZPO).

Der Gegenstandswert im zweiten Rechtszug beträgt bis zum 16.12.2012  
195.890,35 € (Zahlungsantrag: 58.067,38 €, Freistellungsantrag 127.822,97 € und  
Feststellungsantrag: 10.000,00 €). Der Feststellungsantrag auf Annahmeverzug  
hat keinen eigenständigen Wert, BGH, Beschluss vom 06.07.2010, XI ZB 40/09).  
Ab dem 17.12.2012 beträgt der Gegenstandswert im zweiten Rechtszug  
147.595,42€ (Freistellungsantrag: 25.564,59 €, Zahlungsantrag 112.030,83 € und  
Feststellungsantrag: 10.000,00 €).

Winterer