OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Az.: 17 U 535/11
5 O 4125/09 LG Traunstein

verkündet am: 11.06.2012
Die Urkundsbeamtin:

Böckle
Justizangestellte

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

[redacted]
- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte **Witt Rechtsanwälte**, Friedrichstrasse 191, 10117 Berlin

gegen

1) **Clerical Medical Investment Group Limited**, vertreten durch das Board of Directors, vertreten durch die Vorsitzende Jo Dawson, Boschstraat 21/23 P.O. Box 377, 6200 AJ Maastricht, Niederlande
- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
[redacted]

2) **Bayerische Landesbank**, vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Dr. Michael Kemmer, Brienner Straße 18, 80333 München
- Beklagte und Berufungsbeklagte, am Berufungsverfahren nicht mehr beteiligt -

Prozessbevollmächtigte:
[redacted]

wegen Forderung u.a.

erlässt das Oberlandesgericht München -17. Zivilsenat- durch den Richter am Oberlandesgericht Dr. Wölfel als Vorsitzenden, den Richter am Oberlandesgericht Nagorsen und den Richter am Oberlandesgericht Weber auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 02.04.2012 folgendes

Endurteil:

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Endurteil des Landgerichts Traunstein vom 14.1.2011 aufgehoben.

II. Die Beklagten zu 1) wird verurteilt, an den Kläger 93.565,97 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über den Basiszinssatz aus einem Betrag von 36.254,02 € für den Zeitraum vom 29.12.2009 bis zum 06.02.2012 und aus einen Betrag von 93.565,97 € seit 07.02.2012 zu bezahlen.

III. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, den Kläger von den Verbindlichkeiten aus dem mit der Beklagten zu 2) bestehenden Darlehensvertrag vom 18.10./01.11.2001 (Darlehensnummer [redacted]) in Höhe von 20.000,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 4 % hieraus seit 01.02.2012 freizustellen.

IV. Die Verurteilung gemäß Ziffer II. bis III. erfolgt Zug um Zug gegen Abtretung und Herausgabe der Versicherungspolice der Beklagte zu 1) (Policen-Nr. [redacted]) an die Beklagte zu 1).

V. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte zu 1) in Annahmeverzug befindet.

VI. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen und die Klage abgewiesen.

VII. Von den Gerichtkosten tragen der Kläger 5/8 und die Beklagte zu 1) 3/8.

Der Kläger trägt 1/4 außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) und die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2).

Die Beklagte zu 1) trägt 3/8 der außergerichtlichen Kosten des Klägers.

VIII. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger und die Beklagte zu 1) können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe erbringt.

IX. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger macht Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit einem Geldanlagemodell namens EuroPlan geltend.

Die Beklagte zu 1) ist eine Versicherung, die unter anderem Kapitallebensversicherungen anbietet.

Die Beklagte zu 2) betreibt ein Bankgeschäft.

Die Firma Röbke & Partner Finanzierungsmakler GmbH vertrieb unter anderem mittels eines Kurzexposes (Anlage K 3) den sogenannten EuroPlan (Anlage K 2).

Der EuroPlan sollte eine Anlage zur Verbesserung der Altersvorsorge sein. Dabei wird eine Lebensversicherung gegen einen Einmalbetrag mit einem Darlehen finanziert. Beim planmäßigen Verlauf wird das Darlehen nach 10 bis 15 Jahren durch einen Investmentfonds getilgt, an dem sich der Anleger durch Zahlung eines Einmalbetrages oder durch laufende Beiträge beteiligt. Aus der Lebensversicherung sollen laufende Zahlungen oder „Renten" an den Anleger erfolgen.

Der Kläger unterzeichnete am 13.08.2001 einen Zeichnungsschein bezüglich des sogenannten „EuroPlans" (Anlage K 11), der als Vermittler die Firma Money & More GmbH ausweist und insbesondere folgende Eckdaten enthält:

"Einmaleinlage in eine Police der Beklagten zu 1) in Höhe von 100.000,-- € für den Pool 2000 Eins.

Aufnahme eines Bruttodarlehens von 111.111,11 €

Eine Investmenteinlage in den Fonds: Davis Value Fund, mit einer monatlichen Sparrate von 128,-- €"

Am 13.08.2001 unterzeichnete der Kläger ein Antragsformular bezüglich einer Lebensversicherung der Beklagten zu 1) (Anlage B 1.4). Der Versicherung lagen die Policenbedingungen (Anlage B 1.1), die Verbraucherinformation (Anlage B 1.2) und die Poolinformation (Anlage B 1.3) der Beklagten zu 1) zugrunde. Die Beklagte zu 1) stellte einen Versicherungsschein aus (Anlage K 6).

Am 18.10./01.11.2001 unterzeichnete der Kläger mit der Beklagten zu 2) einen Darlehensvertrag (Anlage K 12) über einen Betrag in Höhe von 111.111,11 €. Unter der dortigen Ziffer VII werden als Sicherheiten unter anderem sämtliche Rechte und Ansprüche aus der mit der Beklagten zu 1) abgeschlossenen Lebensversicherung abgetreten (Anlage K 14). Darüber hinaus wird zugunsten der Beklagten zu 2) ein Pfandrecht an dem Depot bezüglich dem Alger American Asset Growth Fund und ein Pfandrecht an dem Davis Value Fund begründet.

Die Darlehensvaluta in Höhe von 100.000,00 € wurde an die Beklagte zu 1) ausbezahlt.

Der Kläger zahlte an die Röbke & Partner GmbH eine Vermittlungsgebühr von 5.555,56 € (Anlage K 17/18).

Der Kläger zahlte auf Grund des Darlehensvertrages an die Beklagte zu 2) folgende Zinsen:

Jahr 2002	5.433,32 €
Jahr 2003	5.433,32 €
Jahr 2004	5.433,32 €
Jahr 2005	5.433,32 €
Jahr 2006	5.433,32 €
Jahr 2008	5.433,32 €

Der Kläger trägt vor, dass er auf Grund des Darlehensvertrages an die Beklagte zu 2) auch folgende Zinsen bezahlt habe:

Jahr 2001	799,91 €
Jahr 2007	5.433,32 €
Jahr 2009	4.074,99 €

Der Kläger trägt ferner vor, er habe von der Beklagten zu 1) auf Grund des Versicherungsvertrages Ausschüttungen in Höhe von 36.990,00 € erhalten.

Die Beklagte zu 1) trägt vor, der Kläger habe auf Grund des Darlehnsvertrages an die Beklagte zu 2) für die Jahre 2007 und 2009 jeweils nur 2.716,66 € an Zinsen bezahlt.

Die Beklagte zu 1) trägt ferner vor, der Kläger habe von der Beklagten zu 1) auf Grund des Versicherungsvertrages Ausschüttungen in Höhe von 39.170,00 € erhalten.

Der Senat nimmt gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil des Landgerichts Traunstein vom 14.01.2011 und auf die genannten Anlagen Bezug.

Das Landgericht Traunstein wies die Klage ab.

Es führte insbesondere aus, dass bezüglich der Beklagten zu 1) keine vertraglichen Schadenersatzansprüche des Klägers gemäß § 280 Abs. 1 BGB beständen. Weder habe die Beklagte zu 1) allgemeine Pflichten noch Beratungspflichten verletzt. Der Euro-Plan sei dem Kläger nicht als sicheres Anlagemodell zur Versorgung im Alter vorgestellt worden. Die Rendite und Funktionsweise sei ebenso wenig zu beanstanden, wie die Rentabilitätsberechnung und das sogenannte smoothing-Verfahren. Der persönliche Berater habe keine unrichtigen Angaben gemacht.

Der Kläger habe gegenüber der Beklagten zu 2) kein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 9 Abs. 3 VerbrKrG. Die Voraussetzungen für ein verbundenes Geschäft lägen nicht vor. Es fehlten Anhaltspunkte dafür, dass es Vertriebsabsprachen mit der Firma

Röbke & Partner GmbH gegeben habe. Auch ein Anspruch wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten bei Abschluss des Darlehensvertrags liege nicht vor. Die Beklagte zu 2) sei als Bank zur Risikoaufklärung über das finanzierten Geschäftes nur unter ganz besonderen Umständen verpflichtet. Die Voraussetzungen hierfür lägen nicht vor.

Der Kläger verfolgt mit seinen Berufungen sein ursprüngliches Klageziel fort und beantragte ursprünglich:

1. Das Urteil des LG Traunstein vom 14.01.2011 wird abgeändert.

2. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 36.254,02 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

3. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, den Kläger von den Verbindlichkeiten aus dem mit der Beklagten zu 2), bestehenden Darlehensvertrag vom 01.11.2001 (Darlehen Nr.: [redacted]) freizustellen.

4. Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, dem Kläger sämtliche nach dem 01.12.2009 weiter entstehenden Schäden zu ersetzen, die im Zusammenhang stehen mit dem mit der Beklagten abgeschlossenen Lebensversicherung (Policen-Nr. [redacted], sowie dem Darlehensvertrag vom 01.11.2001 (Darlehens-Nr. [redacted]) mit der Beklagten zu 2), sowie der künftigen Leistungen des Klägers in das Wertpapierdepot bei der CSF S.A. (Depot-Nr. [redacted] und [redacted]).

   Die Verurteilung von Ziffer 2. bis 4. 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 Versicherungsvertrags (Policen-Nr. [redacted]), sowie Freigabe und Rückabtretung der Ansprüche aus dem Wertpapierdepot bei der CSF S.A. (Depot-Nr. [redacted] und [redacted]).

5. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte zu 1) in Annahmeverzug befindet.

6. Es wird festgestellt, dass der Beklagten zu 2) aus dem Darlehensvertrag vom 01.11.2001 (Darlehen Nr.: [redacted]) keine Ansprüche mehr gegen den Kläger zustehen.

7. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, an den Kläger 4.281,03 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Mit Schriftsatz vom 28.12.20011 (Bl. 448) nahm der Kläger die Berufung gegen die Beklagte zu 2) zurück, nachdem sich diese Parteien außergerichtlich verglichen (Anlage K33). Bezüglich des Inhalts des Vergleichs wird auf die Anlage K 33 Bezug genommen.

Der Kläger beantragt zuletzt:

1. Das Urteil des LG Traunstein vom 14.01.2011 wird teilweise abgeändert.

2. Die Beklagten zu 1) wird verurteilt, an den Kläger 95.735,47 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über den Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

3. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, den Kläger von den Verbindlichkeiten aus dem mit der Bayerischen Landesbank, vormals Beklagten zu 2), bestehenden Darlehensvertrag vom 18.10.2001/12.10.2001 (Darlehen Nr.: [redacted]) in Höhe von 20.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 4 % hieraus seit 01.02.2012 freizustellen.

4. Die Verurteilung zu Ziffer 2. bis 3. erfolgt Zug um Zug gegen Abtretung und Herausgabe der Versicherungspolice der Beklagten zu 1) (Policen-Nr. [redacted]).

5. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte zu 1) in Annahmeverzug befindet.

6. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, an den Kläger 4.281,03 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagten beantragt:

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Zum Sachvortrag im Berufungsrechtszug verweist der Senat ergänzend auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien.

II.

Die gemäß §§ 511, 517, 519, 520 ZPO zulässige Berufung ist weit gehend begründet.

1. Der Kläger ist hinsichtlich der geltend gemachten Schadensersatzansprüche aktivlegitimiert.

   Die Abtretungserklärung (Anlage K 14) erfasst die streitgegenständlichen Ansprüche nicht. Aus der Abtretungserklärung ergibt sich nicht, dass Ansprüche aus c.i.c. ebenfalls an die finanzierende Bank abgetreten werden. Hiergegen spricht der Wortlaut der Abtretungserklärung, welche in Ziffer 1 differenziert zwischen gegenwärtigen und künftigen Rechten für den Todesfall und gegenwärtigen und künftigen Rechten für den Erlebensfall. Dies ist ein deutlicher Hinweis darauf, dass sich die Abtretung nur auf Ansprüche aus dem Lebensversicherungsvertrag bezieht.

   Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Abtretungserklärung, wie sich aus Ziffer VII des Darlehensvertrages (Anlage K 12) ergibt, um von der finanzierenden Bank vorformulierte Klauseln handelt, welche einer Überprüfung gemäß § 305 ff BGB unterliegen (vgl. hierzu etwa BGH Versäumnisurteil vom 30.03.2010; XI ZR 200/09; Rn 20, 23). Würden nach der Auslegung nicht zu beseitigende Zweifel bestehen, was zwischen den Vertragsparteien gewollt war - wovon der Senat aber ohnehin nicht ausgeht - würden diese nach der Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders der AVB, also zu Lasten der finanzierenden Bank gehen, was im Rahmen der Prüfung der Aktivlegitimation auch im hiesigen Verfahren zu beachten wäre.

Auch aus dem Urteil des Bundesgerichtshof vom 9. 12. 1998 - XII ZR 170–96 ergibt sich nichts anderes. Dort wird im Leitsatz ausgeführt:

„Kommen bei einer Sicherungsabtretung an eine Bank für die abgetretene Forderung mehrere Anspruchsgrundlagen in Betracht, die - bei nur einmaliger Leistungsverpflichtung des Schuldners - wirtschaftlich auf den gleichen Erfolg gerichtet sind, so handelt es sich grundsätzlich um eine umfassende Abtretung".

Der auf das negative Interesse gerichtete Anspruch aus c.i.c. ist indessen wirtschaftlich nicht auf den gleichen Erfolg gerichtet, sondern zielt auf die Rückabwicklung des Vertrages.

2. Der Kläger hat gegen die Beklagte zu 1) einen Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB, da diese ihre vorvertraglichen Aufklärungspflichten ihm gegenüber verletzte.

Der Kläger gab am 30.08.2001 (Anlage B 1.4) ein Angebot auf Abschluss eines Versicherungsvertrages ab. Die Beklagte zu 1) nahm dieses Angebot mit Versicherungsschein (Anlage K 6) an.

Die Beklagte zu 1) hatte in diesem Zusammenhang die vorvertragliche Pflicht, den Kläger darüber aufzuklären, dass
der Prospekt und die weiteren Unterlagen bezüglich des Fondskonzepts "EuroPlan" fehlerhaft waren
und
die im Zusammenhang mit der von ihr angebotenen Versicherung verwandten Unterlagen unvollständig waren sowie irreführende und unrichtige Angaben enthielten.

Es kommt nicht darauf an, ob die persönlichen Berater von den Ausführungen in diesen Unterlagen abwichen und hinsichtlich der Anlage und dem Versicherungsvertrag bei dem Kläger einen Eindruck hervorriefen, der hierzu im Widerspruch

stand. Eine Beweisaufnahme war insoweit aus Rechtsgründen nicht erforderlich. Die Unterlagen selbst müssen ein zutreffendes Bild von der Anlage und der Versicherung wiedergeben. Sie waren entsprechend dem Vertriebskonzept Arbeitsgrundlage für die Beratungsgespräche und somit ursächlich für die Anlageentscheidung (BGH Urteil vom 03.12.2007 – II ZR 21/06).

a) Die Beklagte zu 1) war verpflichtet, den Kläger darüber aufzuklären, dass der Prospekt und die weiteren Unterlagen bezüglich des Fondskonzepts "EuroPlan" fehlerhaft waren.

Die Beklagte zu 1) wird in dem Kurzexposé (Anlage K 3) und in dem Prospekt (Anlage K 2) namentlich nicht erwähnt. In dem von ihr verwandten Antragsformular (Anlage B 1.4) wird aber als "Versicherungsgrund" angeben "EuroPlan". Die Beklagte zu 1) war es daher, die selbst eine Verbindung zu dem gesamten Konzept herstellte. Sie vermittelte dadurch bei ihrem Kunden den Eindruck, ihr Produkt "Lebensversicherung" sei ein Teil des Gesamtprodukts" EuroPlan und werde auch von ihr verantwortet.

Die Beklagte zu 1) hat darüber hinaus eingeräumt (Schriftsatz vom 07.09.2011 Seite 10, Bl. 417), dass sie einzelne Textbausteine gelesen und überprüft hat. Ihre Argumentation, es seien laufend geänderte Prospekte verwandt worden, die ihr nicht zu gerechnet werden könnten, folgt der Senat nicht. In dem Versicherungsantrag (Anlage B 1.4) wird ausdrücklich auf den "EuroPlan" Bezug genommen. Es ist daher die Aufgabe der Beklagten zu 1), gegenüber ihrem zukünftigen Vertragspartner klar zu stellen, welche Unterlagen und Prospekte maßgeblich sind. Sie kann diese vertragliche Verantwortung nicht auf dritte Personen abwälzen. Sie verkaufte ihr eigenes Produkt "Versicherung" unter Bezugnahme auf den "EuroPlan". Ihr war daher bewusst, dass der Kläger kein Interesse daran hatte, nur den Versicherungsvertrag abzuschließen, sondern das Gesamtkonzept wollte.

Die Beklagte zu 1) war daher verpflichtet, den Kläger vollständig und richtig über das Gesamtkonzept "EuroPlan" aufzuklären.

aa) Weder der Prospekt (Anlage K 2) noch das Kurzexpose (Anlage K 3) enthält eine ausreichende Aufklärung über die tatsächlichen Risiken der Anlage.

(1)
Das Konzept sieht vor, dass die Lebensversicherung vollständig fremdfinanziert wird. Das Darlehen soll durch einen Fonds getilgt werden. Zu den Währungsrisiken und dem Risiko der Lebensversicherung kommt das Risiko der Gewinnerwartung des Fonds hinzu. Für den Anleger tritt eine Risikohäufung ein. Gibt es bei einem dieser Bausteine Problem, so ist die gesamte Anlage gefährdet.

Gleichzeitig trägt der Anleger ein doppeltes Investitionsrisiko. Er muss hoffen, dass die Lebensversicherung und der Fonds die prognostizierten Gewinne erwirtschaften. Er riskiert dabei nicht nur sein eingesetztes Kapital in Form der Ansparung des Fonds, sondern er muss auch noch das Darlehen und die Zinsen zurückzahlen. Hierfür haftet er mit seinem gesamten Vermögen.

Der Anleger arbeitet nur mit Fremdkapital. Die Lebensversicherung wird vollständig fremdfinanziert und es besteht die Möglichkeit, das Kapital für den Fonds anzusparen. Faktisch wird eine Art finanzpolitisches Perpetuum Mobile aufgebaut. Der Darlehenvertrag tilgt die Verbindlichkeiten aus dem Abschluss der Lebensversicherung und der Fonds soll die Verbindlichkeiten aus dem Darlehensvertrag tilgen. Die Lebensversicherung läuft nahezu 100 Jahre, der Fonds soll aber schon nach 15 Jahren, die in die Lebensversicherung einbezahlte Summe zuzüglich Zinsen erwirtschaften.

Der Prospekt stellt somit nicht ausreichend dar, dass es sich um eine hochriskante Anlage handelt. Sie hat Risiken, die sich gegenseitig kumulieren. Die

Angaben im Prospekt, es könnte eine „Zusatzversorgung" und eine „Zusatzrente" aufgebaut werden, stehen dazu im Widerspruch. Eine derartig riskante Anlage ist für den Aufbau einer Altervorsorge äußerst bedenklich. Der Anleger muss in derartigen Fällen auf die Risiken hingewiesen werden, um selbst entscheiden zu können, ob er das Konzept tatsächlich für ihn geeignet ist.

(2)
Der EuroPlan-Prospekt, wirbt mit den u.a. von der Beklagten zu 1) erzielten Vergangenheitsrenditen von 11,33 % bzw. von 13,35 % p.a. (Anlage K 2 Seite 7). Diese Darstellung ist geeignet, bei dem potentiellen Versicherungsnehmer der Beklagten zu 1), welcher an diese einen nach der Konzeption des Europlans überwiegend fremdfinanzierten Einmalertrag zu zahlen hat, unzutreffende Vorstellungen über das damit einzugehende Risiko zu erwecken.

Es ist naheliegend, dass der potentielle Anleger die Belastung durch die Darlehenszinsen in Bezug zu der erwarteten Gesamtrendite setzt. Auch wenn er darüber belehrt wird, dass die in der Vergangenheit erzielten Renditen keineswegs garantiert sind und sich u.a. auch erheblich ungünstiger entwickeln können, wird die Vergangenheitsrendite des potentiellen Versicherers ein wesentliches Kriterium für seine Risikoprognose darstellen. Dies setzt allerdings voraus, dass die Verträge, mit denen die genannten Vergangenheitsrenditen erzielt wurden, mit dem vom Kläger abzuschließenden Vertrag vergleichbar sind. Dies ist nicht der Fall.

Die zu erzielende Rendite hängt erheblich vom sogenannten Fälligkeitsbonus ab, welcher meist bei Ablauf der Vertragslaufzeit anfällt. Nach der Konzeption des EuroPlans, wonach die laufenden Zinsen durch die Erträge der Lebensversicherung und durch jährliche Teilentnahmen aus der Lebensversicherung beglichen werden, ist die zu erwartende Gesamtrendite daher von vorneherein niedriger. Auszahlungen nehmen ausweislich der Poolinformationen der Be-

klagten zu 1) (Anlage B 1.3) am Fälligkeitsbonus nur im eingeschränkten Umfang teil.

Bei der Renditeberechnung ist bereits von entscheidender Bedeutung, ob der Versicherer aus dem Anlagebetrag regelmäßig an den Versicherungsnehmer Auszahlungen erbringt oder ob dem Versicherer die erwirtschaftete Rendite verbleibt und er damit weiter arbeiten kann. Garantierte Auszahlungen bergen darüber hinaus das Risiko einer Abschmelzung des eingezahlten Kapitals mit der Folge, dass in den Folgejahren nur geringe oder ggf. keine Bonuszahlungen erfolgen können (vgl. OLG Celle, Urteilt vom 31.03.2011 - 8 U 154/10, Rn. 54 juris).

Die Beklagte zu 1) hätte den Kläger daher vor Vertragsschluss darauf hinweisen müssen, dass ihre im EuroPlan dargestellten Vergangenheitsrenditen kein geeignetes Kriterium waren, sein Risiko zuverlässig abzuschätzen. Dies hat sie nicht getan. Zwar wird in der Ziffer 10. der Verbraucherinformationen (Anlage B 1.2) ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die gewünschten Auszahlungen zum Abzug von Anteilen führt, was sich nachteilig auf die Rendite auswirkt. Auch im Prospekt des EuroPlans findet sich ein Hinweis auf einen möglichen Kapitalverzehr. Diese Hinweise waren nicht geeignet, die durch die plakative Hervorhebung der Vergangenheitsrenditen im EuroPlan-Prospekt geweckte Fehlvorstellung des potentiellen Versicherungsnehmers über das Risiko der von ihm gewählten Anlage zu korrigieren.

Auch soweit in diesem Zusammenhang in EuroPlan-Prospekt in Fettdruck darauf hingewiesen wird, dass die vorgenannten Renditen bei einer monatlichen Anlage erzielt wurden, ist dies nicht geeignet, die vom Prospekt geweckten unzutreffenden Erwartungen über die zu erzielende Rendite wieder zu korrigieren.

(3)

Eine weitere eigene Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten zu 1) besteht darin, dass sie den Versicherungsnehmer nicht darüber aufklärte, dass die Fremdfinanzierung des Einmalbetrages und die daran gekoppelte regelmäßige Entnahme von Teilbeträgen aus der Versicherung zur Finanzierung der Darlehenszinsen mit erheblichen Risiken verbunden waren, die über diejenigen Risiken hinausgehen, die mit einer Zinswette (bzw. mit einem Hebelgeschäft) ohnehin verbunden sind.

Die Beklagte zu 1) hat es unterlassen, klar und unmissverständlich darauf hinzuweisen, dass mit jeder Entnahme sich die Anzahl der Anteile am Versicherungspool verringert und dass diese Abnahme der Anteile vor allem dann besonders stark ausfällt, wenn die Renditeerwartungen bereits in der Anfangsphase des Vertrages nicht erfüllt werden. Weder der EuroPlan-Prospekt noch die von der Beklagten zu 1) selbst stammenden Unterlagen weisen eindeutig und unmissverständlich darauf hin, dass eine starke Verringerung der Poolanteile schon in den ersten Jahren der Vertragslaufzeit zu einer gefährlichen Verringerung der Vermögensbasis führt. Eine solche Verringerung der Poolanteile hat zwingend zur Folge, dass selbst für den Fall einer langfristig günstigen wirtschaftlichen Entwicklung der Versicherungsnehmer nicht mehr in dem Maß an künftigen Wertssteigerungen teilnimmt, wie dies die überlassenen Prospekte glauben machen.

Vor diesem Hintergrund hätte die Beklagte zu 1) dafür Sorge tragen müssen, dass der Kläger hinreichend deutlich darauf hingewiesen wird, dass spezielle Risiken gerade bei in der Anfangsphase niedrigen Renditen bestehen, was nicht geschehen ist.

bb) Der Prospekt (Anlage K 2) ist in weiteren Punkten unvollständig und irreführend.

Es wird ein Versicherungsvertrag zu Grunde gelegt, der nicht beigefügt ist. Der Kunde schließt diesen erst zu einem späteren Zeitpunkt ab. Die Bedingungen dieses Versicherungsvertrages stehen daher noch gar nicht fest, wenn der Anleger den Prospekt erhält. Die Angaben bezüglich der Versicherung erfolgen daher „ins Blaue hinein".

Die Ausführungen zu den Begriffen „garantierte Werte", „nicht garantierte Werte" und „Marktpreisanpassung" sind nicht nachvollziehbar und spiegeln dem Anleger nur eine Berechnungsmethode vor, die in Wirklichkeit gar keine ist. Die Formulierungen werden weder verständlich erläutert, noch wird angegeben unter welchen Voraussetzungen oder in welcher Höhe ein Anspruch entstehen soll.

Die Anlage wird auf Jahrzehnte (Laufzeit bis zu 94 Jahren) abgeschossen. Dies macht eine realistische Prognose unwahrscheinlich. Auf die damit verbundenen Risiken wird nicht hingewiesen.

Der Renditevergleich ist sachlich unrichtig. Im Prospekt werden als Vergleichsgröße Lebensversicherungen mit 25 Jahren Laufzeit aufgeführt. Die abzuschließenden Lebensversicherungen sollen Laufzeiten um die 70 Jahre bis zu 94 Jahren haben. Bei dem Anleger wird daher der Eindruck erweckt, als spiele die lange Laufzeit bei der Prognose keine Rolle. Dies ist sachlich unrichtig. Der EuroPlan sieht Versicherungslaufzeiten von 73 bis 94 Jahren vor. Also muss in dem Prospekt bei der Rendite auch ein Vergleich mit derartigen Policen erfolgen.

Die Angaben der Rendite in der Vergangenheit erwecken bei dem Anleger die nicht realistische Vorstellung, diese sei auch in der Zukunft zu

erwarten. Über einen Zeitraum von bis zu 94 Jahren sind derartige Prognosen bereits dem Ansatz nach unseriös. Insoweit es nicht mehr entscheidungserheblich, ob sie in der Vergangenheit tatsächlich erzielt wurden. Die Kapitalanlage soll sogar noch einem Enkel während seines gesamten Lebens zu gute kommen, sogar wenn dieser bei Abschluss des Vertrages erst ein Jahr alt ist.

cc) Die Kurzberechnung (Anlage K 4) ist unvollständig, irreführend und enthält unrichtige Angaben.

Es wird von einem zu erwartenden Wertzuwachs von 8,5 % ausgegangen. Dies dient als Grundlage einen Totalüberschuss nach „40 Jahren" zu errechnen". Eine derartige Renditeberechnung über 40 Jahre ist willkürlich und entbehrt einer nachvollziehbaren Grundlage. In diesem Zusammenhang ist es unerheblich, ob die Rendite in der Vergangenheit erwirtschaft wurde.

Darüber hinaus fehlt in der Berechnung eine wichtige Verbindlichkeit. Die Rückzahlung des Darlehensbetrages am 01.09.2016 in Höhe von 111.111,11 € ist nicht berücksichtigt. Dem Kläger wurde daher vorgespiegelt, er würde im Jahre 2016 einen Betrag in dieser Höhe erhalten, über den er frei verfügen kann. Dies ist unzutreffend.

b) Die Beklagte zu 1) klärte den Kläger bei Abschluss des Versicherungsvertrages nicht ordnungsgemäß auf.

aa) Die Ausführungen in der "Verbraucherinformation" der Beklagten zu 1) zu der Rendite und ihrer Berechnung sind nicht nachvollziehbar und unzureichend (Anlage B 1.2 Ziffer 5.2.).

(1)
Es erfolgte keine Aufklärung, welche Berechnungsgrundlagen nachfolgender Begriffe zu Grunde liegen:

Deklarierter Wertzuwachs
Fälligkeitsbonus
Rückgabeanpassung
Rückgabebonus
Marktpreisanpassung

Die Begriffe werden zwar allgemein erläutert, es sind aber keine nachvollziehbaren Rechnungsgrößen angegeben, auf Grund welcher Tatsachen sie mit welchen Formeln berechnet werden. Die Beklagte zu 1) enthielt daher dem Kläger entgegen der Anlage D Abschnitt I Nr. 1 c) zu § 10 a VAG a.F. die Angaben über Umfang und Fälligkeit der Leistung vor.

Die Ausführungen zum deklarierten Wertzuwachs (Ziffer 5.2.3. Anlage B 1.2) und zum Fälligkeitsbonus (Ziffer 5.2.4. Anlage B 1. 2) sind allgemein gehaltene Formulierungen, die keinerlei nachvollziehbaren Anknüpfungspunkte enthalten.

So heißt es unter der Ziffer 5.2.3.
"Clerical Medical erklärt einmal pro Jahr einen deklarierten Wertzuwachs."
Der Begriff "deklarierten Wertzuwachs" wird nicht erläutert. Es fehlen jegliche Angaben dazu, auf Grund welcher konkreten Bezugsgrößen seine Höhe bestimmt wird.

So heißt es unter der Ziffer 5.2.4.
"Am Ende der vereinbarten Laufzeit...könnte ein Fälligkeitsbonus ...hinzugerechnet werden, um den Investmentperformance für den Zeitraum zu reflektieren, den sie im Pool verbleiben."
Der Begriff "Fälligkeitsbonus" wird nicht erklärt, sondern durch das gleiche Wort definiert. Das Wort "könnte" ist Konjunktiv. Es bedeutet, dass die "Möglichkeit" besteht, dass eine Ereingis eintritt. Es wird nicht erläutert, unter welcher Bedingung ein Anspruch entstehen soll.

Es fehlen somit folgende Erläuterungen:
Definition Fälligkeitsbonus
Auf Grund welcher Tatsachen besteht ein Anspruch auf den Fälligkeitsbonus
Wie berechnet sich der Fälligkeitsbonus der Höhe nach

(2)
Die Ausführungen sind darüber hinaus unzutreffend.

So heißt es in Ziffer 5.2.3 zweiter Absatz (Anlage B 1.2)

„Der Preis der Anteile steigt auf Tagesbasis anteilig dieses jedes Jahr erklärten Wertzuwachses entsprechend."

Ob der Preis der Anteile in Zukunft steigen wird, ist völlig ungewiss. Es liegt nach den obigen Ausführungen im Belieben der Beklagten zu 1), ob ein deklariert Wertzuwachs erklärt wird. Dennoch wird der Eindruck erweckt, als wäre es sicher, dass der Preis der Anteile steigen würde.

(3)
Die Formulierungen sind zum Teil auch unverständlich.

So heißt es in Ziffer 5.2.4. (Anlage B 1.2)

„Am Ende der vereinbarten Laufzeit ... könnte ein Fälligkeitsbonus zum Rücknahmewert der Poolanteile hinzugerechnet werden, um die Investmentperformance für den Zeitraum zu reflektieren, den sie im Pool verblieben."

Der Satz enthält einen Konjunktiv "könnte", ohne die Bedingung anzugeben. Er dient darüber hinaus der Verwirrung und nicht der Information. Die Formulierung "Investmentperformance für den Zeitraum zu reflektieren" mag für eine Werbebroschüre passend sein, nicht aber für eine Verbraucherinformation einer Versicherung. Zur Überzeugung des Senats dienen derartige Ausführungen nur dazu, den zukünftigen Versicherungsnehmer etwas vorzuspiegeln, auf das er keinen Anspruch hat. Es wird der Eindruck erweckt, als käme ihm ein "Fälligkeitsbonus" zu gute. Es wird aber nicht deutlich gemacht, was der Begriff überhaupt bedeutet und dass auf den "Bonus" überhaupt kein Anspruch besteht.

Aus den – nur auszugsweise genannten - Formulierungen ergibt sich zur Überzeugung des Senats das Bestreben der Beklagten zu 1), einem zukünftigen Kunden keine konkreten Informationen über die Versicherung zukommen zu lassen und stattdessen ihn davon abzulenken, dass die Rendite, die er sich erwartet, nicht nachvollziehbar ist.

(4)

Hierbei ist auch zu berücksichtigten, dass das Angebot der Beklagten zu 1) keine "klassische" Lebensversicherung beinhaltet. Die Versicherungsgeberin investiert die einbezahlten Beträge in vorher festgelegte Pools (Ziffer 5 Anlage B 1.2.). Der Anleger könnte sich ebenso gut direkt an einer der Fonds beteiligen, ohne dass es den Begriff einer "Versicherung" bedürfte.

Der Kläger erbrachte an die Beklagte zu 1) eine Einmalzahlung. Die Beklagte zu 1) trug bezüglich des "Gesamtkapitals" keinerlei Risiko und es ist auch keine Versicherungsleistung denkbar, die sie in dieser Hinsicht zu erbringen hätte. Die Beklagte zu 1) gewährt im Todesfall lediglich einen 1 % Aufschlag auf den Rücknahmewert bzw. den Wert der Anteile/Einheiten (Ziffer 6 Anlage B 1.1, Ziffer 11 Anlage B 1.2). Sie garantiert noch nicht einmal für die eingezahlte Summe, sondern gewährt nur den genannten Aufschlag von 1 %. Würde man von der Einzahlungssumme von 100.000,00 € ausgehen, so wären dies gerade einmal 1000,00 €.

Neben den laufenden Verwaltungsgebühren (Ziffer 5.4 Anlage B 1.2) wird eine Einrichtungsgebühr von 7,5 % fällig (Ziffer 8 Anlage B 1.1.). In dem Verfahren wäre dies eine Summe von 7.500,00 €. Die Zahlen verdeutlichen, dass die Beklagte zu 1) dem Kläger faktisch eine Fondsverwaltung anbot. Die Beklagte zu 1) wirtschaftet mit dem eingezahlten Kapital nicht eigenständig, sondern legt es nur in speziellen Fonds an. Es war ihr daher jederzeit möglich, die Abrechnungskriterien nachvollziehbar und verständlich dem Anleger mitzuteilen. Stattdessen verwandte sie klausulierte Formulierungen, die keine nachvollziehbaren Inhalte haben. Der Anleger kann somit nicht nachvollziehen, welche Ansprüche gegen die Beklagte zu 1) auf Grund des abgeschlossenen Vertrages bestehen sollen.

c) Zur Überzeugung des Senats handelte die Beklagte zu 1) zumindest fahrlässig (zum Verschuldensgrad vgl. Urteil des Bundesgerichtshofs vom 12.05.2009 – XI ZR 586/07). Bei einer zweifelhaften Rechtsfrage handelt bereits fahrlässig, wer sich erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt, in dem er eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit des fraglichen Verhaltens ernsthaft in Betracht ziehen muss (BGH NJW 1972, 1045).

3. Diese Ansprüche aus der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten (§ 311 Abs. 2 Nr. 1, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB) sind nach den allgemeinen Vorschriften nicht verjährt.

Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 09.11.2007 – V ZR 25/07 - beginnt die kenntnisabhängige Verjährungsvorschrift für jeden Aufklärungsfehler gesondert zu laufen. In dem Verfahren liegen mehrere dieser Fehler vor.

In allen Fällen ist der Anspruch allerdings bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Versicherungsvertrages gemäß § 199 Abs 1. Nr. 1 BGB entstanden und der Kläger kannte auch die Person der Schuldnerin im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Er hatte als Gläubiger aber von den den Anspruch begründenden Tatsachen innerhalb verjährungsrelevanter Zeit keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis erlangt (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB).

Zwar setzt der Verjährungsbeginn grundsätzlich nur die Kenntnis der den Anspruch begründenden Tatsachen voraus. Es ist in der Regel nicht erforderlich, dass der Gläubiger aus den ihm bekannten Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht. Nur ausnahmsweise kann die Rechtsunkenntnis den Verjährungsbeginn hinausschieben, wenn eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage vorliegt, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag. In diesem Fall fehlt es an der Zumutbarkeit der Klageerhebung als über-

greifender Voraussetzung für den Verjährungsbeginn (BGH Urteil vom 20.01.2009 – XI ZR 504/07).

In dem Verfahren lagen dem Anleger die Unterlagen vor. Es genügt allerdings noch nicht, dass Renditeerwartungen nicht eingetreten sind. Daraus ergeben sich noch nicht die genauen Umstände, die für eine Pflichtverletzung der Beklagten zu 1) maßgeblich sind. Die Pflichtverletzung besteht unter anderen darin, dass Renditen von 25 jährigen Verträgen dazu benutzt wurden, Renditen von 70 bis 94 jährigen Verträgen vorauszusagen. Die kurzfristig erzielten Renditen beinhalten somit keine ausreichende Kenntnis,

Darüber hinaus vermag der Senat auf Grund der besonderen Umstände des Verfahrens nicht zu erkennen, dass der Kläger zumindest grob fahrlässige Unkenntnis im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB hatte. Es fehlt zumindest an einer Zumutbarkeit der Klageerhebung. Dem Anleger kann kein Vorwurf im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB gemacht werden, wenn er es unterließ, den Inhalt von Prospekten oder Unterlagen zur Kenntnis zu nehmen (BGH Urteil vom 08.07.2010 – III ZR 249/09).

4. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger bei ordnungsgemäßer Aufklärung sich dennoch für die Anlage entschieden hätte (BGH, Urteil vom 09.02.2006 – III ZR 20/05). Dem Anleger kommt die Vermutung zugute, dass er sich bei korrekter Aufklärung nicht gezeichnet hätte (BGH Teilurteil vom 12.02.2009 – III ZR 119/08). Zur Überzeugung des Senats sind dabei auch die besonderen Umstände des Verfahrens zu berücksichtigen.

Steht eine Aufklärungspflichtverletzung fest, streitet für den Kläger die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, weshalb der Aufklärungspflichtige darlegen und beweisen muss, dass der Kläger auch bei richtiger Aufklärung nicht gezeichnet hätte (vgl. zuletzt BGH Urteil vom 12.05.2009 - XI ZR 586/07). Diese Kausalitäts-

vermutung ist nicht widerlegt (BGH Beschluss vom 09.03.2011 – XI ZR 191/10 Rz 33/34). Deshalb war eine Vernehmung des Klägers nicht geboten.

Es sind keine Anhaltspunkte zu erkennen, die eine Widerlegung der Vermutung rechtfertigen würden. Wie der Senat eingangs ausführte, sind der Prospekt, die Unterlagen und die Erläuterungen im Zusammenhang mit dem Abschluss des Versicherungsvertrages in wesentlichen Punkten unklar, widersprüchlich und fehlerhaft.

Etwaige Zeugen waren aus Rechtsgründen zur Frage der Kausalität nicht zu vernehmen. Über die inneren Gedankenvorgänge des Klägers, wie er sich verhalten hätte, wenn er ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre, können die Zeugen nichts bekunden. Diese Vorgänge liegen nicht in ihrem Wahrnehmungsbereich.

5. Gemäß § 280 i. V. m. § 249 BGB sind dem Kläger die Kosten für die Beteiligung zu erstatten und die erlittenen Nachteile auszugleichen. Es ist ihm also das negative Interesse zu ersetzen.

Der Kläger schloss mit der Beklagten zu 2) einen Vergleich (Anlage K 33) und berechnet den Schaden neu. Die insoweit vorliegende Klageänderung ist sachdienlich (§ 533 ZPO).

a) Der Kläger nahm zu Erfüllung des mit der Beklagten zu 1) abgeschlossenen Versicherungsvertrages bei der Beklagten zu 2) ein Darlehen in Höhe von 111.111,11 € zuzüglich 4 % Zinsen p.a. auf. Die "Versicherungssumme" in Höhe von 100.000,00 € wurde an die Beklagte zu 1) ausbezahlt. Der Kläger ist so zu stellen, als habe er den Versicherungsvertrag nicht abgeschlossen. Die Beklagte zu 1) musste daher ursprünglich den Kläger bezüglich dieses Betrages freistellen.

Der Kläger schloss mit der Beklagten zu 2) einen Vergleich (Anlage K 33). Diese Vereinbarung ist kein Vertrag zu Lasten der Beklagten zu 1) als nicht beteiligte Dritte. Die Beklagte zu 1) ist verpflichtet, den Kläger den gesamten Schaden zu ersetzen. Die Beklagte zu 2) und der Kläger sind nicht gehindert, eine Vereinbarung zu treffen, die den Kläger entlastet, wenn er seinen Ansprüche gegen die Beklagte zu 1) nicht durchsetzten kann. Der Vergleich enthält bezüglich der neuberechneten Zinsen ein Nachgeben der Beklagten zu 2), die dem Kläger und auf Grunde der Schadensberechnung auch der Beklagten zu 1) zu gute kommt.

b) Der Kläger hat gegen die Beklagte zu 1) einen Anspruch auf Zahlung von 93.565,97 €. Im Übrigen war die Klage abzuweisen.

Die Beklagte zu 1) hat dem Kläger folgende Schadenspositionen zu ersetzen:

(1)

Teilrückzahlung Darlehen (Ziffer II (1) der Anlage K 33):	91.111,11 €
Abzüglich gutgeschrieben Zinsen (Anlage K 34)	5.850,88 €
Zuzüglich Zinsen	
1.1. bis 31.01.2012 auf den Betrag von 91.111,11 € (Anlage K 34)	370,37 €
Gesamt	85.630,60 €

Der Kläger hat diesen Betrag aus seinem Vermögen an die Beklagte zu 2) bezahlt. Rechtlich ist es unerheblich, ob er hierzu Investmentfonds an die Beklagte zu 2) übertrug oder diese in sonstiger Weise verwertete. Erstattungsfähig ist der Betrag, den der Kläger als Schuldner an die Beklagte zu 2) als Gläubigerin zu zahlen hat.

Aus diesem Grund kann der Kläger auch nicht die Erstattung von Beträgen verlangen, die er in Fonds einbezahlte und die an die Beklagte zu 2) übertragen wurden. Ein Schuldner, der von seinem Sparbuch eine Summe abhebt, um damit eine Gläubigerin zu befriedigen, kann von der Schädigerin nur diese Summe verlangen. Er hat keinen Anspruch, dass er zusätzlich die auf dem Sparbuch eingezahlten Beträge erhält. Er hätte nämlich sonst nicht nur die Summe zurück erhalten, die er von seinem Sparbuch abgehoben hat, sondern den doppelten Betrag. Da die Fonds verwertet wurden, finden sie auch keinen Eingang in die Zug um Zug Verurteilung. Der Kläger hat die Bezahlung des Betrages nachvollziehbar und zur Überzeugung des Senats dargetan (Anlagen K 35 bis K 39).

Der Kläger war auch nicht gehindert, im Rahmen einer zulässigen Klageänderung (vgl. oben) seinen Schaden nunmehr an Hand des abgeschlossen Vergleiches (Anlage K 33) zu berechnen. Die Beklagte zu 1) wurde durch den neu vorgetragenen Schaden nicht benachteiligt, sondern begünstigt. Der Vergleich enthält eine Zinsgutschrift, die der Beklagten zu 1) zu Gute kommt. Gleichzeitig verringert sich der Betrag, bezüglich dessen die Beklagte zu 1) den Kläger gegenüber der Beklagten zu 2) freistellen muss. Insoweit wird die Beklagte zu 1) weder begünstigt noch benachteiligt.

(2)
Bezüglich der weiteren Schadenspositionen ist von Folgendem auszugehen:

Der Kläger zahlte an die Firma Röbke & Partner GmbH eine Vermittlungsgebühr von 5.555,56 €, wie sich aus der Anlage K 17/18 ergibt. Diese ist zu ersetzen.

Der Kläger zahlte ferner auf Grund des Darlehnsvertrages an die Beklagte zu 2) unstrittig folgende Zinsen;

Jahr 2002	5.433,32 €
Jahr 2003	5.433,32 €
Jahr 2004	5.433,32 €
Jahr 2005	5.433,32 €
Jahr 2006	5.433,32 €
Jahr 2008	5.433,32 €

Die Beklagte zu 1) bestritt folgende Zahlungen:

Jahr 2001	799,91 €
Jahr 2007	5.433,32 €
Jahr 2009	4.074,99 €

und stellt nur unstrittig, dass in den Jahren 2007 und 2009 jeweils nur 2.716,66 € an Zinsen bezahlt wurden.

Zur Überzeugung des Senats ist die Anlage K 15 geeignet, den Beweis für die Abbuchungen zu erbringen. Es handelt sich um Auszüge eines Kontos des Klägers, die die Beträge und den jeweiligen Empfänger ausweisen. Soweit Zahlungen bestritten wurden, ergibt sich daraus Folgendes:

Zu Gunsten der Beklagten zu 2) erfolgten folgende Abbuchungen:

am 28.12 (Auszug 1 für das Jahr 2001)	799,91 €
am 02.01.2008	1.358,33 €
am 31.03.2008	1.358,33 €
am 30.06.2008	1.358,33 €
am 20.12.2008	1.358,33 €
am 31.03.2009	1.358,33 €
am 30.06.2009	1.358,33 €

Insgesamt ist bezüglich der Zinszahlungen ein Betrag von 41.549,81 € in Ansatz zu bringen.

Die Ausschüttungen, die der Kläger erhielt, sind gegen zu rechnen. Nach dem Sachvortrag des Klägers hat er 36.990,00 €, nach dem Sachvortrag der Beklagten zu 1) hat er 39.170,00 € erhalten.

Aus der Anlage B 1.14 ergibt sich, dass der Kläger von der Beklagten zu 1) folgende Ausschüttungen erhielt:

1 x 810,00 €

28 x 1.370,00 €

Insgesamt: 39.170,00 €

Zur Überzeugung des Senats erbringt die Anlage B 1.14 den Beweis für die Auszahlungen. Es handelt sich um ein offizielles Schreiben der Beklagten zu 1) an den Kläger, das den aktuellen Stand seiner Lebensversicherung wiedergibt.

Der Kläger hat gegen die Beklagte zu 1) somit folgenden Anspruch:

	85.630,60 €
Zuzüglich	5.555,56 €
Zuzüglich	41.549,81 €
Abzüglich	39.170,00 €
Insgesamt	93.565,97 €

c) Die Ersatzpflicht der Beklagten zu 1) erstreckt sich gemäß § 249 Abs. 1 BGB auch auf Freistellung des Klägers von den noch bestehenden restlichen Darlehensverbindlichkeiten inklusive Zinsen bei der Beklagten zu 2) (Anlage K 33 Ziffer II (2)). Insoweit wurde durch den Vergleich hinsichtlich der Beklagten zu 1) keine nachteilige Regelung getroffen, da dieser Anspruch der Beklagten zu 2) auf dem ursprünglich abgeschlossenen Darlehensvertrag (Anlage K 12) beruht.

d) Die Beklagte zu 1) kann dem Kläger kein Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB zur Last legen Sie kann ihre Pflicht, den Kläger ordnungsgemäß zu informieren, nicht auf diesen abwälzen. Es ist ausschließlich ihre Aufgabe, dafür zu sorgen, dass sie ihren Pflichten nachkommt und sämtliche Unterlagen und Information für die Kunden ordnungsgemäß sind.

e) Der Anleger ist im Rahmen des § 254 BGB oder aus sonstigen Gründen nicht verpflichtet, keinen Vergleich mit der Beklagten zu 2) abzuschließen oder die Interessen der Beklagten zu 1) hierbei zu deren Gunsten wahrzunehmen. Es darf nur keine Vereinbarung zu Lasten Dritter geschlossen werden.

Der Geschädigte darf nicht mit den Risiken belastet werden, die die Schädigerin zu tragen hat (vgl. zur Rolle des Gläubigers Palandt/Grüneberg, BGB; 71. Aufl., § 421 Rn 1 „Paschastellung"). Ohne die unzureichende Aufklärung

durch die Beklagte zu 1) hätte der Kläger den Versicherungsvertrag und den Darlehensvertrag nicht gezeichnet. Er hat somit einen Anspruch gegen die Beklagte zu 1), so gestellt zu werden, als wären die Verträge nicht unterzeichnet worden

Der Kläger war daher im Verhältnis zu der Beklagten zu 1) nicht verpflichtet, aufgrund einer Schadensminderungsverpflichtung im Sinne von § 254 BGB vorrangig die Beklagte zu 2) in Anspruch zu nehmen. Es ist nämlich grundsätzlich Sache des Gläubigers selbst und steht daher in seinem eigenen Belieben, jeden Gesamtschuldner, auch wenn verschiedene Schuldgründe gegeben sein sollten, ganz oder teilweise in Anspruch zu nehmen (vgl. Palandt/Grüneberg, aaO. Rn. 12). Sinn und Zweck eines Gesamtschuldverhältnisses sind nämlich gerade nicht darauf ausgerichtet, den einzelnen Gesamtschuldner durch den Verweis auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme des jeweils anderen Gesamtschuldners zu entlasten, sondern den Gläubiger zu stärken (Palandt/Grüneberg, aaO. Rn. 1).

Der Kläger hat ein schutzwürdiges Interesse, die Risiken des Verfahrens zu begrenzen. Er kann den Ausgang des Verfahrens nicht voraussehen, so dass er nicht gehindert ist, mit einem Gesamtschuldner einen Vergleich zu vereinbaren, der ihn absichert.

f) Der Kläger hat keinen Anspruch auf Erstattung der außergerichtlichen Anwaltskosten. Insoweit war die Klage abzuweisen. Zur Überzeugung des Senats widerspricht die Geltendmachung dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB und stellt gleichzeitig einen Verstoß gegen § 254 BGB dar.

Das außergerichtliche Schreiben an die Beklagte zu 1) seitens der Klägerseite diente nicht dazu, einen Erfolg zur Beilegung des Streites zu leisten, sondern es verursachte lediglich zusätzliche Kosten. Ein Geschädigter darf aber nach dem Grundgedanken der §§ 242 und 254 BGB die Schadenshöhe nicht

bewusst nach oben treiben, sondern muss sich auch im Interesse des Schädigers bemühen, keine zusätzlichen, überflüssigen Kosten zu verursachen.

In dem Schreiben vom 16.03.2009 wird die Beklagte zu 1) aufgefordert, eine verbindliche Erklärung zur Übernahme der Haftung bis zum 31.03.2009 abzugeben (Anlage K 19, Seite 4). Obwohl dem Kläger die genaue Höhe des Schadens bekannt war, da er es war, der die Ausschüttungen erhielt, sollte die Beklagte ein unbeziffertes Anerkenntnis abgeben. Dies ist für eine Schuldnerin unzumutbar. Aus diesem Umstand ergibt sich zur Überzeugung des Senats, dass das Schreiben in erster Linie dazu diente, weitere Gebühren zu verursachen.

g) Der Schadensersatzanspruch des Klägers ist nicht durch die Anrechnung von Steuervorteilen im Wege der Vorteilsausgleichung zu reduzieren.

Die mit dem Anlagemodell verbundenen Steuervorteile resultieren aus den damit verbundenen Werbungskosten (Prospekt Anlage K 2 Seite 19). Steuervorteile, die sich durch den Ansatz von Werbungskosten zunächst ergeben haben, werden jedoch bei einer Rückabwicklung im Wege des Schadensersatzes durch die Besteuerung der Schadensersatzleistung im Veranlagungszeitraum ihres Zuflusses regelmäßig wieder korrigiert. Erstattete Werbungskosten sind nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes im Jahr des Zuflusses als Einkünfte aus der Einkommensart zu qualifizieren, in der sie zuvor geltend gemacht wurden. Steuerrechtlich sind Einnahmen einer Einkunftsart auch die Rückflüsse von Aufwendungen, die zuvor bei der Ermittlung der Einkünfte dieser Einkunftsart als Werbungskosten abgezogen worden sind.

Der Bundesgerichtshof führte in seinem Urteil vom 05.07.2010 - III ZR 337/08 ergänzend aus, es entspreche gefestigter Rechtsprechung, dass Tarifermäßigungen eine Schädigerin nicht entlasten dürfe, weil sie sonst nicht dem Geschädigten zugute kämen, dem die Steuervergünstigung aus einem

besonderen Anlass gewährt worden sei (BGH aaO. Rz 50). Darüber hinaus sei für eine exakte Errechnung von Steuervorteilen unter Gegenüberstellung der tatsächlichen mit einer hypothetischen Vermögensanlage angesichts der vielfältigen Besonderheiten und Möglichkeiten der konkreten Besteuerung und ihrer unterschiedlichen Entwicklung in verschiedenen Besteuerungszeiträumen häufig ein unverhältnismäßiger Aufwand erforderlich. Eine nähere Berechnung sei daher nur dann angezeigt, wenn Anhaltspunkte dafür bestünden, dass der Geschädigte außergewöhnliche Steuervorteile erzielt habe. (BGH aaO. Rz. 34)

In dem vorliegenden Verfahren vermag der Senat keine Anhaltspunkte für außergewöhnliche Steuervorteile zu sehen. Der Bundesgerichtshof (BGH aaO Rz. 36) weist in diesem Zusammenhang auch zu Recht darauf hin, dass eine exakte Berechnung der Steuervor- und -nachteile erst in einem späteren Verfahren möglich wäre. Dies wäre mit derartig vielen Unsicherheiten verbunden, dass die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen in einer Art und Weise erschwert werden würde, die nicht mehr zumutbar ist.

Zur Überzeugung des Senats ergibt sich aus der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darüber hinaus der allgemeine Rechtsgedanke, dass die Schädigerin die eigentliche Ursache setzt und hierfür einstehen muss. Ohne das schädigende Ereignis und das schuldhafte Handeln einer Schädigerin müsste der Geschädigte sich nicht mit diesen Problemen auseinanderzusetzen. Gleichzeitig hat die Schädigerin die berechtigten Ansprüche des Klägers nicht sofort anerkannt, sondern deren Verwirklichung durch ein Verfahren hinausgezögert.

6. Die Verurteilung hat Zug um Zug gegen Abtretung und Herausgabe der Versicherungspolice zu erfolgen.

Die Klagepartei hat einen Anspruch im Rahmen der Schadenswiedergutmachung gemäß § 280 i. V. m. § 249 BGB, dass sie so gestellt wird, als hätte sie nicht gezeichnet. Sie muss Zug um Zug herausgeben, was sie dadurch erlangte (vgl. BGH, Beschluss vom 30.06.2009 – XI ZR 266/08). In dem Verfahren ist dies der Versicherungsvertrag. Der Kläger muss daher Versicherungspolice an die Beklagte zu 1) abtreten und herausgeben.

7. Dem Antrag, festzustellen, dass sich die Beklagte zu 1) mit der Annahme in Verzug befindet, war stattzugeben.

Für die Erfüllung der Zug um Zug Verurteilung hat der Kläger spätestens mit Erhebung der Klage alles seinerseits Erforderliche getan. Mit der Annahme befindet sich die Beklagte zu 1) somit spätestens seit der Klageerhebung in Verzug (BGH Beschluss vom 20.12.2011 – XI ZR 295/11).

8. Die Zinsentscheidung beruht auf § 291 BGB. Zinsen ab Rechtshändigkeit waren ab dem Zeitpunkt der Zustellung der jeweiligen Anträge auszusprechen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1; § 92 Abs. 1, § 516 Abs. 3 ZPO.

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

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzung des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

Dr.Wölfel	Nagorsen	Weber
RiOLG	RiOLG	RiOLG

Für den Gleichlaut der Ausfertigung
~~Abschrift~~ mit der Urschrift:
München, den 22. JUNI 2012
Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts
München
Justizangestellte