
Datum: 25.01.2017
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 14. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-14 U 65/15
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2017:0125.I14U65.15.00

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 19. Juni 2015 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf (8 O 595/13) unter Zurückweisung ihres weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin über den bereits rechtskräftig zuerkannten Betrag von 13.399,85 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23. Dezember 2012 und weiteren 803,99 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12. März 2014 hinaus weitere 4.139,20 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12. März 2014 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz werden zu 89 % der Klägerin und zu 11 % der Beklagten auferlegt.

Die Kosten des Berufungsrechtsstreits trägt die Klägerin.

Dieses und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Den Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der jeweils anderen Partei gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn die die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe	1
I.	2
Die in der Rechtsform einer GmbH geführte Klägerin nimmt die beklagte Bank auf der Grundlage eines Kreditgutachtens des Sachverständigen R H vom 27. November 2012 aus eigenem und abgetretenem Recht ihres Anfang Februar 2016 verstorbenen Gesellschafters Dr. R M (im Weiteren Zedent genannt) auf Erstattung überzahlter Zinsen und zu Unrecht vereinnahmter Zinssicherungs- und Kontoführungsgebühren im Zusammenhang mit mehreren Darlehensverträgen in Anspruch, die sie im Hinblick auf die Finanzierung ihres Klinikumbaus mit der Beklagten abgeschlossen hatte sowie auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit der Umbaufinanzierung.	3
Durch Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 19. Juni 2015, auf dessen tatsächliche Feststellungen und Entscheidungsbegründung gemäß § 540 ZPO Bezug genommen wird, wurde die Beklagte verurteilt, an die Klägerin wegen fehlerhafter Zinsanpassungen 13.399,85 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23. Dezember 2012 zu zahlen sowie der Klägerin für das eingeholte Kreditgutachten Sachverständigenkosten in Höhe von 803,99 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12. März 2014 zu erstatten. Die Schadensersatzklage wegen fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit der Umbaufinanzierung hat das Landgericht demgegenüber abgewiesen.	4
Gegen diese Entscheidung wendet sich die Klägerin mit ihrer form- und fristgemäß eingelegten Berufung, mit der sie ihr erstinstanzliches Klageziel unter Erweiterungen weiterverfolgt.	5
Im Gegensatz zu den vom Landgericht getroffenen Feststellungen legt der Senat seiner Entscheidung den nachfolgenden Sachverhalt zugrunde, worauf er die Parteien bereits in seinem Hinweisbeschluss vom 6. Januar 2016 hingewiesen hatte:	6
Die Klägerin, die eine private Zahnklinik und eine Klinik für plastische Chirurgie betreibt, unterhielt bei der Beklagten unter der Kundenstamnummer 6... die hier im Berufungsrechtsstreit allein noch interessierenden Darlehenskonten mit den Anfangsziffern 005, 015 und 035.	7
Am 20./21. September 2004 gewährte die Beklagte der Klägerin ein Darlehen über 1.310.000 € (0...) mit Verwendungszweck Klinikumbau und ein weiteres Darlehen über 65.000 € (0...), das der Finanzierung von Nebenkosten diene. In beiden Darlehensverträgen ist bestimmt, dass die Darlehen in einer Summe, spätestens zum Laufzeitende, der mit dem 30. Dezember 2020 angegeben worden ist, zurückgezahlt werden sollten, wobei Sondertilgungen jeweils zum Quartalsende möglich waren. Als Sicherheit waren u.a. eine offen zu legende Abtretung der Rechte und Ansprüche aus einer Risikolebensversicherung mit einem Todesfallschutz in Höhe von mindestens 1.250.000 € sowie eine selbstschuldnerische Bürgschaft des Alleingesellschafters und Zedenten über 1.375.00.000 € beizubringen. (Gutachten H, Anlagen zu Darlehen 005 6093 159 und 015 6093 159). Schließlich gewährte die Beklagte der Klägerin im Folgejahr durch schriftlichen Darlehensvertrag vom 2./7. Juni 2005 (035 6093 159) noch ein Darlehen über 1.000.000 € zum Zwecke des Klinikumbaus und zur Klinikausstattung, welches ebenfalls in einer Summe, spätestens zum Laufzeitende am 30. Dezember 2020 zurück zu zahlen war. Als Sicherheiten waren für dieses Darlehen eine seitens des Zedenten offen zu legende Abtretung der Rechte und Ansprüche aus einer	8

Rentenversicherung (Jahresprämie von mindestens 36.000 €) in Höhe eines erstrangigen Teilbetrages von 1.000.000 € im Erlebensfall sowie einem Todesfallschutz von mindestens 1.188.000 €, sowie eine selbstschuldnerische Bürgschaft in Höhe von 2.425.000 € im Austausch zu der über 1.375.000 € beigebrachten Bürgschaft nachzuweisen (Gutachten H, Anlagen zu Darlehen 035 6093 159). Daraufhin schloss der Zedent am 2. Juni 2005 mit Versicherungsbeginn 1. August 2005 bei der D-versicherung eine fondsgebundene Rentenversicherung mit Kapitalwahlrecht (Versicherungsscheinnummer 19844596 004) und einer monatlichen Versicherungsprämie von 3.000 € ab, die ab dem 1. August 2038 eine monatliche Rente des Zedenten in Höhe von 44,62 € je 10.000 € Fondsvermögen oder nach Wahl eine einmalige Kapitalabfindung des Zedenten sowie als Todesfallsumme einen Betrag von 1.188.000 € vorsah. (Gutachten H, Anlagen zu D.. 19844596004). Bei dieser Versicherung sollten die Versicherungsprämien in den A, einem wachstumsorientierten Dachfonds mit einem Aktienfondsanteil von mindestens 80 % eingezahlt werden. Durch Abtretungsvereinbarung vom 31. August 2006 zwischen der Beklagten und dem Zedenten trat dieser sodann alle ausschließlich für den Todesfall entstehenden gegenwärtigen und künftig entstehenden Ansprüche und Rechte gegen die D -Versicherung AG aus dem Rentenversicherungsvertrag in voller Höhe an die Beklagte ab. Diese Abtretung diente auch der Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche der Beklagten gegen die Klägerin u.a. aus den Darlehensverträgen vom 20./21. September 2004 über 1.310.00 € und 65.000 € (Gutachten H, Anlagen zu D 19844596004).

Die Klägerin hat in ihrem Schriftsatz vom 28. Januar 2016 mitgeteilt, der vom Senat in seinem Hinweisbeschluss vom 6. Januar 2016 dargestellte Sachverhalt gebe den Akteninhalt zutreffend wieder. Allerdings sei der unstreitige Sachverhalt um den Gesichtspunkt zu ergänzen, dass der Zeuge H im Anschluss an ein mit dem Zedenten am 25. Mai 2005 geführtes Gespräch den nachfolgenden Vermerk gefertigt habe: 9

„Bin gerade aus dem Gespräch mit Dr. M hinsichtlich der Tilgung des neuen Darlehens. Wie machen statt Fonds doch lieber die beigelegte LV, die gerade geschlossen wurde. Bitte die Verträge mit der engen Abtretung dieser RentenLV so fertigmachen und zusenden. Entschuldigen Sie bitte diesen “formalen Weg“ der Änderung. Vielen Dank“ 10

Auf der 2. Seite desselben Dokuments befindet sich ein Genehmigungsvermerk vom 2. Juni 2006 (dies entspricht dem Datum des Darlehensvertragsangebots Nr. 035 6093 159) mit dem handschriftlichen Vermerk 11

„Tilgungsänderung vertretbar“. 12

Die nachträgliche Widmung der Lebensversicherung als Tilgungersatz für das Darlehen mit der Anfangsziffer 035 habe der erklärten Absicht der Beklagten entsprochen, dies sei lediglich in den Vertragsunterlagen nicht hinreichend zum Ausdruck gekommen. Eventuell sei die kurzfristige Änderung des Tilgungsmodells der Grund dafür, dass der Darlehensvertrag hinsichtlich Laufzeit, Tilgung etc. nicht mehr rechtzeitig angepasst worden sei. Außerdem sei aufgrund des vorzitierten Vermerks zu vermuten, dass der Versicherungsvertrag nicht erst am 2. Juni 2005 sondern spätestens am 25. Mai 2005 abgeschlossen worden sei. Lediglich die Versicherungspolice sei erst am 2. Juni 2005 ausgestellt worden. Vor diesem Hintergrund sei die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Tilgungsaussetzungsmodellen zumindest entsprechend auf die vorliegende Fallkonstellation anzuwenden. Die Tatsache, dass ein von der Bank selbst unstreitig empfohlenes und von den Parteien beschlossenes Vertragsmodell von der Bank in den maßgeblichen Vertragswerken entweder gar nicht oder nur bruchstückhaft dokumentiert worden sei, könne die Bank nicht von der Erfüllung derjenigen Aufklärungspflichten befreien, die mit jenem Vertragsmodell verknüpft seien. Hieran ändere 13

auch die formale Aufspaltung des Vertragsverhältnisses und der Beratung auf zwei verschiedene Vertragspartner nichts, weil die Beklagte die Klägerin und den Zedenten als wirtschaftliche Einheit gesehen habe.

Zudem – so meint die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 21. Dezember 2016 – sei eine rein objektive Auslegung von Vertragserklärungen gegen den übereinstimmenden Parteiwillen unzulässig. Bereits ihre Klageschrift vom 6. Dezember 2013 enthalte unter Ziffer II.4 den Satz, der Abschluss der Rentenversicherung habe erklärtermaßen dem Tilgungsersatz gedient. Daraufhin habe die Beklagte in ihrer Klageerwiderung vom 24. Juni 2014 unter Ziffer 5 erwidert, dass auch sie davon ausgehe, dass mit dem Gesellschafter der Klägerin nicht nur über die fondsgebundene Rentenversicherung in Kombination mit dem Tilgungsaussetzungsdarlehen gesprochen worden sei. Der Gesprächsvermerk des Zeugen H vom 25. Mai 2005 dokumentiere, dass anstelle eines ursprünglich vorgesehenen Fondssparplans die nunmehr streitgegenständliche Lebensversicherung treten solle. Den Abschluss eines Fondssparplans als Tilgungsersatz habe der Kreditausschuss der Beklagten ausdrücklich zur Voraussetzung für die Darlehensgewährung gemacht. So heiße es auf Bl. 3 des Kreditprotokolls der Klägerin vom 23. Mai 2005 unter der Überschrift „Votum Marktfolge“ wörtlich: „Auflage: Abschluss Fondssparplan als Tilgungsersatz in ausreichender Höhe und Verpfändung der Ansprüche“ (Anlage K27a). Dass an die Stelle des Fondssparplans schließlich die fondsgebundene Lebensversicherung getreten sei, führe zu keiner Änderung des Parteiwillens, der nach wie vor auf die Tilgungswidmung der vereinbarten Sicherungsinstrumente gerichtet gewesen sei. Weder die Diskrepanz der Laufzeiten noch die Beschränkung der Sicherungsabtretung lege ein Abstandnehmen der Parteien vom Tilgungsaussetzungsmodell nahe. Vielmehr hätten gerade diese vertraglichen Regelungen der erfolgreichen Umsetzung dieses Modells gedient. Mit Wirkung zum 1. Januar 2005 hätten sich nämlich die gesetzlichen Rahmenbedingungen für die – vollständige oder teilweise – Steuerfreiheit von Überschussbeteiligungen aus Lebensversicherungsverträgen geändert. Seit diesem Zeitpunkt gelte eine deutlich verschärfte Regelung, wonach überhaupt nur noch die Hälfte der Erträge aus der Überschussbeteiligung steuerfrei hätte vereinnahmt werden können. Voraussetzung hierfür sei u.a., dass die Auszahlung vertragsgemäß erst nach Vollendung des 60. Lebensjahres erfolge. Ausgehend vom Geburtsdatum des Zedenten (17.11.1968) hätte nach den seit 2005 geltenden Regelungen das Versicherungskapital frühestens Ende 2028 oder im Jahr 2029, somit frühestens 8 bzw. 9 Jahre nach dem vereinbarten Auslaufen des Darlehensvertrages ausgezahlt werden dürfen. Zur Vermeidung steuerlicher Nachteile hätte das Versicherungsguthaben also keinesfalls im Jahr 2020 – bei offizieller „Rückzahlungsfälligkeit des Darlehens – ausbezahlt werden dürfen, weil in diesem Fall die Überschussbeteiligungen aus der Lebensversicherung in vollem Umfang steuerpflichtig gewesen wären. Für die gewählte Vertragsgestaltung habe es folglich handfeste ökonomische Gründe gegeben, die aber nach dem übereinstimmenden Parteiwillen an der „Tilgungswidmung“ der streitgegenständlichen Kapitallebensversicherung nichts hätten ändern sollen. Zwar seien die exakten steuerlichen Gegebenheiten den Prozessbevollmächtigten der Klägerin bislang nicht bekannt gewesen und dürften auch der Klägerin und dem Zedenten nicht geläufig gewesen sein, umso mehr aber der Beklagten, die sich als Initiatorin des Vertragsmodells um eine möglichst steuergünstige Umsetzung des Modells hätte bemühen müssen.

Jedenfalls bestehe ein Ersatzanspruch der Klägerin aus abgetretenem Recht des Zedenten in Gestalt der wirtschaftlichen Rückabwicklung des streitgegenständlichen Versicherungsvertrages unter dem Gesichtspunkt der unterlassenen Aufklärung über vereinnahmte Provisionen und über den hieran anknüpfenden Interessenkonflikt der Beklagten. Bei der fondsgebundenen Rentenversicherung, aus der nach Aussagen des

Beraters H bei Auflösung mindestens 3 Mio € zu erwarten seien, habe es sich für den Zedenten um eine Kapitalanlage, bei der Beratung durch die Beklagte folglich um eine Kapitalanlageberatung gehandelt. . Anders als in dem vom Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 1. Juli 2014 (- XI ZR 247/12, WM 2014, 1621-1624) entschiedenen Fall seien die dem Zedenten verheimlichten Provisionsflüsse für diesen keinesfalls offensichtlich gewesen. Zwar möge es sein, dass die Zahlung einer Provision durch die Versicherung an den Vermittler einem überkommenen, allgemein bekannten Handelsgebrauch entspreche. Dies gelte aber nicht für die Zahlung einer Provision, die wie hier an die Beklagte durch den Zielfonds der fondsgebundenen Versicherung geleistet werde. Ergänzend zu diesen Ausführungen hat die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 21. Dezember 2016 ausgeführt, die streitgegenständliche Kapitallebensversicherung habe aus der Sicht der Parteien unstreitig eine Doppelfunktion gehabt. Die Versicherung habe einerseits dem Aufbau von Tilgungskapital und als Sicherheit für die streitgegenständlichen Darlehensverträge, andererseits aber auch und darüber hinaus dem Kapitalaufbau und der „Altersvorsorge“ des Zedenten gedient. Bei der Entscheidung über die Zeichnung der Lebensversicherung habe hier keinesfalls die Todesfallabsicherung sondern an erster Stelle der Aufbau von Tilgungskapital und zweitens der Aufbau von darüberhinausgehendem Anlagekapital gestanden. Wenn die bloße Absicherung des Darlehensrückzahlungsanspruchs für den Todesfall des Zedenten Zweck der abgeschlossenen Lebensversicherung gewesen wäre, hätte sich der Zedent das aufwendige Vertragskonstrukt fast in Gänze sparen können. Dass für den Fall des vorzeitigen Ablebens des Darlehensnehmers durch Aufnahme entsprechenden Versicherungsschutzes, insb. zum Schutz der Hinterbliebenen, Vorsorge getroffen werde, sei völlig üblich. Zur Abdeckung dieses Risikos hätte der Abschluss einer reinen Risikolebensversicherung gereicht. Diese habe zudem den Vorteil, dass der Prämienaufwand im Gegensatz zur kombinierten Kapital- und Risikoversicherung überschaubar sei. Bei der kombinierten Versicherung werde nämlich in die Gesamtprämie ein kalkulatorischer Prämienanteil für den Risikoschutz eingerechnet, der – wie hier – nicht separat ausgewiesen werde und in aller Regel höher liege als beim Abschluss einer reinen Risikolebensversicherung. Hätte der Zedent statt der kombinierten Risiko- und Kapitallebensversicherung eine reine Risikoversicherung abgeschlossen, deren Todesfallleistung der Höhe nach auf die Valuta des Darlehens 035 abgestimmt gewesen wäre, wäre hierfür bis zum geplanten Ablaufdatum des Darlehens lediglich eine monatliche Prämie von 418,44 € zu zahlen gewesen. Der reine, von der Beklagten vertraglich ausbedungene Todesfallschutz habe unter diesen Umständen gerade einmal 13,95 % desjenigen an Prämie erfordert, was der Zedent über Jahre hinweg in die Versicherung eingezahlt habe. Die restlichen 86,05 % der Versicherungsprämien hätten dem Vermögensaufbau und zwar einerseits dem Aufbau von Tilgungskapital für das Darlehen 035 und andererseits dem Aufbau von freiem Kapital und der Altersvorsorge des Zedenten gedient. Nichtsdestotrotz habe die Berücksichtigung der hypothetischen reinen Todesfallabsicherung zur Folge, dass sie ihre Verlustberechnung dahingehend korrigieren müsse, dass zugunsten der Beklagten der von ihr ermittelte kalkulatorische Prämienanteil für die Risikolebensversicherung zu berücksichtigen sei. Hierdurch reduzieren sich ihre Gesamtschadensersatzansprüche auf 120.397,35 €.

Weitere Aufklärungspflichtverletzungen resultierten daraus, dass der Zedent nicht über die Risiken und Renditeerwartungen für die abgeschlossene Rentenversicherung aufgeklärt worden sei. Die Prognose eines Wertzuwachses von 5 – 10 % p.a. für den hier in Rede stehenden A... sei von Anfang an grotesk überhöht gewesen. Der Fonds sei am 15. Januar 2001 mit einem Erstausgabepreis von ca. 50,00 € aufgelegt worden. Bis zu dem Zeitpunkt im Juni 2005, zu dem die Beklagte dem Zedenten den Fonds empfohlen habe, habe dieser sogar noch unter dem Ausgabewert gelegen und habe bis zu diesem Zeitpunkt keinerlei

Wertsteigerungen vorzuweisen gehabt. Vielmehr sei die Wertentwicklung des Fonds seit Auflage des Fonds bis zum Abschluss der streitgegenständlichen fondsgebundenen Versicherung insgesamt negativ verlaufen. Viel besser sehe es auch nicht im Mittel der letzten 14 Jahre (bezogen auf den Stichtag 8. September 2015) aus. Die minimale Wertsteigerung werde kompensiert durch die erheblichen Schmälerungen der Ertragsaussichten durch den Abfluss von Provisionen. Die Beklagte habe von Anfang an selbst nicht an die Richtigkeit ihrer Ertragsprognose geglaubt und den Anlegern vielmehr gezielt erhöhte Ertragsaussichten vorgegaukelt.

Die Klägerin beantragt, 17

unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung 18

1) die Beklagte zu verurteilen, an sie weitere 143.285,77 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank ab dem 23. Dezember 2012 zu zahlen; 19

2) die Beklagte zu verurteilen, an sie Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung (Sachverständigenkosten) in Höhe von weiteren 10.388,37 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank ab dem Zeitpunkt der Klagezustellung zu zahlen; 20

3) festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr den über den Antrag zu 2) hinausgehenden Aufwand für die Tätigkeit des außergerichtlich eingeschalteten Parteigutachters Rainer H, geschäftsansässig E 2, S..., zu ersetzen; 21

4) hilfsweise zu Ziff. 1) 22

die Beklagte zu verurteilen, die Zinsen und Salden der Kontokorrent- und Darlehenskonten mit den Anfangsziffern 000, 005, 010, 015, 030 und 035 zu Kontostammnummer 6... jeweils ab dem Zeitpunkt der Kontoeröffnung unter Berücksichtigung der Verlustberechnungen aus der fondsgebundenen Rentenversicherung D Nr. 1... 004, d.h. unter Gutschrift des Saldos aus dem Rückkaufswert der vorgenannten Versicherung einerseits und dem Gesamtbetrag der Einlageleistungen (Prämienzahlungen etc.) zuzüglich unnötig verauslagter Schuldzinsen andererseits zugunsten der Klägerin auf den Stichtag 30. September 2012 neu zu berechnen und die sich aus der Neuberechnung auf diesen Stichtag zugunsten der Klägerin ergebenden Unterschiedsbeträge an diese auszuzahlen; 23

5) klageerweiternd die Beklagte im Wege der Stufenklage zu verurteilen, 24

5.1 auf der ersten Stufe ihr Auskunft zu erteilen über die Höhe und Herkunft der Provisionen, Rückvergütungen („Kick-backs“) und sonstigen Vergütungszahlungen von dritter Seite, welche sie oder ein mit ihr im Sinne der §§ 15 ff AktG verbundenes Unternehmen und/oder ihre Mitarbeiter für die Vermittlung des Erwerbs der fondsgebundenen Rentenversicherung, D-versicherung AG, Versicherungsschein-Nr. 1..., durch Herrn Dr. R M erhalten hat bzw. haben, und zwar sowohl in Gestalt von Einmalprovisionen als auch – soweit angefallen – etwaiger Vertriebsfolgeprovisionen, einschließlich etwaiger Bestand- und Verwaltungsprovisionen; die Auskünfte sind durch Beifügung geeigneter Belege, insbesondere in Gestalt von Provisionsabrechnungen etc. zu belegen, 25

5.2 auf der zweiten Stufe die Richtigkeit der zu Ziffer 5.1 erteilten Auskünfte an Eides statt zu versichern. 26

Die Beklagte beantragt,	27
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.	28
Die Beklagte erhebt keine Einwände gegen die Sachverhaltsfeststellung des Senats. Sofern der Senat seiner Beurteilung einen anderen Sachverhalt zugrunde lege als es das Landgericht im erstinstanzlichen Verfahren getan habe, sei jedoch festzustellen, dass das Ergebnis in beiden Fällen dasselbe sei, dass nämlich Ansprüche der Klägerin aus und im Zusammenhang mit dem Abschluss der fondsgebundenen Rentenversicherung nicht bestünden.	29
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird ergänzend Bezug genommen auf den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen.	30
II.	31
Die zulässige Berufung der Klägerin ist hinsichtlich des Klageantrags zu 2) teilweise begründet; im Übrigen ist sie unbegründet. Im Einzelnen gilt bezüglich der einzelnen Klageanträge folgendes:	32
A. Klageantrag zu 1)	33
a) Schadensersatzansprüche der Klägerin gegen die Beklagte aus eigenem Recht wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten gemäß §§ 311 Abs.2 Nr.2, 280 Abs.1 BGB im Zusammenhang mit dem Abschluss des Darlehensvertrages vom 2./7. Juni 2005 sind nicht gegeben.	34
Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine kreditgebende Bank in aller Regel nicht gehalten, den Kreditbewerber von sich aus auf mögliche Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit der gewählten Kreditart hinzuweisen. Denn es ist grundsätzlich dessen Sache darüber zu befinden, welche der in Betracht kommenden Finanzierungsformen seinen wirtschaftlichen Verhältnissen am besten entspricht. Soweit ihm die für die Beurteilung notwendigen Kenntnisse fehlen, ist ihm in der Regel zuzumuten, sich durch Rückfragen bei der Bank die Grundlage für eine sachgerechte Entscheidung zu verschaffen (BGH, Urteil vom 09. März 1989 – III ZR 269/87, WM 1989, 665-667).	35
Vorliegend hat die Beklagte keine Pflicht zur ungefragten Aufklärung im Zusammenhang mit der Finanzierung verletzt. Dem Darlehensvertrag vom 2./7. Juni 2005 sind die Konditionen deutlich zu entnehmen, insbesondere der Auszahlungskurs des Darlehens, der variable Zinssatz, die Tilgungsaussetzung, die Laufzeit des Vertrages sowie die zu stellenden Sicherheiten. Auch einen Beratungsfehler im Zusammenhang mit der Finanzierung des Klinikumbaus mittels einer Kombination von Darlehen und fondsgebundener Rentenversicherung hat das Landgericht – wenn auch auf unzutreffender Tatsachengrundlage - im Ergebnis zutreffend verneint. Hierbei übersieht der Senat nicht, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs derjenige, der aufgrund eines Beratungsvertrags zu richtiger und vollständiger Information hinsichtlich der für eine Finanzierung wesentlichen tatsächlichen Umstände verpflichtet ist, den anderen Teil über die mit der Kombination von Festkredit und als Tilgungsersatz dienender Kapitallebensversicherung verbundenen spezifischen Nachteile und Risiken aufklären muss, wenn sie sich für den Kreditnehmer ungünstiger darstellt als ein marktübliches Tilgungsdarlehen (BGH, Versäumnisurteil vom 15. Oktober 2004 – V ZR 223/03, WM 2005,	36

69-72). Um eine solche Fallgestaltung geht es im vorliegenden Fall jedoch nicht. Denn anders als in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall diente im Streitfall die vom Zedenten abgeschlossene fondsgebundene Rentenversicherung nicht dem Tilgungsersatz sondern war lediglich eins von mehreren Sicherungsmitteln. Bereits der zeitliche Umstand, dass die Darlehen von der Klägerin spätestens zum Laufzeitende am 30. Dezember 2020 zurückzuzahlen waren, während die Rente bzw. die einmalige Kapitalabfindung im Erlebensfall erst ab bzw. am 1. August 2038 an den Zedenten ausgezahlt werden sollte, schließt aus, dass die Rentenversicherung Tilgungsersatz war. Deswegen wurde die vom Zedenten abzuschließende Rentenversicherung der Beklagten auch nicht als Tilgungsersatz sondern lediglich als Sicherheit für ihre Darlehensansprüche gegen die Klägerin zur Verfügung gestellt. Soweit im schriftlichen Darlehensvertrag vom 2./7. Juni 2005 bei den zu stellenden Sicherheiten noch eine offen zu legende Abtretung der Rechte und Ansprüche aus einer Rentenversicherung (Jahresprämie von mindestens 36.000 €) in Höhe eines erstrangigen Teilbetrages von 1.000.000 € im Erlebensfall verlangt wurde, wurde eine dahingehende Abtretungsvereinbarung zwischen der Beklagten und dem Zedenten ersichtlich nicht getroffen. Vielmehr hat der Zedent der Beklagten durch Abtretungsvereinbarung vom 31. August 2006 ausschließlich seine für den Todesfall entstehenden gegenwärtigen und künftig entstehenden Ansprüche und Rechte gegen die Deutsche Ärzteversicherung in der versicherten Todesfallsumme von 1.188.000 € abgetreten. Soweit die Abtretung darüber hinaus auch der Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche der Beklagten aus Darlehens-/Kontokorrentverträgen mit der Klägerin oder dem Zedenten persönlich mit weiteren Kreditnehmern dient, ist klargestellt, dass eine Verwertung der abgetretenen Forderungen nur und erst für den Todesfall stattfindet. Durch diese Absicherung des Todesfallrisikos wurde lediglich erreicht, dass im Fall des vorzeitigen Versterbens des bei Abschluss des streitgegenständlichen Darlehensvertrages 37-jährigen Zedenten (geb. am 17. November 1968) vor der zum 30. Dezember 2020 vereinbarten Rückführung des Darlehen durch die Klägerin das Darlehen aus der versicherten Todesfallsumme zurückgeführt werden konnte. Im Rahmen ihrer vorvertraglichen Aufklärungspflichten gegenüber der Klägerin ist die Beklagte nicht gehalten, die Klägerin als Darlehensnehmerin hinsichtlich der vom Sicherungsgeber zu stellenden Sicherungsmittel aufzuklären. Insoweit bleibt es allein der Entscheidung des Sicherungsgebers überlassen, ob er der Kreditnehmerin die von der Bank geforderten Sicherungsmittel zur Verfügung stellt oder nicht.

Soweit die Klägerin meint, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Tilgungsaussetzungsmodellen sei zumindest entsprechend auf die vorliegende Fallkonstellation anzuwenden, weil die Beklagte die Klägerin und den Zedenten als wirtschaftliche Einheit angesehen habe und der Umstand, dass ein von der beklagten Bank selbst empfohlenes und von den Parteien beschlossenes Vertragsmodell von der Bank in den maßgeblichen Vertragswerken entweder gar nicht oder nur bruchstückhaft dokumentiert worden sei, die Bank nicht von der Erfüllung derjenigen Aufklärungspflichten befreien könne, die mit jenem Vertragsmodell verknüpft seien, vermag der Senat dieser Argumentation nicht zu folgen. Insoweit fehlt es schon an einem substantiierten Sachvortrag der Klägerin, was konkret vor dem Gespräch vom 25. Mai 2005 zwischen dem Zedenten und dem Zeugen H in Bezug auf das streitgegenständlichen Darlehen besprochen worden war und welche konkreten Änderungen demgegenüber am 25. Mai 2005 vereinbart wurden. Dazu reicht es nicht aus, lediglich auf das Kreditprotokoll der Beklagten vom 23. Mai 2005 und eine Gesprächsnotiz des Zeugen H vom 25. Mai 2005 zu verweisen. Freilich ergibt sich auch aus diesen Unterlagen, dass der von der Beklagten ursprünglich als Tilgungsersatz geforderte Abschluss eines Fondssparplans in ausreichender Höhe nicht mehr durchgeführt werden sollte und der Zedent sich stattdessen für eine fondsgebundene Rentenversicherung

entschieden hatte. Da das Darlehen von der Klägerin aber spätestens zum Laufzeitende am 30. Dezember 2020 zurückzuzahlen war, während die Rente bzw. die einmalige Kapitalabfindung im Erlebensfall erst ab bzw. am 1. August 2038 und damit etwa 17 ½ Jahre später an den Zedenten ausgezahlt werden sollte, konnte die Rentenversicherung schon aus zeitlichen Gründen kein Tilgungsersatz für das Darlehen sein und kann deswegen auch nicht nur bruchstückhaft in den Vertragswerken der Beklagten dokumentiert worden sein.

Entgegen der Rechtsmeinung der Klägerin steht dieses Verständnis des Darlehens- und des Rentenversicherungsvertrages auch nicht im Widerspruch zu zwingenden Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB, wonach ein feststellbarer übereinstimmender Parteiwille für die Vertragsauslegung auch dann allein maßgebend ist, wenn er im Vertragstext keinen oder nur unvollkommen Ausdruck gefunden hat. Im Streitfall ergibt sich aus den von der Klägerin vorgelegten Unterlagen lediglich, dass ursprünglich einmal der Abschluss eines Fondssparplans als Tilgungsersatz für das von der Klägerin aufgenommene Darlehen geplant war. Warum die anstelle der Fondssparplans abgeschlossene Rentenversicherung nach dem Willen der Parteien und des Zedenten an der ursprünglichen Tilgungswidmung nichts hätte ändern sollen, erschließt sich dem Senat aufgrund des Sachvortrags der Klägerin nicht. Gerade die in ihrem Schriftsatz vom 21. Dezember 2016 aufgezeigten ertragssteuerlichen Gesichtspunkte, wonach das Versicherungsguthaben zur Vermeidung steuerlicher Nachteile keinesfalls im Jahr 2020 – bei „offizieller“ Rückzahlungsfälligkeit des Darlehens sondern frühestens acht bis neun Jahre nach dem vereinbarten Auslaufen des Darlehensvertrages hätte ausgezahlt werden dürfen, andernfalls die Überschussbeteiligungen aus der Lebensversicherung für den Zedenten in vollem Umfang steuerpflichtig gewesen wären, sprechen dagegen, dass das Versicherungsguthaben als Tilgungsersatz eingesetzt werden sollte. Denn in diesem Fall hätte der Zedent die mit dem Abschluss der Rentenversicherung erzielbaren steuerlichen Vorteile verloren.

38

b) Der Klägerin steht gegen die Beklagte auch nicht aus abgetretenem Recht des Zedenten wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten gemäß §§ 311 Abs.2 Nr.2, 280 Abs.1 BGB im Zusammenhang mit der abgeschlossenen Rentenversicherung ein Schadensersatzanspruch zu.

39

aa) Was die gerügte unterlassene Aufklärung über etwaige Innenprovisionen und Rückvergütungsleistungen der Fondsgesellschaften an die Beklagte anbelangt, gilt zunächst der Grundsatz, dass eine beratende Bank im Regelfall nicht allgemein verpflichtet ist, auf von ihr vereinnahmte Provisionen bei der Vermittlung von Versicherungsverträgen hinzuweisen. Der Bundesgerichtshof hat wiederholt klargestellt, dass die von ihm entwickelte „Kick-Back-Rechtsprechung“ bei der Vermittlung einer kapitalbildenden Lebensversicherung nur für den Bereich der Anlageberatung gilt (BGH, Urteil vom 29. November 2011 – XI ZR 220/10, WM 2012, 30-36, juris Nr. 39; vom 11. Juli 2012 – IV ZR 164/11, WM 2012, 1582-1589, juris Nr. 53 und vom 23. September 2015 – IV ZR 496/14, RuS 2015, 538-539, juris Nr. 15). Die bloße Vermittlung einer fondsgebundenen Lebensversicherung ist im Regelfall jedoch kein Kapitalanlagegeschäft. In diesem Zusammenhang übersieht der Senat nicht, dass jeder kapitalbildenden Lebensversicherung per se eine Gewinnerzielungsabsicht und damit eine Renditeerwartung innewohnt (Feuchter/Dr. Bauer, Transparenz beim Vertrieb kapitalbildender Lebensversicherungen: Der Bankenvertrieb im Fokus aktueller Rechtsprechung, BKR 2015, 271-273). Allein dies macht die Versicherung jedoch noch nicht zu einem Anlagegeschäft. Maßgebliches Abgrenzungskriterium ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vielmehr, inwieweit der Versicherung des Todesfallrisikos eine eigenständige Bedeutung zukommt (BGH, a.a.O., WM 2012, 1582-1589, juris Nr. 53), was zu bejahen ist, wenn der Todesfallschutz eine ernsthafte Begrenzung des Verlustrisikos im

40

Todesfall nach unten darstellt, weil im Todesfall ein bestimmter Prozentsatz der eingezahlten Beträge, der nicht aufgrund seiner geringen Höhe zu vernachlässigen ist, garantiert ist, während im Erlebensfall ein Totalverlustisiko besteht. Nur wenn die vereinbarte Todesfalleistung gegenüber der Renditeerwartung von untergeordneter Bedeutung ist, kann der Abschluss einer fondsgebundenen Lebensversicherung ausnahmsweise nach Kapitalanlagegrundsätzen zu behandeln sein (so auch OLG Köln, Urteil vom 31. Januar 2014 - 20 U 156/13, VersR 2014, 1238-1240; OLG Frankfurt, Urteil vom 15. Mai 2014 – 12 U 112/11, juris; OLG Brandenburg, Urteil vom 6. Mai 2015 – 11 U 155/14, juris;). Dies vorausschauend stellt sich die streitgegenständliche Rentenversicherung bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht als Kapitalanlage dar, auch wenn nach Darstellung der Klägerin für eine das reine Todesfallrisiko absichernde Risikolebensversicherung nur monatliche Beiträge in Höhe von 13,95 % desjenigen an Prämie hätten aufgewendet werden müssen, was der Zedent über Jahre hinweg in die Versicherung eingezahlt hat. Der Versicherungsvertrag war auf eine Laufzeit von 33 Jahren abgeschlossen. Hinsichtlich der Versicherungsleistung im Erlebensfall trägt die Beklagte keinerlei Risiko, während hinsichtlich der Todesfalleistung bei einem Ableben des Zedenten vor dem 1. August 2038 eine Todesfallsumme in einer Mindesthöhe garantiert ist, die mit 1.188.000,- € exakt den gesamten während des 33 jährigen Zeitraums vom 1. August 2005 bis zum 1. August 2038 einzuzahlenden Versicherungsbeiträgen entspricht. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zu der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11. Juli 2012 (WM 2012, 1582-1589). Dort war nämlich die Versicherungsleistung im Todesfall nur auf einen Betrag von „101 % des Rücknahmewertes von Einheiten/Anteilen“, mithin des Rückkaufwertes beschränkt. Auch die Versicherungsbeiträge waren im dortigen Fall kreditfinanziert, was hier nicht gegeben ist. Weiter kann bei der gebotenen wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung auch nicht der Umstand außer Acht gelassen werden, dass der Zedent die Absicherung des Todesfallrisikos mit einer derart hohen garantierten Todesfalleistung zwingend benötigte, wollte er der Beklagten die Abtretung der Todesfalleistungen als Sicherheit für das der Klägerin zu gewährende streitgegenständliche Darlehen zur Verfügung stellen. Dass die Beklagte von dem von ihr präferierten Tilgungersatz durch Abschluss eines Fondssparplans auch dann Abstand genommen hätte, wenn der Zedent der Beklagten lediglich eine beliebige Risikolebensversicherung zur Absicherung des Todesfallrisikos als Sicherheit zur Verfügung gestellt hätte, hat die Klägerin weder vorgetragen noch kann dies ohne Weiteres unterstellt werden. Dem konkreten Fall liegt vielmehr eine vergleichbare Fallgestaltung wie in der von den Parteien zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 1. Juli 2014 (WM 2014, 1621-1624) zugrunde. Zwar war im dortigen Fall die Versicherung des Todesfallrisikos nur von untergeordneter Bedeutung (BGH, a.a.O., juris Nr. 23). Gleichwohl hat der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshof in Abgrenzung/Erweiterung zur Rechtsprechung des IV. Zivilsenats eine Kapitalanlageberatung verneint, weil selbst die untergeordnete Absicherung des Todesfallrisikos in einer Kapitallebensversicherung nichts daran ändern würde, dass diese Lebensversicherung ausschließlich Teil eines Finanzierungskonzepts sei, was eine Anlageberatung per se ausschließe. Erst Recht muss dies für einen Fall gelten, in dem die Absicherung des Todesfallrisikos in der Kapitallebensversicherung mit einer enorm hohen Todesfalleistung verbunden ist, weil diese Leistung der Bank vom Sicherungsgeber zur Absicherung eines dem Darlehensnehmer zu gewährenden Darlehens als Sicherheit zur Verfügung zu stellen ist.

bb) Die Beklagte hat auch nicht die ihr im Rahmen der Vertragsverhandlungen obliegenden versicherungsvertraglichen Aufklärungspflichten verletzt, weil sie den Zedenten in Bezug auf den hier maßgeblichen Fonds A... nicht darüber informierte, dass die Anlage in das Sondervermögen nur für erfahrene Anleger geeignet sei, die in der Lage seien, die Risiken und den Wert der Anlage abzuschätzen und die ferner bereit seien, erhebliche

Wertschwankungen der Anteile und ggfs. einen erheblichen Kapitalverlust hinzunehmen; um eine solche Person habe es sich bei dem Klinikleiter der Klägerin nicht gehandelt. Wie die Klägerin in ihrer Berufungsschrift selbst vorträgt, erhielt der im Jahr 2004 aktuelle Verkaufsprospekt eine derartige Risikoklassifizierung noch nicht. Da die Beklagte jedoch keine Anlageberatung schuldete, kann es ihr auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn sie sich im Rahmen ihrer versicherungsvertraglichen Aufklärungspflicht an dem damals gültigen Verkaufsprospekt orientierte, der – wie die Klägerin selbst vorträgt – diese Risikoklassifizierung noch nicht enthielt.

cc) Eine Aufklärungspflichtverletzung gegenüber dem Zedenten ist auch nicht darin zu sehen, 42
dass die Beklagte bei Vertragsschluss ein unzutreffendes zu positives Bild ihrer eigenen Renditeerwartung in Bezug auf den Fonds A... abgegeben hätte. Insoweit fehlt es nach wie vor an einem hinreichend substantiierten Sachvortrag der Klägerin, warum eine Renditeerwartung von 5 bis 10 % p.a. bei einer Laufzeit von 33 Jahren unter Zugrundelegung der gebotenen ex-ante-Betrachtung bezogen auf den Zeitraum Mai/Juni 2005 von Anfang an unrealistisch gewesen sein sollte. Zwar ist es richtig, dass ausweislich des von der Klägerin vorgelegten Fondsportraits (Anlage K26) der Fonds nach seiner Auflage im Januar 2001 zunächst stark an Wert verlor und der Wert eines Fondsanteils im März 2003 mit etwa 25,00 € seinen Tiefpunkt erreichte, was gegenüber dem Erstausgabepreis von ca. 50,00 € einen Wertverlust von 50 % darstellt. Zum Zeitpunkt der Anlageentscheidung des Zedenten im Mai/Juni 2005 hatte der Fonds jedoch wieder deutlich an Wert gewonnen. Im Mai 2005 lag der Wert des einzelnen Fondsanteils bei etwa 40,00 € und stieg bis zum Ende des Jahres 2005 wieder auf einen Wert von 50,00 € an. Warum eine derart positive Fondsentwicklung mit einer Wertsteigerung des Fondsanteils um 60 % im zurückliegenden 2-Jahreszeitraum die Prognose eines zukünftigen Wertzuwachses von 5 bis 10 % p.a. zum Zeitpunkt der Anlageentscheidung unter keinen Umständen rechtfertigen sollte, hat die Klägerin nicht dargetan.

B. Klageantrag zu 4)

43

Soweit die Klägerin hilfsweise für den Fall, dass der Senat dem Klageantrag zu 1) nicht 44
stattgeben sollte, eine Verurteilung der Beklagten dahingehend begehrt, dass diese die Zinsen und Salden der Kontokorrent- und Darlehenskonten mit den Anfangsziffern 000, 005, 010, 015, 030 und 035 zu Kontostamnummer 6093 159 jeweils ab dem Zeitpunkt der Kontoeröffnung unter Berücksichtigung der Verlustberechnungen aus der fondsgebundenen Rentenversicherung DNr. 1..., d.h. unter Gutschrift des Saldos aus dem Rückkaufswert der vorgenannten Versicherung einerseits und dem Gesamtbetrag der Einlageleistungen (Prämienzahlungen etc.) zuzüglich unnötig verauslagter Schuldzinsen andererseits zugunsten der Klägerin auf den Stichtag 30. September 2012 neu berechnet und die sich aus der Neuberechnung auf diesen Stichtag zugunsten der Klägerin ergebenden Unterschiedsbeträge an diese auszahlt, ist ein Anspruch ebenfalls nicht gegeben. Insoweit kann schon nicht nachvollzogen werden, auf welcher Rechtsgrundlage die Beklagte zu einer solchen Neuberechnung verpflichtet sein sollte. Wie vorstehend unter A.a) ausgeführt wurde, diente im Streitfall die vom Zedenten abgeschlossene fondsgebundene Rentenversicherung nicht dem Tilgungsersatz sondern war lediglich eins von mehreren Sicherungsmitteln; ein Beratungsfehler ist der Beklagten in diesem Zusammenhang nicht zur Last zu legen. Kündigt der Zedent die fondsgebundene Rentenversicherung und wird ihm daraufhin der Rückkaufswert dieser Versicherung erstattet, fällt zwar im Verhältnis der Parteien ein Sicherungsmittel weg. Deswegen müssen aber nicht die Schuldensalden auf den von der Klägerin gegenüber der Beklagten gekündigten Krediten mit den Anfangsziffern 000, 005, 010, 015, 030 und 035 zu Kontostamnummer 6... unter Einbeziehung des Rückkaufswerts

aus der ebenfalls gekündigten Rentenversicherung des Zedenten neu berechnet werden. Aus dem gleichen Grunde sind auch nicht die Prämienzahlungen des Zedenten für die von ihm der Beklagten als Sicherungsmittel – und dies auch nur für den Todesfall – zur Verfügung gestellten Rentenversicherung bei den Darlehenssalden zu berücksichtigen.

C. Klageantrag zu 2) und 3)

45

Anspruchsgrundlage für die von der Klägerin gegenüber der Beklagten als erstattet verlangten Sachverständigenkosten ist § 280 Abs. 1 BGB. Die unberechtigten Belastungsbuchungen stellten jeweils eine Verletzung der Kreditverträge der Parteien dar. Die Hinzuziehung eines Sachverständigen war auch erforderlich, um den Schaden zu beziffern. Hierfür bedurfte es eines umfangreichen Rechenwerks auf der Grundlage der Kontounterlagen vieler Jahre, das schon quantitativ von einem - auch unternehmerischen - Bankkunden nicht ohne weiteres erstellt werden kann, und darüber hinaus auch finanzmathematischer Kenntnisse und entsprechend spezialisierter Computerprogramme bedarf.

46

Was nun die Höhe der der Klägerin zu erstattenden Sachverständigenkosten anbelangt, so sind als erforderlich nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs diejenigen Aufwendungen anzusehen, die ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des Geschädigten machen würde (std. Rechtspr., vgl. nur: BGH; Urteil vom 11. Februar 2014 – VI ZR 225/13, NJW 2014, 1947-1948 m.w.N.). Dabei ist der Geschädigte, wenn er die Höhe der für die Schadensbeseitigung aufzuwendenden Kosten beeinflussen kann, nach dem Begriff des Schadens und dem Zweck des Schadensersatzes wie auch nach dem letztlich auf § 242 BGB zurückgehenden Rechtsgedanken des § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht gehalten, im Rahmen des ihm Zumutbaren den wirtschaftlicheren Weg der Schadensbehebung zu wählen. Das Gebot zu wirtschaftlich vernünftiger Schadensbehebung verlangt jedoch vom Geschädigten nicht, zu Gunsten des Schädigers zu sparen oder sich in jedem Fall so zu verhalten, als ob er den Schaden selbst zu tragen hätte. Deshalb ist bei der Prüfung, ob der Geschädigte den Aufwand zur Schadensbeseitigung in vernünftigen Grenzen gehalten hat, eine subjektbezogene Schadensbetrachtung anzustellen, d.h. Rücksicht auf die spezielle Situation des Geschädigten, insbesondere auf seine individuellen Erkenntnis- und Einflussmöglichkeiten sowie auf die möglicherweise gerade für ihn bestehenden Schwierigkeiten zu nehmen (BGH, a.a.O.).

47

Im Streitfall hat die Klägerin unter Vorlage der mit dem Sachverständigen H getroffenen Honorarvereinbarung vom 16. November 2012 dargelegt, dass sie an den Sachverständigen für die Erstellung des Gutachtens zur konkreten Forderungsberechnung ein Honorar in Höhe von 6 % des ermittelten Schadensbetrages sowie im Erfolgsfall ein Erfolgshonorar in Höhe von 25 %, jeweils zuzüglich MWSt. zu erstatten hat. Dies entspricht unter Zugrundelegung des rechtskräftig zuerkannten Erstattungsbetrages von 13.399,85 € wegen überzahlter Zinsen und zu Unrecht vereinnahmter Zinssicherungs- und Kontoführungsgebühren einem Honorar in Höhe von 4.943,20 € (13.399,85 € x 31 % zuzüglich 19 % MWSt). Dass die Klägerin mit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars von 25 % zusätzlich zu dem Grundhonorar von 6 % gegen ihre Schadensminderungspflicht verstoßen hätte, kann nicht festgestellt werden, da auch bei Ansatz üblicher Stundenhonorare, etwa für einen gerichtlich bestellten Sachverständigen, kein niedrigeres Honorarvolumen angefallen wäre. Ausweislich der von der Klägerin zur Gerichtsakte gereichten Tätigkeitsbeschreibung des Sachverständigen H gemäß dessen Schreiben vom 2. Dezember 2013 (Anlage K13) hat der Sachverständige allein für die Überprüfungen der durch sein Gutachten belegten Buchungen

48

(345 Buchungen Gutachten zu 3 Minuten pro Buchung =) 17,25 Stunden und der Buchungen der Folgezinsrechnung (374 Buchungen Folgezinsrechnung zu 3 Minuten pro Buchung =) 18,70 Stunden, insgesamt 36 Stunden aufgewendet. Legt man für diese Stunden nur einen Honorarsatz von 125,00 € zuzüglich MwSt. zugrunde (in Anlehnung an § 9 JVEG, Honorargruppe 13 gemäß Anlage 1 zu § 9 JVEG) errechnen sich mit 5.355,00 € bereits Sachverständigenkosten, die die von der Klägerin auf der Grundlage eines Erfolgshonorars vereinbarten Kosten deutlich übersteigen.

Unter Berücksichtigung der der Klägerin rechtskräftig zuerkannten Sachverständigenkosten in Höhe von 803,99 € kann die Klägerin von der Beklagten daher noch die Erstattung weiterer Sachverständigenkosten in Höhe von 4.139,20 € beanspruchen. Dieser Betrag ist gemäß § 286 BGB mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12. März 2014 (Klagezustellung) zu verzinsen. Insoweit ist die Berufung der Klägerin begründet. 49

Die weitergehende Zahlungsklage und die Feststellungsklage sind unbegründet, die Berufung mithin ebenfalls unbegründet, da der Klägerin ein über den rechtskräftig zuerkannten Erstattungsanspruch hinausgehender Schadensersatzanspruch nicht zusteht. 50

D. Klageantrag zu 5) 51

Der von der Klägerin klageerweiternd im Wege der Stufenklage geltend gemachte Auskunftsanspruch ist unbegründet. 52

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gebieten es Treu und Glauben grundsätzlich, dem Anspruchsberechtigten einen Auskunftsanspruch zuzubilligen, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Anspruchsberechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, und der Verpflichtete in der Lage ist, unschwer die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Die dafür erforderliche rechtliche Beziehung kann sich etwa aus Vertragsverhandlungen, dauernden Geschäftsverbindungen oder auch Nachwirkungen eines Vertrages ergeben (BGH, Urteil vom 9. November 2011 – XII ZR 136/09, BGH NJW 2012, 450-452). Dies vorausschickend käme im Streitfall ein Auskunftsanspruch der Klägerin aus abgetretenem Recht des Zedenten nur dann in Betracht, wenn dem Zedenten gegenüber der Beklagten ein Anspruch auf Herausgabe der Provisionen, Rückvergütungen und sonstigen Vergütungszahlungen zustünde, die sie und/oder ihre Mitarbeiter für die Vermittlung des Erwerbs der fondsgebundenen Rentenversicherung durch diesen erhalten haben. Ein solcher Anspruch ist jedoch nicht gegeben. 53

Ob im Falle einer Anlageberatung ein geschäftsbesorgungsrechtlicher Herausgabeanspruch des Kunden gegen die Bank auf Herausgabe von Vertriebsvergütungen besteht, wird in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung sowie im Schrifttum nicht einheitlich beurteilt. Während die überwiegende Meinung einen solchen Anspruch bejaht, lehnt die Gegenansicht Herausgabeansprüche mit unterschiedlicher Begründung ab. Eine vermittelnde Ansicht differenziert danach, ob die Bank eine Aufklärungspflicht treffe. Sei dies nicht der Fall, seien die Vertriebsvergütungen wertmäßig nicht dem Kunden sondern der Bank zuzuordnen. Auch der Bundesgerichtshof hat die Entscheidung dieser Rechtsfrage in seinen neueren Entscheidungen erneut offen gelassen. (vgl.: BGH, Urteil vom 14. Januar 2014 – XI ZR 355/12, WM 2014, 307-313, juris Rn. 19). 54

Auch im vorliegenden Fall muss diese Rechtsfrage nicht abschließend entschieden werden, denn wie vorstehend unter A.b) ausgeführt, besteht im Verhältnis zwischen dem Zedenten 55

und der Bank kein Anlageberatungsvertrag, sondern der Zedent hat lediglich durch Vermittlung der Beklagten bei der deutschen Ärzteversicherung eine fondsgebundene Rentenversicherung abgeschlossen, aus der er die Todesfalleistung der Beklagten als Sicherheit für ein der Klägerin gewährtes Darlehen zur Verfügung gestellt hat. In einer solchen Konstellation kommt ein auf § 667 gestützter Herausgabeanspruch schon deswegen nicht in Betracht, weil der Vermittler eines Versicherungsvertrages annehmen darf, dass der Kunde mit derartigen Provisionen allgemein rechnet und deren Zahlung an den Vermittler billigt. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entspricht die Zahlung einer Provision durch die Versicherung an den Vermittler einem überkommenen, allgemein bekannten Handelsbrauch, der nach überwiegend vertretener Auffassung - aufgrund einer vom Willen aller Beteiligten getragenen gleichförmigen Übung - sogar als Gewohnheitsrecht anzusehen ist. Das gilt nicht nur für den Provisionsanspruch des Versicherungsvertreeters, der im Lager des Versicherers steht und vorrangig dessen Interessen im Auge zu behalten hat, sondern auch für den Anspruch eines Versicherungsmaklers, obwohl dieser nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - vergleichbar sonstigen Beratern - treuhänderischer Sachwalter und Interessenvertreter des Versicherungsnehmers ist (BGH, Urteil vom 1. Juli 2014 – XI ZR 247/12, NJW 2014, 1218-1219, Rn. 30, juris).

Die Nebenentscheidungen haben ihre Rechtsgrundlage in den §§ 92 Abs. 2, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 56

Es besteht kein begründeter Anlass, die Revision zuzulassen (§ 543 ZPO). 57

Streitwert für das Berufungsverfahren: bis 160.000,00 € 58

[Antrag zu 1): 143.285,77 €; zu 2): 10.388,37 €; zu 3): 1.000,00 €; zu 4): kein Ansatz; zu 5): 5.000,00 €] 59

X Y Z 60