Vollstreckbare Ausfertigung

Oberlandesgericht Celle

Oberlandesgericht Celle

Im Namen des Volkes

Urteil

8 U 29/12
4 O 343/10 Landgericht Lüneburg

Verkündet am
8. November 2012
[redacted]
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

[redacted]

Kläger und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte:
Anwaltsbüro Witt Rechtsanwälte, Habersaathstraße 58, 10115 Berlin,
Geschäftszeichen: 2011/0832-/TK-TK

gegen

Clerical Medical Investment Group Limited, vertreten durch das Board of Directors (Vorstand), dieser vertreten durch seine Vorsitzende Jo Dawson,
33 Old Broad Street, GB 6229 London EC2N 1HZ,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte [redacted]
Geschäftszeichen: [redacted]

hat der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Glimm, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Dietrich und den Richter am Oberlandesgericht Kaufert auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 2012 für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 15. Dezember 2011 verkündete Urteil des Einzelrichters der 4. Zivilkammer des Landgerichts Lüneburg unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 27.430,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 31. Dezember 2010 zu zahlen.

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den Verbindlichkeiten aus dem mit der Frankfurter Bankgesellschaft (Schweiz) AG (vormals LB Swiss Privatbank AG, davor Helaba Schweiz Landesbank Hessen Thüringen AG) bestehenden Darlehensvertrag vom 22. Dezember 1998, Kreditnummer [redacted] freizustellen.

Der titulierte Anspruch des Klägers steht unter dem Vorbehalt, dass dieser seine Ansprüche gegen die Helaba Landeskreditkasse zu Kassel auf Rückabtretung der Ansprüche aus der mit der Beklagten bestehenden Versicherung, Policennummer [redacted] sowie auf Freigabe und Rückabtretung des Wertpapierdepots-Nr. [redacted] und [redacted] bei der Frankfurter Fondsbank GmbH Zug um Zug an die Beklagte abtritt.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung des Klägers gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des insgesamt

vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert wird auf bis zu 470.000,00 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Der als Finanzvermittler tätige Kläger begehrt Zahlung von Schadensersatz im Zusammenhang mit dem Abschluss unter anderem einer darlehensfinanzierten Lebensversicherung.

Am 15. November 1998 zeichnete der Kläger ein als Lex-Kombi-Rente bezeichnetes Anlageprodukt in Höhe von 424.578,00 DM (Anlage K 17). Bei diesem Anlageprodukt handelte es sich um eine aus mehreren Bausteinen bestehende Konstruktion, der folgendes Modell zugrunde lag:

Erstes Element war der Abschluss eines Lebensversicherungsvertrags. Die vom Anleger geschuldete Prämie wurde zu Beginn der Vertragslaufzeit in Form einer Einmalzahlung erbracht. Diese Einmalzahlung wiederum wurde durch ein Darlehen finanziert (zweites Element). Dieses Darlehen wurde zunächst nicht getilgt. Zahlungen an die kreditierende Bank erfolgten zunächst lediglich im Umfang der auf das Darlehen anfallenden Zinsen unter Verwendung der mit der Lebensversicherung erwirtschafteten und an den Versicherungsnehmer ausgekehrten Beträge. Parallel hierzu zeichnete der Versicherungsnehmer Anteile an einem Investmentfonds, die ebenso wie der Lebensversicherungsvertrag fremdfinanziert wurden (drittes Element). Diese Investmentfondsanteile wurden schließlich zur Tilgung des Darlehens eingesetzt. Dem Versicherungsnehmer verblieben (so das Modell) die regelmäßigen Teilauszahlungen aus der Lebensversicherung.

Am 18. November 1998 beantragte der Kläger bei der Beklagten den Abschluss einer Wealthmaster Choice Account Kapitallebensversicherung. Aufgrund eines an demselben Tag gestellten Antrags kam es am 22. Dezember 1998 zum Abschluss eines Darlehensvertrags mit der Helaba (Schweiz) Landesbank Hessen-Thüringen AG über zwei Darlehen in Höhe von 153.488,00 DM und von 491.506,00 DM (Anlage K 12). Der Kläger veranlasste eine Zahlung in Höhe von 424.578,00 DM an die Beklagte. Der dem Kläger im Anschluss von der Beklagten übersandte Versicherungsschein (Anlage K 1) sah vierteljährliche Auszahlungen in Höhe von anfänglich 6.525,00 DM vor, beginnend ab dem 25. Juni 1999 und endend am 25. März 2064 bei einer Steigerung des Auszahlungsbetrags um 1 % pro Jahr. Dem Versicherungsvertrag liegen die Policenbedingungen zugrunde. Ob die als vom Kläger als Anlage K 1 oder die von der Beklagten als Anlage Lw 1 vorgelegten Policenbedingungen Vertragsbestandteil geworden sind, ist zwischen den Parteien streitig (Bl. 80 d. A.).

Der Kläger behauptet, dass er zum Abschluss der Lex-Kombi-Rente mit unzutreffenden Angaben geworben worden sei. So habe er in seiner Eigenschaft als Finanzvermittler viele Vorträge besucht, in denen ein Herr Herbst als Vorstandsmitglied der EMF-AG und damit als Vertreter eines Masterdistributors der Beklagten auf die hohen Renditen englischer Lebensversicherer hingewiesen habe (Bl. 40 d. A.). Anhand der Darstellung des Herrn Herbst sei der Kläger überzeugt gewesen, dass die Anlage nicht nur für seine Kunden, sondern auch für ihn selbst eine gute Anlageentscheidung darstelle. So sei er davon ausgegangen, dass eine durchschnittliche Rendite von 7,8 % p. a. ohne Weiteres zu erzielen sei (Bl. 41 d. A.). Darüber hinaus hätten ihm zum Zeitpunkt seiner Entscheidung auch die Prospektunterlagen Anlage (K 3) und der Werbeflyer (Anlage K 4) für die Lex-Konzept-Rente vorgelegen. Weiter sei auch in der von der Lex Vermögensverwaltung AG erstellten Musterberechnung eine Verzinsung von durchgängig 7,8 % p. a. zugrunde gelegt worden (Bl. 143 d. A.).

Der Beklagten sei vorzuwerfen, dass sie mit unrealistischen Vergangenheitsrenditen geworben habe. So hätte eine Rendite auf dem deutschen Markt nicht nachhaltig erzielt werden können. Auch ein Wachstum von 7,8 % p. a. sei nie erzielt

worden (Bl. 43 d. A.). Hiergegen spräche bereits das von der Beklagten praktizierte Wertglättungsverfahren. Selbst wenn man aber eine Verzinsung von 7,8 % zugrunde lege, hätte das Anlagekonzept nicht aufgehen können (Bl. 147 d. A.).

Ebenso wenig sei der Kläger darauf hingewiesen worden, dass es durch die regelmäßigen Entnahmen zum Verlust von Rückstellungen komme. Durch das Smoothing werde ein Teil der Gewinne den Anlegern entzogen und zur Rücklagenbildung verwendet (Bl. 47 d. A.). Darüber hinaus würden durch die regelmäßigen Entnahmen die ursprünglich mit der Einlage erworbenen Anteile reduziert, bis zum Schluss nur noch wenige Anteile vorhanden seien, auf die auch nur umso weniger Reserven entfielen (Bl. 49 d. A.). Im Prospekt sei demgegenüber erklärte worden, dass das investierte Kapital in vollem Umfang erhalten bleiben, weil alle Zinsleistungen für das Fremdkapital aus dem Wertzuwachs der Kapitallebensversicherung gezahlt würden (Bl. 55 d. A.).

Weiter sei der Kläger nicht darauf hingewiesen worden, dass es nicht zur Bildung von Quartalspools komme mit der Folge einer Quersubventionierung zwischen den einzelnen Pools zur Erfüllung der eigenen Garantieverpflichtungen (Bl. 50 - 52 d. A.). Das Gegenteil sei jedoch von Herrn Herbst im Rahmen diverser Schulungsveranstaltungen behauptet worden.

Auch hätte der Kläger darauf hingewiesen werden müssen, dass die Garantiekosten bei deklarierten Wertzuwachs eingepreist würden (Bl. 52 d. A.). Erst seit 2006 räume die Beklagte ein, dass ab 2003 Garantiekosten erhoben würden (Bl. 53 d. A.).

Hätte der Kläger gewusst, dass die Beklagte in der Vergangenheit eine Rendite von 7,8 % bis 10 % nicht erwirtschaftet habe, weil von der Beklagten kein deklarierter Wertzuwachs in dieser Höhe ausgewiesen worden sei, hätte er die Anlage nicht gezeichnet. Dasselbe gelte im Hinblick auf die Gefahr des Substanzverlustes oder das Fehlen von Quartalspools (Bl. 54 d. A.).

Die Beklagte habe Kenntnis von der Lex-Konzept-Rente besessen (Bl. 149 d. A.). Auch habe sie gewusst, dass die Lebensversicherung fremdfinanziert wurde. Die

Beklagte habe bis 2005 keine Direktverträge mit Maklern geschlossen, sondern die Verträge über sog. Master-Distributoren vermittelt, die wiederum die deutschen Vermittler geschult hätten (Bl. 37 d. A.). Deshalb müsse sich die Beklagte die Erklärungen des Herrn [redacted] gemäß § 278 BGB zurechnen lassen (Bl. 60 d. A.).

Die Beklagte sei verpflichtet, den Kläger so zu stellen, wie er ohne Zeichnung der Lex-Konzept-Rente gestanden hätte. Darüber hinaus begehrt der Kläger Erstattung der vorgerichtlich angefallenen Geschäftsgebühr in Höhe des 2,6-fachen Satzes nach einem Gegenstandswert in Höhe von 422.196,02 €.

Hilfsweise begehrt der Kläger Erfüllung in Form regelmäßiger Auszahlungen aus dem Versicherungsvertrag bis zum Ende der Vertragslaufzeit. Der Kläger meint, dass Grundlage dieses Anspruchs die entsprechenden Angaben im Versicherungsschein seien (Bl. 212 d.A.).

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 27.430,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 31. Dezember 2010 zu zahlen.

2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den Verbindlichkeiten aus dem mit der Frankfurter Bankgesellschaft (Schweiz) AG (vormals LB Swiss Privatbank AG, davor Helaba Schweiz Landesbank Hessen Thüringen AG) bestehenden Darlehensvertrag vom 22. Dezember 1998, Kreditnummer [redacted] freizustellen,

3. die Verurteilung zu Ziffer 1 und 2 erfolgt Zug um Zug gegen Abtretung der gegen die Helaba Landeskreditkasse zu Kassel gerichteten Ansprüche des Klägers auf Rückabtretung der Ansprüche aus der mit der Beklagten bestehenden Versicherung, Policennummer [redacted] sowie Freigabe und Rückabtretung des Wertpapierdepots-Nr. [redacted] und [redacted] bei der Frankfurter Fondsbank GmbH,

4. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 8.234,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

hilfsweise

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, regelmäßige Auszahlungen vorzunehmen wie im Versicherungsschein Nr. [redacted] der bei der Beklagten abgeschlossenen Lebensversicherung "Wealthmaster noble" angegeben, nämlich in Höhe von 3.336,18 € vierteljährlich bis zum 25. März 2064 mit einer Erhöhung des Auszahlungsbetrags um 1 % jährlich seit dem 1. April 1999.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Kläger sei bereits nicht aktivlegitimiert, weil er seine Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag einschließlich etwaiger Ansprüche wegen Pflichtverletzungen an die Helaba abgetreten habe (Bl. 112 d.A.).

Unabhängig hiervon habe die Beklagte keine ihr obliegenden Beratungs- oder Hinweispflichten verletzt. Eine Beratung des Klägers durch die Beklagte habe nicht stattgefunden. Es fehle auch an einer Mitwirkung an der Vertragsanbahnung. Eine Belehrungspflicht betreffend die Risiken fremder Anlagekonzepte habe ebenfalls nicht bestanden (Bl. 117 d. A.). Die Beklagte sei an der Entwicklung und dem Vertrieb des Anlagekonzepts nicht beteiligt gewesen. Sie habe die Unterlagen zur Lex-Konzept-Rente vor Veröffentlichung des Prospekts und vor Abschluss der in Rede stehenden Police nicht gekannt (Bl. 102 d. A.).

Darüber hinaus könnten der Beklagten aber auch etwaige Pflichtverletzungen von Vermittlern nicht zugerechnet werden, weil nach dem Klägervortrag solche Vermittler nicht tätig geworden seien (Bl. 118 d. A.). Weder die EMF AG noch die PTA AG seien Masterdistributoren der Beklagten (Bl. 101 d. A.).

Die dem Kläger vorliegenden Unterlagen hätten die bestehenden Risiken nicht unzutreffend beschrieben. So sei der Kläger im Prospekt zur Lex-Konzept-Rente darauf hingewiesen worden, dass die Jahresdividende und der Fälligkeitsbonus auch niedriger als angenommen ausfallen könnten (Bl. 86 d. A.). Die Rendite setze sich auch nicht nur aus dem deklarierten Wertzuwachs zusammen, sondern vielmehr aus diesem Wertzuwachs und dem Fälligkeitsbonus (Bl. 83 d. A.). Der Kläger werde durch die regelmäßigen Auszahlungen auch nicht systematisch benachteiligt. Zwar könne der Vertragswert durch die regelmäßigen Auszahlungen abschmelzen. Das ergebe sich aber bereits aus der Funktionsweise der Versicherung (Bl. 87 d. A.). Gesonderte Quartalspools würden zwar tatsächlich nicht gebildet. Hiermit habe die Beklagte aber auch nie geworben (Bl. 89 d. A.). Mit Garantiekosten für fremde Verträge würden die Versicherungsnehmer nicht belastet. Die zu erfüllenden Garantien würden von den Aktuaren der Beklagten bei der Bestimmung des deklarierten Wertzuwachses im Voraus berücksichtigt. Dementsprechend werde die Rendite erst nach Abzug der Verbindlichkeiten zugeteilt (Bl. 91 d. A.).

Unabhängig hiervon hätten die Versicherungen der Beklagten auf dem britischen Markt bei langfristigen Anlagen über die Gesamtlaufzeit durchschnittliche Renditen in Höhe von 12 - 13 % p. a. erzielt. Auch in Deutschland hätten sich die seit 1995 angebotenen Verträge in der Folgezeit außerordentlich gut entwickelt (Bl. 105 d. A.).

Dass der Kläger in ein Anlagekonzept mit hohem Risiko investiere, sei ihm im Übrigen bekannt gewesen. Der Kläger sei selbst Wirtschaftsberater und Kaufmann und habe darüber hinaus als unabhängiger Finanzvermittler die Lex-Konzept-Rente und ähnliche Anlagekonzepte vertrieben habe (Bl. 77, 114 d. A.). Aus diesem Grund seien etwaige Pflichtverletzungen auch nicht kausal geworden (Bl. 107 d. A.).

Die Ansprüche des Klägers seien auch verjährt. Soweit sich der Kläger auf fehlerhafte Prospektangaben beziehe, würden diese analog § 46 BörsG spätestens in drei Jahren nach Veröffentlichung des Prospekts oder Erwerb der Anteile verjähren (Bl. 126 d. A.). Darüber hinaus habe der Kläger aber auch spätestens 2005

aufgrund der ihm übersandten Kontoauszüge Kenntnis von den angeblichen Pflichtverletzungen besessen.

Mit Urteil vom 15. Dezember 2011 (Bl. 296 - 313 R d.A.) hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Dem Kläger stehe gegen die Beklagte kein Anspruch auf Schadensersatz zu. Weder dem Vortrag des Klägers noch den von ihm vorgelegten Unterlagen könne entnommen werden, dass dieser mit Vergangenheitsrenditen geworben worden sei. Selbst wenn das der Fall gewesen wäre, könne nicht festgestellt werden, dass die Vergangenheitsrenditen tatsächlich nicht erzielt worden seien. Der Kläger könne einen Anspruch auch nicht darauf stützen, er sei nicht auf die Gefahr eines Kapitalverlustes hingewiesen worden. Vielmehr sei ein solcher Hinweis in den Policenbedingungen, den Verbraucherinformationen und der Musterberechnung erfolgt. Auch der unterbliebene Hinweis auf die Einpreisung der Garantiekosten begründe keinen Anspruch. Die Beklagte habe nie erklärt, die Garantiekosten aus dem eigenen Vermögen zu tragen. Eine Hinweispflicht über das etwaige Vorhandensein eines einheitlichen Rücklagentopfes habe nicht bestanden. Unabhängig hiervon sei nicht erkennbar, dass die Lex Vermögensverwaltung AG, die EMF AG oder die PTA AG Erfüllungsgehilfen der Beklagten seien und die Beklagte sich deren Äußerungen zurechnen lassen müsse. Die Beklagte hafte auch nicht für etwaig unzutreffende Angaben im Prospekt für die Lex-Konzept-Rente, zumal die dortigen Angaben nicht unzutreffend seien. Schließlich wären etwaige Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte aber auch verjährt. Spätestens 2005 bzw. mit Eingang des Kontoauszugs der Beklagten vom 4. April 2005 habe der Kläger Kenntnis von den die angebliche Pflichtverletzung begründenden Umständen besessen.

Der Hilfsantrag sei unzulässig. Es fehle bereits am Feststellungsinteresse, weil die Beklagte eine Zahlungspflicht nicht bestreite, solange Kapital vorhanden sei. Nur hinsichtlich des weitergehenden Antrags würde ein Feststellungsinteresse bestehen. Insoweit habe der Kläger seinen Anspruch aber nicht hinreichend quantifiziert. Unabhängig hiervon sei der Anspruch aber auch in der Hauptsache nicht begründet.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, der seinen erstinstanzlichen Vortrag wiederholt und vertieft. Ergänzend trägt er vor, dass die Beklagte auf den Vermittlerschulungen für ihre Produkte mit Vergangenheitsrenditen geworben habe, die sie nie erzielt habe (Bl. 330 d. A.). Es sei mit Renditen zwischen 10 % und 15 % geworben worden (Bl. 336 d. A.).

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landgerichts Lüneburg vom 15. Dezember 2011 (Az. 4 O 343/10 abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 27.430,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 31. Dezember 2010 zu zahlen.

2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den Verbindlichkeiten aus dem mit der Frankfurter Bankgesellschaft (Schweiz) AG (vormals LB Swiss Privatbank AG, davor Helaba Schweiz Landesbank Hessen Thüringen AG) bestehenden Darlehensvertrag vom 22. Dezember 1998, Kreditnummer [redacted] freizustellen,

3. die Verurteilung zu Ziffer 1 und 2 erfolgt Zug um Zug gegen Abtretung der gegen die Helaba Landeskreditkasse zu Kassel gerichteten Ansprüche des Klägers auf Rückabtretung der Ansprüche aus der mit der Beklagten bestehenden Versicherung, Policennummer [redacted] sowie Freigabe und Rückabtretung des Wertpapierdepots-Nr. [redacted] und [redacted] bei der Frankfurter Fondsbank GmbH,

4. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 8.234,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

hilfsweise

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, regelmäßige Auszahlungen vorzunehmen wie im Versicherungsschein Nr. [redacted] der bei der

Beklagten abgeschlossenen Lebensversicherung "Wealthmaster noble" angegeben, nämlich in Höhe von 3.336,18 € vierteljährlich bis zum 25. März 2064 mit einer Erhöhung des Auszahlungsbetrags um 1 % jährlich seit dem 1. April 1999.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Unter Bezugnahme auf eine zwischenzeitlich am 11. Juli 2012 zum Aktenzeichen IV ZR 164/11 ergangene Entscheidung des Bundesgerichtshofs vertritt sie die Auffassung, dass die dort vertretenen Annahmen des Bundesgerichtshofs nicht belastbar seien (Bl. 516 d. A.). Bereits die Einordnung der Lebensversicherung als Kapitalanlage sei unhaltbar und beruhe auf einem falschen Verständnis des Sachverhalts. Darüber hinaus finde diese Annahme keine Stütze in der Gesetzeslage (Bl. 517 d. A.). Fälschlich nehme der Bundesgerichtshof auch an, dass die Bildung von Reserven im Rahmen des Glättungsverfahrens dem freien Ermessen der Beklagten unterliege (Bl. 525 d. A.). Schließlich beruhe auch die Annahme einer aufklärungspflichtigen Quersubventionierung auf einem falschen Verständnis des Sachverhalts (Bl. 526 d. A.).

Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 21. September 2012 hat der Senat den Kläger auf Antrag der Beklagten als Partei vernommen. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 21. September 2012 Bezug genommen (LA Bl. 580 - 582 d. A.).

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Übrigen und im Einzelnen wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung ist begründet. Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch im Zusammenhang mit dem Abschluss der Zeichnung

der Lex-Kombi-Rente bzw. dem Abschluss des streitgegenständlichen Lebensversicherungsvertrags zu.

A. Die Klage ist zulässig. Insbesondere ist die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte gegeben. Sie folgt sowohl aus Art. 9 Abs. 1 Buchst. b als auch aus Art. 16 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 Buchst. c EuGVVO (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juli 2012, Az. IV ZR 164/11).

B. Die Klage ist auch begründet. Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch aufgrund vorvertraglichen Beratungsverschuldens (culpa in contrahendo) bzw. einer Prospekthaftung im weiteren Sinne zu.

1. Auf den streitgegenständlichen Versicherungsvertrag ist gemäß Ziffer 13.7 AVB (Anlage K 2 bzw. Lw 2) deutsches Recht anzuwenden. Darüber hinaus kommt bei der Beurteilung der Rechtslage gemäß § 5 Art. 229 EGBGB das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung zum Tragen.

2. Der Kläger ist trotz der im März 1999 erfolgten Abtretung seiner Ansprüche aus dem Lebensversicherungsvertrag an die Landeskreditkasse zu Kassel (Anlage Lw 8) aktivlegitimiert. Die Abtretung erstreckt sich nicht auf die streitgegenständlichen Ansprüche im Zusammenhang mit der angeblichen Erteilung fehlerhafter Informationen im Rahmen von Schulungsveranstaltungen und Prospekten. Welche Forderungen die Abtretung erfasst, ist durch Auslegung zu klären (vgl. Grüneberg in: Palandt, BGB, 71. Aufl., § 398, Rn. 8). Der Versicherungsnehmer kann über die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag unterschiedlich verfügen. Das gilt nicht nur für die Einräumung eines unwiderruflichen Bezugsrechts, sondern auch für die Sicherungsabtretung von Rechten aus dem Versicherungsvertrag (vgl. BGH NJW 2007, 2320). Ob eine Sicherungsabtretung von Rechten aus einem Versicherungsvertrag auch Schadensersatzansprüche aufgrund einer vorangegangenen Pflichtverletzung erfasst, hat der Tatrichter deshalb unter Berücksichtigung der bei der Sicherungsabtretung abgegebenen Erklärungen, der Parteiinteressen und des Zwecks des Rechtsgeschäfts zu ermitteln. Gegen eine Ausweitung der Abtretung auch auf Schadensersatzansprüche spricht im vorliegenden

Fall bereits der Wortlaut der Abtretungsvereinbarung. Danach trat der Kläger seine gegenwärtigen und zukünftigen Rechte und Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag ab, nicht aber seine Ansprüche aufgrund einer vorvertraglichen Pflichtverletzung. Auch der weitere Inhalt der Abtretungserklärung spricht gegen eine Abtretung auch von Schadensersatzansprüchen. So wird unter Ziffer 3 der Vereinbarung explizit die Verwertung in Form der Kündigung des Vertrags und Erhebung des Rückkaufswertes angesprochen. Daneben wird der Sicherungsnehmer berechtigt, die Umwandlung in eine beitragsfreie Versicherung und die Erhebung der angesammelten Dividende vorzunehmen. Diese Verwertungsmöglichkeiten betreffen ausschließlich die Geltendmachung vertraglicher Ansprüche. Von einer Realisierung etwaiger Schadensersatzansprüche ist hingegen nicht die Rede. Hinzu kommt, dass die Abtretungsvereinbarung erkennbar unter Verwendung eines standardisierten Formulars der Landeskreditkasse zu Kassel erfolgte. In dem Fall hat sich die Auslegung der Abtretungsvereinbarung an § 5 AGBG zu orientieren. Danach gehen Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders. Mangels einer eindeutigen Regelung in der Abtretungsvereinbarung kann deshalb nicht zulasten des Klägers auch von einem Übergang von Schadensersatzansprüchen auf die Sparkasse Bremen ausgegangen werden.

3. Im vorliegenden Fall verstieß die Beklagte im Zusammenhang mit dem Abschluss des streitgegenständlichen Lebensversicherungsvertrags gegen ihre Pflichten zur zutreffenden und vollständigen Aufklärung über die hiermit verbundenen Risiken.

Der Abschluss der streitgegenständlichen kapitalbildenden Lebensversicherung stellt sich bei wirtschaftlicher Betrachtung als Anlagegeschäft dar. Gegenüber der Renditeerwartung war die Versicherung des Todesfallrisikos von untergeordneter Bedeutung. Die Beklagte war daher nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Aufklärung bei Anlagegeschäften verpflichtet, den Kläger bereits im Rahmen der Vertragsverhandlungen über alle Umstände verständlich und vollständig zu informieren, die für seinen Anlageentschluss von besonderer Bedeutung waren. Das gilt insbesondere für die mit der angebotenen Beteiligungsform verbundenen Nachteile und Risiken (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juli 2012, Az. IV ZR 164/11 m. w. N.).

Soweit die Beklagte demgegenüber auf die Natur des Versicherungsvertrags und die gesetzgeberische Differenzierung zwischen kapitalbildenden Lebensversicherungsverträgen und Anlagegeschäften verweist, steht das dem Umfang der vom Bundesgerichtshof statuierten Aufklärungspflichten keineswegs entgegen. Bereits unter Zugrundelegung des vor dem 1. Januar 2008 geltenden Rechts galten für den Versicherer umfangreiche Beratungspflichten über den bestehenden Versicherungsschutz und etwaige Risiken des Versicherungsnehmers, deren Verletzung Schadensersatzansprüche des Versicherungsnehmers nach sich ziehen konnte (vgl. Prölss in: Prölss/Martin, VVG, 27. Aufl., Vorbem. II, Rn. 10 ff.). Wenn der Bundesgerichtshof den Lebensversicherungsvertrag als Anlagegeschäft klassifiziert, bedeutet das somit lediglich eine Konkretisierung der bei Abschluss des Versicherungsvertrags bestehenden Beratungspflichten unter Annäherung an die bei Anlagegeschäften bestehenden Pflichten des Vermittlers oder Emittenten. Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass bereits vor Inkrafttreten des neuen Rechts am 1. Januar 2008 eine umfassende Belehrungspflicht des Versicherers entsprechend den Belehrungspflichten bei Anlagegeschäften diskutiert wurde (vgl. Prölss a. a. O., Rn. 11 a). Die vom Bundesgerichtshof nunmehr vertretene Auffassung ist also keineswegs neu. Sie stellt erst Recht keinen Widerspruch zum bislang geltenden Recht dar.

Ist somit von einem Anlagegeschäft auszugehen, trafen die Beklagte auch die im Zusammenhang mit der Herausgabe von Prospekten zu beachtenden Pflichten. Unter den Begriff des Prospekts fallen dabei alle Schriftstücke, die den Anspruch einer umfassenden Information des Anlegers über alle für seine Entscheidung bedeutsamen Umstände erheben (vgl. BGH NJW 2004, 2664; Emmerich in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, § 311, Rn. 161). Beinhalten diese Unterlagen nicht alle für die Anlageentscheidung wesentlichen Angaben, liegt hierin ein Pflichtenverstoß, der einen Prospekthaftungsanspruch im weiteren Sinne bzw. einen Schadensersatzanspruch aufgrund vorvertraglichen Beratungsverschuldens begründen kann. Dieser Anspruch richtet sich gegen den Herausgeber, weil diesen aufgrund des „typischerweise" in Anspruch genommenen Vertrauens eine besondere Garantenstellung für die Richtigkeit der Angaben im Prospekt trifft (vgl. Emmerich a. a. O., Rn. 155).

Dies zugrunde gelegt, kam es anlässlich des streitgegenständlichen Vertragsschlusses zu mehreren Pflichtverletzungen:

a) Der Kläger wurde in den von der Beklagten herausgegebenen Unterlagen nicht hinreichend über die Konsequenzen des von ihr praktizierten Glättungsverfahrens aufgeklärt. Der Kläger hat insoweit vorgetragen, dass durch dieses Glättungsverfahren (Smoothing) ein Teil der erzielten Anlagegewinne einer Rücklage zugeführt und in Zeiten von Anlageverlusten zur Stützung der Auszahlungen bzw. deklarierten Wertzuwächse verwendet würden.

Unstreitig gibt die Beklagte im Rahmen des Glättungsverfahrens nur einen Teil der mit den Einmalzahlungen erzielten Rendite über den deklarierten Wertzuwachs an die Anleger weiter und überführt den anderen Teil in Rücklagen, die einer Stützung von Auszahlungen und deklarierten Wertzuwächsen bei negativer Entwicklung an den Aktienmärkten dienen sollen (Bl. 83 d. A.). Der Umfang der Reservenbildung unterliegt der Ermessensentscheidung der Beklagten. An den gebildeten Reserven werden die Anleger durch die nicht garantierten Fälligkeitsboni beteiligt, die auf die am Ende der Vertragslaufzeit verbliebenen Anteile, gegebenenfalls auch auf beantragte regelmäßige Auszahlungen geleistet werden, was im Übrigen auch aus der vom Kläger als Anlage K 18 vorgelegten Broschüre "Pools mit garantiertem Wertzuwachs - Einführung in das Erfolgskonzept" ergibt. Letzteres gilt aber nur, wenn diese Reserven zu diesem Zeitpunkt noch vorhanden sind, das im Übrigen auch die Beklagte einräumt (Bl. 528 d. A.).

Im Vorfeld des Vertragsschlusses hätte es einer Aufklärung über die Besonderheiten des so beschriebenen Glättungsverfahrens bedurft. Dass die Beklagte unter Berücksichtigung der Vergangenheitsrenditen und einer Prognose der zukünftigen Wertentwicklung entscheidet, in welcher Höhe die Gesamtrendite in Reserven fließt, dass also die Anleger gegebenenfalls nur zu einem geringen Anteil hieran beteiligt werden, ist für die Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung (vgl. BGH, Urteil vom 11. Juli 2012, Az. IV ZR 164/11). Weder in den Policenbedingungen noch in den Verbraucherinformationen findet sich eine Erläuterung des Glättungsverfahrens. Das gilt sowohl für die vom Kläger als auch für die von

der Beklagten vorgelegten Unterlagen. In Ziffer 10.1.1 der Verbraucherinformationen heißt es lediglich:

> "Das Ziel, die Schwankungsintensität des Marktes zu glätten, reduziert - im Vergleich mit einem reinen Aktienfonds - das Wachstumspotenzial."

Dass sich diese Reduzierung aber nicht nur auf das Wachstumspotenzial, sondern auch auf den Erhalt des dem Vertrag nur rechnerisch zugeteilten Fälligkeitsbonus erstreckt, kann der zitierten Passage hingegen nicht entnommen werden.

Dass die Beklagte nach eigenem Vortrag unter anderem bei der Durchführung des Glättungsverfahrens von der britischen Aufsichtsbehörde überwacht wird (Bl. 88 d. A.), ist insoweit ohne Relevanz. Auch wenn die Ausübung des der Beklagten zustehenden Ermessens zum Nachteil der Versicherungsnehmer ausgeschlossen sein sollte, steht das der Möglichkeit einer Benachteiligung eines Versicherungsnehmers zugunsten eines anderen Versicherungsnehmers nicht entgegen.

Im Rahmen der Parteivernehmung haben sich keine Anhaltspunkte ergeben, dass der Kläger insbesondere über die mit dem Aufbau nicht garantierter Rücklagen verbundenen Risiken hingewiesen worden sein könnte. Im Gegenteil hat er in grober Verkennung der tatsächlichen Rechtslage erklärt, dass er auch insoweit von einer Garantie ausgegangen sei. Wäre es zu einer vollständigen Aufzehrung der von ihm erworbenen Anteile gekommen, wäre nach Auffassung des Klägers diese Garantie zum Tragen gekommen. Als Folge hätte der Kläger trotz Verlustes seiner Anteile weiterhin seine monatlich vereinbarten Auszahlungen bei gleichzeitigem Erhalt seiner Einlage erhalten. Ersichtlich ging der Kläger bei der Anlageentscheidung damit von einem Geschäft ohne jedes Risiko aus. Dass diese Auffassung in den ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen keinerlei Stütze findet und somit der Verdacht nahe liegt, dass der Kläger diese Unterlagen entweder nicht genau genug gelesen oder nicht hinreichend verstanden hat, spielt an dieser Stelle keine Rolle. Maßgeblich ist allein, dass eine ordnungsgemäße Aufklärung des Klägers über die Risiken des Glättungsverfahrens über die - insoweit unzureichenden - Unterlagen der Beklagten hinaus nicht festgestellt werden kann.

b) Darüber hinaus wurde der Kläger auch nicht über die poolübergreifende Reservenbildung hinreichend aufgeklärt. Hierzu hat er vorgetragen, dass die Verträge nicht getrennt nach Quartalspools verwaltet würden. Vielmehr würden die in allen Pools anfallenden Gewinne gemeinsam verwaltet und zur Erfüllung der von der Beklagten gegenüber den Zeichnern der verschiedenen Pools gegebenen Garantien und damit zur Quersubventionierung verwendet (Bl. 51, 51 d. A.).

Diese Behauptung wird von der Beklagten nicht bestritten und steht im Übrigen im Einklang mit den von der Beklagten veröffentlichten und auszugsweise vom Kläger wiedergegebenen Informationsschrift "Grundsätze und Unsancen bei der Finanzverwaltung (PPFM) für die With-Profits Fund von Clerical Medical". Auch im Schriftsatz der Beklagten vom 18. September 2012 findet sich kein Bestreiten einer poolübergreifenden Reservenbildung. Die Beklagte hat vielmehr eingeräumt, dass bei nicht ausreichenden Reserven der jeweiligen Pools auf die Gesamtreserven im With-Profits Fund zurückgegriffen werde (Bl. 527 d. A.). Dieser wiederum werde aus der Rendite gebildet, die die Beklagte zuvor mit dem Gesamtvolumen des bei ihr eingezahlten und in ihr Eigentum übergangenen Kapitals erziele (Bl. 526 d. A.).

Bei dieser poolübergreifenden Reservenbildung handelt es sich um einen für die Anlageentscheidung bedeutsamen Umstand, über den die Beklagte hätte aufklären müssen. Auch insoweit finden sich in den Policenbedingungen keine ausreichenden Informationen. Dasselbe gilt für die Verbraucherinformationen.

Auch hierüber wurde der Kläger nicht hinreichend aufgeklärt. Er hat vielmehr vorgetragen, von der Bildung individueller Konten ausgegangen zu sein, die quartalsmäßig zugunsten der Versicherungsnehmer berechnet würden. Von einer Quersubventionierung und einer Beteiligung auch anderer Pools habe er hingegen keine Kenntnis besessen.

4. Die Frage einer Zurechnung fremden Verschuldens stellt sich im vorliegenden Fall nicht. Die Beklagte verletzte vielmehr ihr originär obliegende Pflichten mit der Folge eines unmittelbar gegen sie bestehenden Anspruchs.

5. Die dargestellten Pflichtverletzungen waren für die Zeichnung der Lex-Konzept-Rente auch kausal. Für den Kläger streitet bei allen Aufklärungs- und Beratungsfehler die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens. Dabei handelt es sich nicht lediglich um eine Beweiserleichterung. Vielmehr kommt es zu einer zur Beweislastumkehr führenden widerleglichen Vermutung (vgl. BVerfG, ZIP 2012, 164). Soweit der Bundesgerichtshof diese Beweiserleichterung in der Vergangenheit davon abhängig gemacht hat, dass es vernünftigerweise nur eine Möglichkeit aufklärungsrichtigen Verhaltens gab, ist das Gericht hiervon mit Urteil vom 8. Mai 2012 abgerückt (vgl. BGH WM 2012, 1337). Zur Begründung hat das Gericht darauf hingewiesen, dass das Abstellen auf das Fehlen eines Entscheidungskonflikts mit dem Schutzzweck der Beweislastumkehr nicht zu vereinbaren sei. Die Beweislastumkehr greife daher bereits bei feststehender Aufklärungspflichtverletzung ein.

Die Beklagte hat vorgetragen, dass dem Kläger die Funktionsweise der Versicherung aufgrund seiner Tätigkeit als Wirtschaftsberater und Finanzvermittler bekannt gewesen sei. Dem Kläger sei es um hohe Renditen gegangen, nicht aber um die Einzelheiten der Beitragsverwaltung, von der das Funktionieren des Anlagekonzepts ohnehin nicht abhängig gewesen sei (Bl. 107 d. A.).

Die Vernehmung des Klägers als Partei gemäß § 445 Abs. 1 ZPO hat die Behauptung der Beklagten indes nicht bestätigt. Zwar hat der Kläger nachvollziehbar vorgetragen, dass es ihm (in erster Linie) um die Rendite gegangen sei. Dabei darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass die Höhe der letztlich erzielten Rendite nicht zuletzt von den mit dem Glättungsverfahren und der Quersubventionierung verbundenen Risiken bestimmt wird. Dementsprechend kann die Renditeerwartung nicht von einer Kenntnis vom Glättungsverfahren und von der Quersubventionierung abgekoppelt werden. Dass der Kläger aber auch in Kenntnis dieser Risiken den Lebensversicherungsvertrag abgeschlossen hätte, hat die Beweisaufnahme nicht bestätigt. Zwar hat er erklärt, gegen das Glättungsverfahren grundsätzlich keine Einwände zu erheben. Das hat er jedoch mit der seiner unzutreffenden Ansicht nach bestehenden Garantie der Beklagten begründet, die auch bei einem vollständigen Verlust der Anteile sowohl die Einlage als auch die monatlich

vereinbarten Auszahlungen übernehme. Aus der Betonung des Sicherheitsgedankens durch den Kläger gefolgert werden, dass dieser bei Kenntnis der tatsächlichen Risikolage insbesondere im Hinblick auf die Verlustgefahr bereits gebildeter Reserven den Vertrag nicht abgeschlossen hätte.

Im Hinblick auf die aufklärungspflichtige Quersubventionierung hat der Kläger keinen Zweifel daran gelassen, dass er den Lebensversicherungsvertrag bei einer entsprechenden Kenntnis nicht abgeschlossen hätte. Damit hat die Beklagte den ihr obliegenden Gegenbeweis nicht erbracht.

6. Der dem Kläger zustehende Anspruch ist nicht verjährt. Der auf eine Rückabwicklung des Vertrags gerichtete Schadensersatzanspruch aufgrund Prospekthaftung im weiteren Sinne verjährt nach den allgemeinen verjährungsrechtlichen Regelungen (vgl. BGH VersR 2009, 845; Emmerich in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 311, Rn. 169). Das bedeutet im vorliegenden Fall, dass gemäß § 6 Art. 229 EGBGB die seit dem 1. Januar 2002 geltende kurze Verjährungsfrist von drei Jahren ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von der Pflichtverletzung und von der Person des Schuldners zum Tragen kommt, §§ 195, 199 BGB. Dass der Kläger aber bereits im Jahr 2006 Kenntnis von den hier maßgeblichen Pflichtverletzungen erlangte, ist nicht ersichtlich und wird von der Beklagten auch nicht substanziiert vorgetragen. Zwar hätte der Kläger durch einen Blick in die ihm von der Beklagten zur Verfügung gestellten Unterlagen unschwer erkennen können, dass die von ihm angenommene Garantie nicht existiert. Er hätte allerdings nicht zugleich mit der gebotenen Sicherheit erkennen können, welche Risiken mit dem Glättungsverfahren verbunden sind und dass es darüber hinaus zu einer Quersubventionierung kommt. Weil die Verjährung von Schadensersatzansprüchen für jede Pflichtverletzung aber gesondert zu berechnen ist, scheidet insoweit eine Verjährung aus.

7. Im Falle eines Schadensersatzanspruchs wegen der Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten (wozu auch die Prospekthaftung im weiteren Sinne zählt) kommt ein Mitverschulden des Anlageinteressenten nur unter besonderen Umständen zur Anrechnung, weil sich der Anleger regelmäßig auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der ihm erteilten Aufklärung und Beratung verlassen

darf (vgl. BGH VersR 2011, 395). Zwar ist dem Kläger gerade aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit im Hinblick auf seine Vorstellung vom Funktionsprinzip der streitgegenständlichen Lebensversicherung eine kaum nachvollziehbare Fehlvorstellung vorzuhalten (s. o.). Auf der anderen Seite ist nicht das tatsächliche Vorstellungsbild des Klägers vom Funktionsprinzip der Lebensversicherung maßgeblich. Entscheidend ist vielmehr, ob er unter Verletzung der in eigenen Angelegenheiten gebotenen Sorgfalt die mit dem Glättungsverfahren und der Quersubventionierung verbundenen Risiken nicht zur Kenntnis nahm. Das kann aber gerade nicht festgestellt werden, denn jedenfalls im Hinblick auf die aufklärungsbedürftige Quersubventionierung hätten sich für den Kläger auch bei noch so sorgfältigem Studium der von der Beklagten herausgegebenen Unterlagen keine entsprechenden Anhaltspunkte ergeben. Insoweit wird auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen.

8. Als Rechtsfolge eines Beratungsfehlers bzw. eines Aufklärungsfehlers im Rahmen eines Anlagegeschäfts kann der Anleger Rückabwicklung des Vertrags verlangen. Der Anleger ist dabei so zu stellen, wie er ohne Abschluss des Vertrags gestanden hätte (vgl. BGH VersR 2006, 1266). Das schließt im vorliegenden Fall das zur Finanzierung des Lebensversicherungsvertrags aufgenommene Darlehen und die Investition in den Investmentfonds mit ein (s. o.).
Soweit die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 18. September 2012 auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 3. Dezember 1991 (VersR 1992, 592) verweist, betrifft die eingeschränkte Pflicht zum Schadensersatz lediglich die Fälle nur eingeschränkter Pflicht zur Auskunftserteilung. Ist diese Pflicht - wie im vorliegenden Fall - aber umfassend und dient sie dem Zweck, dem potenziellen Versicherungsnehmer die Entscheidung für oder gegen den Abschluss eines Versicherungsvertrags zu ermöglichen, dann erstreckt sich der Anspruch bei einer Pflichtverletzung auf die Kompensation sämtlicher, mit dem Vertragsabschluss verbundenen wirtschaftlichen Nachteile.

Dies vorausgeschickt, kommen im vorliegenden Fall die nachfolgenden Erwägungen zum Tragen:

a) Bei dem bezifferten Anspruch beschränkt sich der Kläger auf seinen Eigenanteil in Höhe von 27.430,80 €. Die Beklagte hat die Zahlung dieses Betrags zwar bestritten (Bl. 109 d. A.). Allerdings hat der Kläger sowohl die Vereinbarung dieses Eigenanteils als auch dessen Zahlung durch Vorlage entsprechender Belege nachgewiesen (Anlagen K 25 und K 26).

b) Der Zinsanspruch folgt aus §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB. Der Kläger forderte die Beklagte mit Schreiben vom 15. Dezember 2010 (Anlage K 16) auf, den Anspruch des Klägers bis zum 30. Dezember 2010 dem Grunde nach anzuerkennen. Dementsprechend befindet sich die Beklagte ab dem 31. Dezember 2010 in Verzug.

c) Darüber hinaus kann der Kläger Freistellung von seinen im Rahmen des Anlagegeschäfts entstandenen Darlehensverbindlichkeiten verlangen. Ob die Zahlungen der Beklagten in Höhe von 167.032,05 € zur Tilgung der Darlehenszinsen verwendet wurden oder nicht, spielt im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Freistellung keine Rolle.

d) Soweit die Beklagte die unterbliebene Berücksichtigung der dem Kläger durch den Abschluss des Lebensversicherungsvertrags bzw. durch die Zeichnung der Lex-Konzept-Rente zugeflossenen Vorteile beanstandet, führt dieser Einwand nicht zum Erfolg.

Zwar sind im Rahmen der Schadensberechnung vorteilhafte und mit dem schädigenden Ereignis in einem qualifizierten Zusammenhang stehende Umstände zu berücksichtigen, soweit ihre Anrechnung dem Sinn und Zweck des Schadensersatzes entspricht und weder den Geschädigten unzumutbar belastet noch den Schädiger unbillig entlastet (vgl. BGH BGHZ 109, 380). Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei dem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden. Der Geschädigte darf nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Andererseits sind nicht alle durch das Schadensereignis begründeten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, sondern nur solche, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt.

Im vorliegenden Fall kommt eine solche Berücksichtigung aber nicht in Betracht:

aa) Eine (zusätzliche) Berücksichtigung der Ausschüttungen aus dem Lebensversicherungsvertrag zulasten des Klägers findet nicht statt.

Grundsätzlich muss sich der Kläger auf der Grundlage der vorstehenden Ausführungen zwar einen Vorteilsausgleich anrechnen lassen, wenn er die Ausschüttungen der Beklagten nicht zur Tilgung der Darlehenszinsen verwendet haben sollte, denn er kann nicht Freistellung von einer (unter Umständen entsprechend höheren) Darlehensforderung verlangen, gleichzeitig aber die Ausschüttungen der Beklagten einbehalten.

Die Beklagte hat eine entsprechende Verwendung ihrer Ausschüttungen auch bestritten (Bl. 109 d. A.). Dieses Bestreiten steht aber in direktem Widerspruch zu dem von ihr selbst vorgelegten Schreiben der Helaba vom 25. März 1998 (Anlage Lw 8). In diesem Schreiben setzte die Helabe die Beklagte von der zu ihren Gunsten erfolgten Abtretung in Kenntnis und forderte die Beklagte zugleich auf, die quartalsweisen Auszahlungen an ein Konto der Landesbank zu überweisen. Wörtlich heißt es in diesem Schreiben:

> "Die vierteljährlich fällig werdenden Rentenzahlungen bzw. regelmäßigen Auszahlungen aus der Lebensversicherung sind unwiderruflich direkt auf das bei der Landeskreditkasse zu Kassel geführte Transaktionskonto Nr. [redacted] zu überweisen."

Angesichts der unstreitig erfolgten Anweisung der Helaba hätte die Beklagte ihrer Darlegungs- und Beweislast nur dann genügt, wenn sie zugleich vorgetragen hätte, unter Verstoß gegen die Anweisung der Helaba nicht an diese, sondern an den Kläger gezahlt zu haben. Das ist aber nicht der Fall. Deshalb muss davon ausgegangen werden, dass die Zahlungen der Beklagten direkt an die Helaba erfolgten und der Reduzierung der für den Kläger aus dem Darlehensvertrag resultierenden Verbindlichkeiten dienten. Unter diesen Umständen kommt ein Vorteilsausgleich außerhalb des aus der Darlehensaufnahme resultierenden Schadens aber nicht in Betracht.

Die Annahme einer aufseiten des Klägers bestehenden sekundären Darlegungslast im Sinne von § 138 Abs. 4 ZPO scheidet unter diesen Umständen aus.

bb) Etwaiger Steuervorteile sind ebenfalls nicht in im Wege des Vorteilsausgleichs in Abzug zu bringen. Durch Werbungskosten bedingte Steuervorteile werden bei einer Rückabwicklung im Wege des Schadensersatzes durch die Besteuerung der Schadensersatzleistung 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 (vgl. BGH WM 2011, 740; OLG Karlsruhe, Urteil vom 2. August 2011, Az. 12 U 173/10, recherchiert in juris). Damit bleiben die Steuervorteile bei der Schadensberechnung außer Ansatz.

e) Die vorstehenden Ansprüche stehen unter dem Vorbehalt eines Gegenanspruchs der Beklagten auf Rückübertragung der vom Kläger erworbenen Anteile. Demgegenüber muss sich die Beklagte auf die hier angebotene Abtretung der auf Rückabtretung gerichteten Ansprüche des Klägers grundsätzlich nicht verweisen lassen. Auf der anderen Seite ist das Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts nicht von Amts wegen zu berücksichtigen, sondern nur auf entsprechende Einrede (vgl. Grüneberg in: Palandt, BGB, 71. Aufl., § 273, Rn. 19). Eine solche Einrede hat die Beklagte im vorliegenden Fall allerdings nicht erhoben, sodass es bei der vom Kläger angebotenen Zug-um-Zug Verurteilung zu bleiben hat.

f) Ein Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Geschäftsgebühr besteht nicht. Soweit ersichtlich, beschränkte sich die Tätigkeit des Klägervertreters auf die Abfassung des Schreibens vom 15. Dezember 2010 (Anlage K 16). Darin erfolgten lediglich allgemeine Ausführungen zu den der Beklagten nach Ansicht des Klägervertreters unterlaufenen Pflichtverletzungen.

Ob dieses Standardschreiben auch nur eine 1,3-fache Geschäftsgebühr rechtfertigt, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls scheitert der Anspruch bereits aber an einem Verstoß des Klägers gegen seine Schadensminderungspflicht. Grundsätzlich besteht für einen Gläubiger die Möglichkeit, einen Rechtsanwalt gleichzeitig sowohl mit der vorgerichtlichen als auch mit der gerichtlichen Geltendmachung

einer Forderung zu beauftragen. Ist dies der Fall, fällt eine vorgerichtliche Geschäftsgebühr aufseiten des Anwalts bei einer späteren Klageerhebung nicht an, weil die vorgerichtliche Tätigkeit in dem Fall gemäß § 19 RVG von der Verfahrensgebühr bereits mit umfasst wird. Das gilt jedenfalls dann, wenn dem Rechtsanwalt ein unbedingter Klageauftrag erteilt wird (vgl. Müller-Rabe in: Gerold/Schmidt, RVG, 18. Aufl., VV 3100, Rn. 47).

Eine vorgerichtliche Geschäftsgebühr fällt nur dann an, wenn der Gläubiger seinen Rechtsanwalt zunächst ausschließlich mit der außergerichtlichen Geltendmachung seiner Forderung beauftragt und eine gerichtliche Geltendmachung ausschließt oder wenn er einen lediglich bedingten Klageauftrag erteilt. Da mit dieser Vorgehensweise zusätzliche Kosten verbunden sind, unterliegt der Gläubiger einer besonderen Sorgfaltspflicht. Insbesondere ist er gehalten, das auch insoweit geltende Gebot der Schadensminderungspflicht gemäß § 254 Abs. 2 BGB zu beachten. Ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht kommt regelmäßig dann in Betracht, wenn der Gläubiger keine hinreichenden Anhaltspunkte besitzt, dass eine außergerichtliche Tätigkeit eines Rechtsanwalts zum Erfolg führen wird.

Im vorliegenden Fall war jedenfalls den Prozessbevollmächtigten des Klägers aufgrund ihrer umfassenden Tätigkeit im Komplex EuroPlan pp. bekannt, dass die Beklagte vorgerichtliche Schadensersatzforderungen ihrer Versicherungsnehmer stets abschlägig beschied. Unter diesen Umständen hätte dem Klägervertreter aber sofort ein unbedingter Klageauftrag erteilt werden müssen mit der Folge, dass eine Geschäftsgebühr dann nicht angefallen wäre.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Von der Zulassung der Revision gemäß § 543 ZPO hat der Senat abgesehen. Der Rechtsstreit ist nach höchstrichterlicher Klärung der auch im vorliegenden Fall entscheidungserheblichen Fragen nicht (mehr) von grundsätzlicher Bedeutung. Aus denselben Gründen erfordert auch die Fortbildung des Rechts keine Entscheidung des Revisionsgerichts.

Bei der Festsetzung des Streitwerts hat der Senat die Anträge wie folgt bewertet:

Antrag zu 1)	27.430,80 €
Antrag zu 2) (523.541,63 CHF)	418.833,30 €
Antrag zu 3)	0 €
Antrag zu 4)	0 €
Gesamt:	446.264,10 €

Beim Antrag zu 2) haben die Wechselkursschwankungen nach Einreichung der Klageschrift keine Berücksichtigung finden können, §§ 40, 47 Abs. 2 Satz 1 GKG.

Das bereits in der Klage berücksichtigte Zurückbehaltungsrecht führt nicht zu einer Reduzierung des Streitwerts (vgl. Herget in: Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 3, Rn. 16, Stichwort: Zug-um-Zug-Verurteilung). Es gilt bei der Bewertung von Gegenleistungen vielmehr das Verbot des Abzugs der Gegenleistung von der Hauptleistung. Hintergrund ist die Überlegung, dass eine etwaige Berücksichtigung der Gegenleistung bei Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung keinen Streitwert übrig ließe. Bei einem höheren Wert der Gegenleistung käme es sogar zu einem negativen Streitwert. Für die höheren Rechtszüge hätte eine Berücksichtigung darüber hinaus die Reduzierung der Beschwer bis hin zur Unanfechtbarkeit zur Folge (vgl. RG HRR 1934, Nr. 41). Das ist mit dem Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes nicht in Einklang zu bringen und wäre auch unvereinbar mit dem Umstand, dass die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Zurückbehaltungsrechts anders als bei einer Hilfsaufrechnung nicht in Rechtskraft erwächst. Es besteht deshalb auch keine Veranlassung, die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts bei der Festsetzung des Streitwerts anders zu behandeln, als beispielsweise die Einrede der Verjährung (vgl. BGH NJW-RR 2004, 714; BGH NJW-RR 1996, 828).

Glimm Dr. Dietrich Kaufert

Ausgefertigt
Justizangestellte als
Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT CELLE

Vorstehende Ausfertigung wird
der m. Kläger für die
Zwangsvollstreckung erteilt
Celle, den 13. Nov. 2012

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle
des Oberlandesgerichts