

Oberlandesgericht Nürnberg

Az.: 5 U 466/13
1 O 9736/11 LG Nürnberg-Fürth



In dem Rechtsstreit

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **RSCW**, Rückertstraße 25, 97421 Schweinfurt, Gz.: 11/10101

gegen

Raiffeisenbank Seebachgrund eG, vertreten durch d. Vorstand Edmund Kainer und Horst Amon, Raiffeisenplatz 1, 91093 Heßdorf

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Geno Recht Roland Mayer Rechtsanwaltsgesellschaft mbH**, Amalienstraße 9 b-11, 80333 München, Gz.: 00038-12

wegen Schadensersatz

erteilt das Oberlandesgericht Nürnberg - 5. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Hauck als Vorsitzender am 22.07.2013 folgenden

Hinweis gemäß § 522 Abs. 2 ZPO

Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 06.02.2013, Az. 1 O 9736/11, durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig davon überzeugt ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert. Auch die Durchführung einer mündlichen Verhandlung erscheint nicht geboten.

Gründe:

I.

Das Landgericht hat der Klägerin, deren Ehemann (Zedent) sich in den Jahren 1994 bis 1997 jeweils mittelbar (über Treuhandkommanditisten) an verschiedenen Immobilienfonds mit einer Gesamteinlage von 410.000,00 DM zuzüglich Ausgabeaufschlägen von jeweils 5 % (insgesamt also 20.500,00 DM) beteiligt hatte entsprechend dem Klageantrag Schadensersatz in Höhe von 225.259,00 EUR nebst Zinsen zugesprochen; dieser Betrag entspricht der Summe der Nominal-einlagen, der Ausgabeaufschläge sowie der vom Zedenten erbrachten Zinszahlungen auf die jeweils zur Teilfinanzierung der Anlagen mit der Beklagten abgeschlossenen Darlehensverträge, vermindert um die erhaltenen Ausschüttungen. Steuervorteile aus den Beteiligungen hatte die Klägerin bei ihrer Schadensberechnung nicht in Abzug gebracht. Die Beklagte muss nach dem Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth Schadensersatz nur Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte aus dem mittelbaren Beteiligungen leisten. Des Weiteren hat das Landgericht festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Übertragung der Rechte aus dem mittelbaren Beteiligungen im Annahmeverzug befinde, und die Beklagte zur Zahlung außergerichtlich angefallener Rechtsanwaltsgebühren verurteilt. Einen Feststellungsantrag der Klägerin hat das Landgericht abgewiesen.

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, die Beklagte hafte dem Zedenten, der seine Ansprüche an die Klägerin abgetreten hatte, jedenfalls deshalb auf Schadensersatz, weil sie es unterlassen habe, anlässlich der Beratungen des Zedenten, die den jeweiligen Beteiligungen vorausgegangen waren, darauf hinzuweisen, dass sie selbst aus der Vermittlung der Beteiligungen jedenfalls insoweit einen Vorteil ziehe, als der Ausgabeaufschlag von 5 % der Beteiligungssumme letztlich bei ihr verbleibe. Es handele sich insoweit um Rückvergütungen im Sinne der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, mit denen ein Anleger nicht ohne Weiteres rechne, die aber die Objektivität der Anlageberatung in Frage zu stellen geeignet seien, weshalb die Anleger hierauf hinzuweisen seien. Nach der durchgeführten Beweisaufnahme sei das Gericht davon überzeugt, dass der erforderliche Hinweis auf die Rückvergütungen in keinem der streitgegenständlichen Anlagefälle erfolgt sei. Hierzu hatte das Landgericht den Zedenten als Zeugen sowie den damaligen Anlageberater, inzwischen stellvertretender Vorstandsvorsitzender der Beklagten, als Partei vernommen, des Weiteren den Zeugen Engler, einen Angestellten der Beklagten. Das Erfordernis, den Zedenten als Anlageinteressenten über die Rückvergütungen zu unterrichten, sei im konkreten Fall nicht deshalb entfallen, weil es sich bei einem der Fonds um ein "eigenes Produkt" der Beklagten gehandelt habe, nämlich im

Fall des DG-Immobilienfonds Nr. 43, denn insoweit sei die rechtliche Selbständigkeit der beklagten Bank im Verhältnis zur DG-Bank (jetzt DZ-Bank) zu beachten.

Da die geschuldete Aufklärung über die Rückvergütungen unterblieben sei, gelte zugunsten der Klägerin die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, sodass die Beklagte zu beweisen gehabt hätte, der Zedent hätte die streitgegenständlichen Anlageentscheidungen auch im Falle zutreffender Aufklärung in gleicher Weise getroffen. Diesen Beweis habe die Beklagte nicht zu führen vermocht. Die Beklagte habe die Pflichtverletzungen zu vertreten; ein unverschuldeter Rechtsirrtum habe nicht vorgelegen, weil bereits in den Jahren 1995 bis 1999 bei sorgfältiger rechtlicher Prüfung für die Beklagte erkennbar gewesen wäre, sie sei zu einem Hinweis auf die Rückvergütungen verpflichtet, nämlich aufgrund zweier Entscheidungen des Bundesgerichtshofs aus den Jahren 1989 und 1990.

Die Ansprüche der Klägerin seien nicht verjährt, weil die Beklagte nicht bewiesen habe, dass der Zedent vor dem Jahr 2011 Kenntnis davon erlangt habe, dass an die Beklagte Provisionen geflossen seien.

Die vom Zedenten erzielten Steuervorteile aus den Beteiligungen seien nicht in Abzug zu bringen, weil die Rückabwicklung des Erwerbes der jeweiligen Beteiligungen zu einer Besteuerung führen werde, die dem Zedenten die erzielten Steuervorteile wieder nehme. Es bedürfe dabei keiner exakten Berechnung der Steuervorteile bzw. der nachzuerhebenden Steuerbeträge. Außergewöhnlich hohe Steuervorteile seien weder behauptet noch ersichtlich.

II.

Die Beklagte greift dieses Urteil unter mehreren rechtlichen Gesichtspunkten an; sie beanstandet eine unrichtige Beweiswürdigung zu der Frage, ob der Zedent über das Verdienstinteresse der Beklagten an der Vermittlung der Anlagen aufgeklärt worden sei; fehlerhaft sei auch die Beweiswürdigung zum Ursachenzusammenhang, denn die streitgegenständlichen Beteiligungen hätten Steuersparmodelle dargestellt, die hinsichtlich ihrer Provisionierung und ihrer Eignung als Steuersparmodell mit anderen Beteiligungen gleicher Zielrichtung vergleichbar gewesen seien, sodass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Kausalitätsvermutung widerlegt sei. Zudem wären etwaige Ansprüche verjährt, weil dem Zedenten zum Zeitpunkt der jeweiligen Beteiligungsentscheidungen das Verdienstinteresse der Beklagten bekannt gewesen sei. Schließlich sei die Schadensberechnung fehlerhaft, weil sehr wohl Steuervorteile des Zedenten zu berücksichtigen gewesen wären. Das ergebe sich aus der Rechtsprechung verschiedener Oberlandes-

gerichte, verwiesen wird auf Entscheidungen der Oberlandesgerichte Köln, Frankfurt und München vom 21.02.2012, 18.11.2011 bzw. 24.11.2011.

III.

Mit diesen Angriffen kann die Berufung der Beklagten keinen Erfolg haben. Auch die unabhängig von den erhobenen Berufungsrügen vorzunehmende Nachprüfung des erstinstanzlichen Urteiles gem. § 529 Abs. 2 Satz 2 ZPO ergibt keine Rechtsfehler.

1.

Die Beklagte wendet sich nicht (mehr) ausdrücklich gegen die Auffassung des Landgerichts, ein Verstoß gegen Aufklärungspflichten der anlageberatenden Bank im Zusammenhang mit an sie fließenden Rückvergütungen aus den in Rede stehenden Anlagegeschäften habe schon in den Jahren 1994 bis 1997, um die es hier geht, ein schuldhaftes, jedenfalls fahrlässiges Verhalten dargestellt, obwohl der Bundesgerichtshof erstmals in einer Entscheidung vom 19.12.2006 (BGHZ 170, 226) eine solche Aufklärungspflicht angenommen hatte. Das Landgericht stützt diese Auffassung auf die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 28.02.1989 (WM 1989, 1740) und vom 06.02.1990 (WM 1990, 462), die jeweils heimliche Kick-Back-Vereinbarungen zwischen Anlagenvermittler und Broker bei vermittelten Warentermingeschäften betrafen. Dem folgt der Senat. Bereits diesen Entscheidungen konnte nämlich eine Bank entnehmen, dass auch im Verhältnis zu ihren Kunden bei der allein in deren Interesse erfolgenden Beratung über eine Kapitalanlage eine Aufklärungspflicht über solche Umstände besteht, die das Beratungsziel in Frage stellen und die Kundeninteressen gefährden (so ausdrücklich mit eingehender Begründung BGH, Beschluss vom 29.06.2010, ZIP 2010, 1335). Die Beklagte mag sich deshalb in dem streitgegenständlichen Zeitraum in einem Rechtsirrtum bezüglich ihrer Aufklärungspflicht über Rückvergütungen befunden haben, doch war dieser Rechtsirrtum nicht unvermeidbar und damit nicht entschuldbar.

2.

Freilich besteht eine Aufklärungspflicht über Rückvergütungen nicht, wenn eine Bank eigene Anlageprodukte empfiehlt, denn der insoweit bestehende Interessenkonflikt ist offenkundig und bedarf keiner gesonderten Aufklärung. Dass eine Bank an eigenen Anlageprodukten ein Gewinnerzielungsinteresse hat, versteht sich von selbst (BGHZ 189, 13). Im vorliegenden Falle könnte diese Konstellation nur hinsichtlich der DG-Immobilienanlage Nr. 43 vorliegen, weil der Gründungs- und Treuhandkommanditist, die DG-Bank (Deutsche Genossenschaftsbank - jetzt DZ-Bank) zugleich

das "Zentralinstitut" der Deutschen Raiffeisenbanken und damit auch der Beklagten war bzw. ist. Das Landgericht hat hier aber zu Recht auf die rechtliche Selbständigkeit der Beklagten sowie auf den Umstand hingewiesen, dass die Fondsgesellschaft (die "DG-Immobilien-Anlagegesellschaft) Berlin, Pariser Platz 3 Dr. Neumann & Trüske KG") wiederum eine rechtlich selbständige juristische Person darstellt und diese verschiedenen Gesellschaften auch untereinander so verfahren, als ob keinerlei "genossenschaftliche Verbundenheit" bestünde. Deshalb ist es auch nach Auffassung des Senats für einen Anleger nicht selbstverständlich, dass eine Raiffeisenbank wie die Beklagte bei der Vermittlung einer Fondsbeteiligung, deren Gründungskommanditistin die DG-Bank ist oder war, zugleich eigene Gewinnerzielungsabsichten verfolgt (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 15.07.2009, 9 U 164/07, EWIR 2009, 633; vollständig nur bei Juris). Die Beklagte erhebt diesbezüglich auch keine Einwendungen.

3.

Zu Unrecht beanstandet die Berufung die Beweiswürdigung des Landgerichts zur angeblich erfolgten Aufklärung des Zedenten über das Verdienstinteresse der Beklagten. Zwar trifft zu, dass der geschädigte Anleger die Verletzung einer Aufklärungspflicht der beratenden Bank zu beweisen hat, sodass im Falle eines „non liquet“ nicht von einem Verstoß gegen die Aufklärungspflicht ausgegangen werden darf. Ein solches Beweisergebnis hat das Landgericht aber gerade nicht angenommen, vielmehr war es davon überzeugt, dass die Darstellung des Zedenten zutrifft, so dass es auf die Frage der Beweislast nicht ankam. Das Landgericht hat den als Zeugen vernommenen Zedenten für glaubwürdig gehalten und dabei durchaus berücksichtigt, dass sich dieser Zeuge faktisch in einer Parteirolle befand. Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen und der Glaubhaftigkeit seiner Aussage ist zunächst Sache des erstinstanzlichen Gerichtes, das nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) zu entscheiden hat. Seine auf das Ergebnis einer Beweisaufnahme - insbesondere durch Zeugenvernehmung und Parteienhörung - gestützte Feststellung ist für das Berufungsgericht grundsätzlich bindend (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO); diese Bindung entfällt nur, wenn konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit solcher Feststellungen begründen. Konkrete Anhaltspunkte, die hiernach die Bindung des Berufungsgerichts an die vorinstanzlichen Feststellungen entfallen lassen, können sich insbesondere aus Verfahrensfehlern ergeben, die dem Erstgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind; ein solcher Verfahrensfehler liegt namentlich vor, wenn die Beweiswürdigung in dem erstinstanzlichen Urteil den Anforderungen nicht genügt, die von der Rechtsprechung zu § 286 Abs. 1 ZPO entwickelt worden sind, etwa, wenn die Beweiswürdigung unvollständig oder in sich widersprüchlich ist oder wenn sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (zusammenfassend BGHZ 158, 269). Ein solcher Fehler ist hier nicht ersichtlich. Der dama-

lige Anlageberater des Zedenten, Horst Amon, hatte zur Aufklärung des Zedenten über die von der Beklagten vereinnahmten Vertriebsprovisionen bei seiner Parteivernehmung bekundet, es sei damals schon Praxis der Beklagten gewesen, dass das Agio als Vertriebsprovision für die Bank deklariert worden sei; im konkreten Falle habe er keine Erinnerung mehr daran, mit dem Zedenten hierüber gesprochen zu haben, jedoch sei das Agio generell bei allen Kunden Thema gewesen, da das Agio von den Kunden nicht einfach "geschluckt" worden sei. Dagegen hatte sich der als Zeuge vernommene Zedent daran erinnern können, dass bei den Beratungsgesprächen über den Umstand, dass der Ausgabeaufschlag der Beklagten zufließen werde, nicht gesprochen worden sei. Das Landgericht hat zu Recht keinen Widerspruch zwischen diesen beiden Bekundungen gesehen; ein Widerspruch hätte nur bestanden, wenn aus der Bekundung, das Agio sei "generell bei allen Kunden Thema" gewesen, der Schluss gezogen werden müsste, auch mit dem Zedenten - als einem dieser Kunden - sei über die Verwendung des Agios gesprochen worden. Das Landgericht hat die Aussage des Anlageberaters als eine eher generelle gewertet und den bezeichneten Schluss nicht gezogen. Dieser Schluss wäre möglich gewesen, er war aber nicht zwingend, zumal der Anlageberater als Begründung hinzugefügt hatte, das Agio sei von den Kunden nicht einfach "geschluckt" worden. Das lässt aber die Annahme offen, dass es auch Kunden gegeben hatte, die gegen den Ausgabeaufschlag keine Einwendungen erhoben hatten, und dass solchen Kunden deshalb auch keine weiteren Erläuterungen zur Verwendung des Ausgabeaufschlages gegeben worden waren.

Dass das Landgericht dagegen die Zeugenaussage des Zedenten für glaubhaft und den Zeugen für glaubwürdig gehalten hat, hält sich im Rahmen der freien Beweiswürdigung. Der mit der Berufungsbegründung gerügte Widerspruch in der Zeugenaussage liegt nicht vor. Dass die Beklagte an den Darlehen, die der Zedent zur teilweisen Finanzierung der Fondsbeteiligungen aufnahm, verdiente, war für den Zedenten selbstverständlich, nachdem die Beklagte sich hierfür Zinsen versprechen ließ. Dass sie - ohne eine ausdrückliche Entgeltvereinbarung für die Anlageberatung - im Falle einer erfolgreichen Vermittlung der Fondsbeteiligungen Provisionen erhalten werde - und zwar aus den Zahlungen des Zedenten - , war dagegen keineswegs selbstverständlich; gerade deshalb besteht die in der Rechtsprechung insbesondere des Bundesgerichtshofs betonte Aufklärungspflicht.

Dass die Beklagte die Beweiswürdigung des Landgerichts nicht für richtig hält, zeigt noch keine Fehlerhaftigkeit auf, die die Bindung des Berufungsgerichts an die Beweiswürdigung der Vorinstanz beseitigen könnte.

4.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet die Verletzung einer vertraglichen oder vorvertraglichen Aufklärungspflicht durch einen Anlageberater eine zur Beweislastumkehr führende widerlegliche Vermutung dafür, dass bei zutreffender Aufklärung die Anlageentscheidung unterblieben wäre (sog. Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens, BGH WM 2012, 1337 sowie BGH, Urteil vom 26.02.2013, XI ZR 318/10, BKR 2013, 212). Diese Vermutung hat das Landgericht zutreffend seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Die Beweislastumkehr setzt - entgegen früherer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - nicht voraus, dass der Anleger bei gehöriger Aufklärung vernünftigerweise nur eine Handlungsalternative gehabt hätte. Allerdings hatte die Beklagte behauptet, die streitgegenständlichen Anlagen hätten sog. Steuersparmodelle dargestellt; gerade auf eine Steuerersparnis sei es dem Zedenten angekommen. Andere Fonds, die als Steuersparmodelle geeignet gewesen wären, wären gleich "teuer" für den Anleger gewesen, weil die Provisionierung der Beklagten im Rahmen des Branchenüblichen gelegen habe. Zum Beweis hierfür hatte sich die Beklagte auf ein Sachverständigengutachten berufen. Liegt es so, dass die vom Anleger gewünschte Steuerersparnis nur mit dem von dem Anlageberater empfohlenen Produkt oder anderen Kapitalanlagen mit vergleichbaren Rückvergütungen zu erzielen ist, kann dies allerdings den Schluss darauf zulassen, dass an die Bank geflossene Rückvergütungen für die Anlageentscheidung unmaßgeblich waren; die Kausalitätsvermutung kann dann widerlegt sein, wobei allerdings allein das Streben des Anlegers nach einer steueroptimierten Anlage der Anwendung der Kausalitätsvermutung noch nicht entgegen steht (BGHZ 193, 159 unter II. 5. c; BGH, Beschluss vom 09.04.2009, III ZR 89/08, zitiert nach Juris). Das Landgericht hat allerdings schon nicht die Überzeugung gewinnen können, dass es dem Zedenten vor allem um steuerliche Vorteile gegangen sei; es hat die Aussagen der "Zeugen Amon und E■■■■t" - wonach die Fondsbeteiligungen als Steuersparmodelle angeboten worden seien und als solche für den Zedenten "optimiert" worden seien - der Aussage des Zedenten gegenüber gestellt, der erklärt hatte, ihm sei es nicht in erster Linie um Steuerersparnisse gegangen, sondern um die Aufbesserung seiner Alters Einkünfte; es sei ihm auf die Renditeberechnungen in den Emissionsprospekten angekommen. Auch wenn das Landgericht bei der Wiedergabe der Aussage des Zeugen M■■■■ sich nicht ausdrücklich zur Glaubhaftigkeit dieser Bekundung geäußert hat, lässt seine Schlussfolgerung, es könne sich (angesichts der einander gegenüberstehenden Zeugenaussagen) nicht davon überzeugen, dass der Zedent die Beteiligungen auch in Kenntnis der Provisionszahlungen (nämlich an die Beklagte) erworben hätte, erkennen, dass es die Aussage des Zedenten nicht als weniger glaubhaft angesehen hat als die des (hier versehentlich als Zeugen bezeichneten) Anlageberaters Amon und des Zeugen E■■■■t. Auch insoweit liegt die Beweiswürdigung des Landgerichts im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO und lässt keine Fehler erkennen, die dem

Berufungsgericht den Weg zu eigener Feststellung der Tatsachen eröffneten. Dass die Beklagte eine andere Beweiswürdigung für richtig hält, genügt für sich genommen nicht. Kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass es dem Zedenten in erster Linie um Steuerersparnisse ging, kommt es für die etwaige Widerlegung der Kausalitätsvermutung nicht auf die - unter Beweis gestellte - Behauptung der Beklagten an, steuersparende Anlagemodelle hätten auch anderweitig nicht ohne Rückvergütungen in vergleichbarer Höhe erworben werden können.

5.

Woraus sich die von der Beklagten angeführte Verjährung ergeben soll, ist nicht ersichtlich. Der Senat vermag der protokollierten Aussage des Anlageberaters Amon nicht zu entnehmen, dass dieser bekundet hätte, dem Zedenten sei bekannt gewesen, dass die Beklagte bei den Fondsvermittlungen mit Verdienstinteresse gehandelt habe. Die Sachverhalte, die den von der Beklagten in diesem Zusammenhang zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zugrunde lagen, sind mit dem streitgegenständlichen nicht vergleichbar. In dem Urteil vom 29.02.2013 (XI ZR 498/11, WM 2013, 609) hat der Bundesgerichtshof einen Verjährungsbeginn mit Anlagezeichnung deshalb angenommen, weil der Zedent nach eigener Erklärung wusste, dass ein Ausgabeaufschlag von 5 % berechnet werde und dass die beratende Bank hieran beteiligt sei. Eine solche Kenntnis des Anlegers von der Rückvergütung der beratenden Bank hat das Landgericht im Streitfall gerade verneint. Auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 15.01.2013 (XI ZR 8/12, BKR 2013, 203, hier zitiert nach Juris) enthält, soweit sich der Bundesgerichtshof mit dem Beginn der Verjährungsfrist befasst, lediglich die Aussage, dass es hierfür bereits genügen kann, wenn der Anleger zwar die Tatsache der Zahlung von Rückvergütungen kannte, nicht aber deren Höhe. Nach den bindenden Feststellungen des Landgerichts hatte der Zedent aber nicht einmal Kenntnis von der Rückvergütung überhaupt.

6.

Die von der Klägerin vorgenommene und vom Landgericht übernommene Schadensberechnung ist nicht deshalb fehlerhaft, weil erzielte Steuervorteile des Zedenten nicht in Abzug gebracht worden sind. Dies ist hier nämlich nicht zu beanstanden.

Ausgangspunkte sind die Grundsätze der Vorteilsausgleichung; danach sind Wegfall oder Minderung des Schadens nur insoweit zu berücksichtigen, als sie in einem adäquat-ursächlichen Zusammenhang zu dem schädigenden Ereignis stehen; die Anrechnung muss weiter dem Zweck des Schadensersatzes entsprechen und sie darf weder den Geschädigten unzumutbar belasten noch den Schädiger unbillig entlasten. Danach gehören zu den auf den Schadensersatzanspruch eines Geschädigten anzurechnenden Vorteilen grundsätzlich auch Steuern, die der Geschädigte

infolge der Schädigung erspart hat (BGH WM 2006; 174).

Bei dieser Betrachtung möglicher Steuervorteile ist aber auch zu untersuchen, ob dem Geschädigten aus der Zuerkennung des Schadensersatzanspruches und dessen Gestaltung steuerliche Nachteile erwachsen, etwa durch eine Nachforderung des Finanzamtes oder durch eine Besteuerung der Schadensersatzleistung. Führt die Rückabwicklung des Erwerbes der Kapitalanlage zu einer Besteuerung, die dem Geschädigten die erzielten Steuervorteile wieder nimmt, kommt eine schadensmindernde Anrechnung der Steuervorteile nicht in Betracht (BGH WM 2011, 740; WM 2012, 1790). So kann es - entgegen der mit der Berufung anscheinend vertretenen Auffassung - auch liegen, wenn die Fondsgesellschaft nicht gewerblich tätig ist, sondern Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt (BGH NJW 2012, 1573). Hat sich der Anleger, wie hier, an einem vermögensverwaltend ausgestalteten geschlossenen Fonds beteiligt, der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt (§ 21 EStG), handelt es sich zwar bei der Schadensersatzleistung des Anlagevermittlers, wenn der sog. große Schadensersatz (Schadensersatz statt der Leistung) gefordert wird, nicht von vorne herein um eine steuerbare Einnahme, denn unter § 21 EStG fallen nur die Entgelte, die sich ihrem wirtschaftlichen Gehalt nach als Gegenleistung für die Überlassung des Gebrauchs oder der Nutzung des jeweiligen Gegenstandes darstellen, nicht aber ein etwaiger Veräußerungsgewinn oder eine Schadensersatzleistung für die Substanz des Gegenstandes (BGH WM 2006, 174). Daraus folgt aber nicht, dass bei einer solchen Fallgestaltung erzielte Steuerersparnisse schadensmindernd anzurechnen sind. Solche Steuerersparnisse lassen sich durch Verlustzuweisungen, die auf dem Überschuss der Werbungskosten über die Einnahmen beruhen (§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG), erreichen, außerdem über Zinsaufwendungen zur Finanzierung der Fondsbeteiligung, denn auch solche Darlehenszinsen sind steuerrechtlich Werbungskosten (BFHE 187, 276). In dem von der Klägerin als großer Schadensersatz geforderten Betrag sind auch diese Werbungskosten enthalten, und zwar auch, soweit sie durch den Aufwand von Schuldzinsen entstanden sind. Erhält die Klägerin (der Zedent) durch Zuerkennung des beantragten Schadensersatzes diese Aufwendungen zurück, so fließen dem Zedenten im wirtschaftlichen Ergebnis die als Werbungskosten aufgewandten Beträge, auf denen die steuerlichen Vorteile beruhen, wieder zurück, was nach inzwischen wohl einhelliger Auffassung zur Folge hat, dass die Schadensersatzleistung insoweit in dem Veranlagungszeitraum, in dem die Erstattung erfolgt, als steuerpflichtige Einnahme bei derjenigen Einkunftsart, bei der die Aufwendungen zuvor als Werbungskosten abgezogen worden sind, zu behandeln ist (ständige Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, so auch BGH WM 2011, 740 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs; zu allem auch Podewils, DStR 2009, 752, 755).

Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass dem Geschädigten gleichwohl noch Steuervorteile dauerhaft verbleiben, wie ihm im Ergebnis auch ein steuerlicher Nachteil entstehen kann, weil die Versteuerung der Schadensersatzleistung die vorherigen Steuervorteile in Abhängigkeit von dem jeweils einschlägigen Steuertarif über- wie auch unterkompensieren kann, vor allem aufgrund der Progressionswirkung (siehe dazu Podewils a.a.O. sowie DStR 2011, 33). Sofern, wie hier, keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dem Geschädigten auch unter Berücksichtigung der Steuerbarkeit der Ersatzleistung außergewöhnlich hohe Steuervorteile verbleiben - was der Schädiger darzulegen hat - bedarf es keiner exakten Berechnung der Steuervorteile und keiner Feststellungen dazu, in welcher genaueren Höhe sich die Versteuerung der Schadensersatzleistung auswirkt (BGH WM 2011, 740). Auch unter diesem Gesichtspunkt stellt sich das angefochtene Urteil daher als richtig dar. Die von der Beklagten zur Stützung ihrer Auffassung angeführten Entscheidungen der Oberlandesgerichte Köln, Frankfurt und München geben keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. In der Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln sind im Wesentlichen die Ausführungen des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 17.11.2005 (WM 2006, 174) wörtlich wiedergegeben, ohne aber die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu bedenken, die gerade nicht fordert, dass eine exakte Gegenüberstellung der erzielten Steuervorteile und der durch die Besteuerung der Ersatzleistung entstehenden steuerlichen Belastung erfolgt, wenn keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass außergewöhnlich hohe Steuervorteile dem Anleger verbleiben werden. Unbeachtet ist in dieser Entscheidung auch geblieben, dass in dem zu leistenden Schadenersatz gerade diejenigen Aufwendungen enthalten sind, die zuvor als Werbungskosten steuermindernd geltend gemacht worden waren. Aus den gleichen Gründen hält der Senat auch die Ausführungen in den Urteilen der Oberlandesgerichte München und Frankfurt zur Anrechnung von Steuervorteilen für nicht richtig.

Nach alledem wird die Berufung keinen Erfolg haben. Der Senat regt daher an, die Rücknahme des Rechtsmittel in Erwägung zu ziehen; hierdurch würden sich die Kosten des Berufungsverfahrens deutlich verringern.

Die Beklagte erhält Gelegenheit, zu diesem Hinweis binnen **drei Wochen Stellung** zu nehmen.

gez.

Hauck
Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht