
Datum: 06.10.2005
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 27. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 27 U 195/04
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2005:1006.27U195.04.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 2 O 175/98

Tenor:

Auf die Berufungen des Klägers und der Beklagten zu 1), 3) und 4) wird das am 23. September 2004 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld unter Zurückweisung der weitergehenden Berufungen teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten zu 1), 3) und 4) werden verurteilt, als Gesamtschuldner an den Kläger 908.054,38 € nebst 7,85 % Zinsen

auf 1.043.035,44 € für die Zeit vom 1.12.1994 bis 8.11.1995,

auf 1.012.357,92 € für die Zeit vom 9.11.1995 bis 20.10.1996,

auf 981.680,41 € für die Zeit vom 21.10.1996 bis 24.11.1997,

auf 944.867,40 € für die Zeit vom 25.11.1997 bis 23.10.2000,

auf 908.054,38 € für die Zeit vom 24.10.2000 bis 30.6.2002,

sowie nebst 6 % Zinsen auf 908.054,38 € seit dem 1.7.2002 zu zahlen,

Zug um Zug gegen Verzicht auf alle Rechte aus dem Treuhandverhältnis gegenüber der Beklagten zu 4) bezüglich der von dieser als Treuhänderin für den Kläger gehaltenen Kommanditbeteiligung an der F GmbH & Co KG mit dem Sitz in F in Höhe von 2.000.000,00 DM und 400.000 DM oder gegen die

Übertragung dieser Rechte an den Beklagten zu 1) oder die Beklagte zu 3).

Die Beklagten zu 1), 3) und 4) werden weiter verurteilt, als Gesamtschuldner an den Kläger 459.714,61 € nebst 8 % Zinsen für die Zeit vom 13.2.1995 bis zum 30.6.2002 und nebst 6 % Zinsen für die Zeit ab dem 1.7.2002 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits bis zum Erlass des angefochtenen Urteils - einschließlich des ersten Berufungsverfahrens und des Revisionsverfahrens - tragen der Kläger: 29 % der Gerichtskosten sowie seiner eigenen außergerichtlichen Kosten und 6 % der außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1), 3) und 4), die Beklagten zu 1), 3) und 4): 71 % der Gerichtskosten sowie der außergerichtlichen Kosten des Klägers und 94 % ihrer eigenen außergerichtlichen Kosten

Die Kosten des jetzigen Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 6 % und die Beklagten zu 1), 3) und 4) zu 94 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Den Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des jeweiligen Gegners durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des nach dem Urteil vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

A. Der Kläger begehrt von den Beklagten aufgrund Prospekthaftung und fehlerhafter Anlageberatung Schadensersatz wegen seiner Beteiligung an dem geschlossenen Immobilienfonds "F GmbH & Co. Sachwertfonds IV KG".

Die Beteiligung erfolgte mittelbar über die Beklagte zu 4), die die Kommanditanteile des Klägers von 2 Mio. DM und 400.000 DM als Treuhandkommanditistin für diesen hielt. Mit der Klage hat der Kläger ursprünglich beantragt, 1. die Beklagten zur Zahlung von 1.539.256,24 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 1.12.1994 Zug um Zug gegen Abtretung der von der Beklagten zu 4) als Treuhänderin für ihn gehaltenen Kommanditbeteiligung an einen der Beklagten zu zahlen, 2. festzustellen dass sich die Beklagten mit der Annahme dieser Abtretung in Verzug befinden, 3. weitere 724.548,48 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 1.12.1994 zu zahlen. Obwohl der Klageantrag zu 1. im Laufe des Rechtsstreits erster Instanz vom Kläger auf 2.040.000 DM erhöht wurde, weil er sich ursprünglich abgezogene Steuervorteile nicht mehr anrechnen lassen wollte, ist hierüber vom Landgericht versehentlich nicht entschieden worden. In der Berufungsverhandlung ist dann nur noch über den Anspruch aus der Klageschrift verhandelt worden, und der Senat hat durch mittlerweile rechtskräftiges Grund- und Teilurteil vom 8.11.2001 (27 U 42/01) die Klage gegen die frühere Beklagte zu 2) abgewiesen sowie gegenüber den übrigen Beklagten a) die Leistungsanträge dem Grunde

1
2
3

nach für gerechtfertigt erklärt, b) die mit dem Klageantrag zu 2. begehrte Feststellung getroffen und c) das Verfahren zur Höhe der dem Kläger aus den Leistungsanträgen zustehenden Beträge an das Landgericht zurückverwiesen. Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens bis zu diesem Zeitpunkt sowie der Begründung der Entscheidung wird auf das Senatsurteil vom 8.11.2001 verwiesen.

In dem zurückverwiesenen Betragsverfahren hat der Kläger den Antrag zu 1. wieder auf jetzt 908.054,38 € = 1.776.000 DM (2,4 Mio. DM geleistete Einlage abzgl. 624.000 DM erhaltene Ausschüttungen) erweitert, weil er sich auf den Standpunkt stellt, er müsse sich steuerliche Vorteile nicht anrechnen lassen, da es sich bei den Schadensersatzansprüchen um betriebliche Einnahmen handele, die wiederum versteuert werden müssten. 4

Auf die Hauptsumme begehrt der Kläger Verzugszinsen ab dem 1.12.1994 in verschiedener Höhe und auf verschiedene Beträge. Außerdem begehrt er mit dem Klageantrag zu 3) Ersatz seines Zinsschadens für die Zeit vom 1.8.1989 bis 30.11.1994. Unter näherem Vortrag zum Zeitpunkt der Einlageleistungen einerseits sowie der erhaltenen Ausschüttungen andererseits hat er seinen Zinsschaden ausgehend vom jeweils gebundenen Kapital errechnet. 5

Die Beklagten haben gemeint, im Rahmen der aufgrund der Zurückverweisung bestehenden Bindungswirkung habe das Landgericht nur über den vor dem Senat verhandelten Leistungsantrag unter Abzug der Steuervorteile verhandeln dürfen. Außerdem sei der Zug-um-Zug-Antrag nicht vollstreckbar, weil die persönlich haftende Gesellschafterin die nach dem Gesellschaftsvertrag notwendige Zustimmung zur Abtretung nicht erteile. Weiter haben sie behauptet, der Kläger habe durch Verlustzuweisungen Steuervorteile von wenigstens 485.570,32 € erreicht. Unter Berücksichtigung dieser Steuervorteile sei die Kapitalanlage für ihn günstiger gewesen als die in Bundesanleihen. Schließlich haben sie eingewandt, der Schadensersatzanspruch des Klägers sei wegen seiner besonderen Sachkenntnisse im Bau- und Anlagengeschäft auf "Null" zu kürzen. Das Grundurteil des Senats stehe diesem Einwand nicht entgegen. 6

Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben und zur Begründung ausgeführt: 7

Die Unzulässigkeit des Zug-um-Zug-Antrags sei nicht mehr zu prüfen, weil der Senat hierüber bereits entschieden habe. Auch das eingewandte Mitverschulden sei nicht mehr zu prüfen, weil der Einwand grundsätzlich in das Verfahren über den Anspruchsgrund gehöre und ein Vorbehalt im Senatsurteil nicht enthalten sei. Die Klageerweiterung zur Höhe sei auch nach Entscheidung über den Anspruchsgrund noch zulässig. Insoweit sei dann auch der Grund neu zu prüfen; jedoch schließe sich das Gericht hierzu der Bewertung durch den Senat an. Steuervorteile müsse sich der Kläger nicht anrechnen lassen, weil der Steuervorteil durch die Steuerpflicht für die Schadensersatzleistung wieder aufgehoben werde. Anders sei das nur, wenn aufgrund der Rückabwicklung außergewöhnliche Vorteile verblieben. Solche hätten die Beklagten aber nicht dargelegt. 8

Der Kläger habe Anspruch auf Ersatz des Schadens wegen der unterbliebenen anderweitigen Nutzung seines Kapitals bis zur Klageerhebung. Seine Behauptung, dass er die entsprechenden Kapitalbeträge anderen Gesellschaften, deren Alleingesellschafter er ist, als Darlehen zur Verfügung gestellt hätte, sei aber nicht glaubhaft – zum einen wegen des dann bestehenden Eigenkapitalersatzrisikos gemäß §§ 32 a, b GmbHG, zum anderen weil der Kläger auf diese Alternativanlage überhaupt erst im Jahre 2004 hingewiesen habe. Bei den privaten Grundstücksgeschäften sei je nach der Möglichkeit vorzeitiger Tilgung der Darlehen zu differenzieren. Danach seien nur 6 % Zinsen für das Darlehen O ab 1.7.2002 zu 9

berücksichtigen. Ansonsten könne eine Schadensschätzung entsprechend den Zinssätzen des "PEX" vorgenommen werden. Hinsichtlich der Zahlungsein- und -ausgänge sei von den Berechnungen des Klägers auszugehen; das Bestreiten der Beklagten mit Nichtwissen sei unzulässig. Entsprechend den vorstehenden Ausführungen könne der Kläger auch Verzugsschaden in Form entgangener Anlagezinsen seit Klageerhebung beanspruchen.

Gegen dieses Urteil, auf das wegen weiterer Einzelheiten seiner Begründung sowie des weiteren Parteivorbringens im Betragsverfahren in erster Instanz verwiesen wird, haben der Kläger und die verurteilten Beklagten Berufung eingelegt. 10

Die Beklagten erstreben weiterhin Klageabweisung. Sie wenden sich dagegen, dass das Landgericht den Mitverschuldenseinwand sowie schadensmindernde Steuervorteile des Klägers nicht berücksichtigt habe. 11

Sie meinen, der fehlende ausdrückliche Vorbehalt im Senatsurteil stehe der Berücksichtigung des Mitverschuldens nicht entgegen. Zur Erläuterung und Auslegung seien die Entscheidungsgründe dieses Urteils mit heranzuziehen. Die Höhe des zurückzuzahlenden Betrages habe der Senat im Grundurteil ausdrücklich offen gelassen; er habe ausgeführt, in welcher Höhe schadensmindernde Vorteile anzurechnen seien, bedürfe weiterer Aufklärung. Diese Höhe bemesse sich aber eben auch nach dem Anteil des Klägers an der Schadensentstehung. Dass der Senat von schadensmindernden Steuervorteilen ausgegangen sei, führe nicht dazu, dass er zwingend über ein anrechenbares Mitverschulden mit entschieden habe. Ein Mitverschulden sei im Urteil mit keiner Silbe erörtert. Außerdem bestehe keine Bindungswirkung, wenn im Grundurteil zu entscheidende Fragen dort unrichtigerweise nicht behandelt würden. Dann seien diese Fragen im Betragsverfahren zu klären. Hinsichtlich der Klageerweiterung fehle auch eine selbständige Prüfung des Anspruchsgrunds durch das Landgericht. Zu den ein Mitverschulden begründenden Tatsachen verweisen die Beklagten auf ihren Vortrag erster Instanz (Bl. 956 ff. und 1009 ff. GA). 12

Weiter meinen die Beklagten, dass schadensmindernde Steuervorteile zu berücksichtigen seien. Es sei schon nicht ersichtlich, warum das Landgericht insoweit keine Bindungswirkung angenommen habe. Denn zur Aufklärung dieser Vorteile habe der Senat die Sache zurückverwiesen; an diese rechtliche Beurteilung sei das Landgericht gebunden. Aber auch unabhängig davon seien Steuervorteile zu berücksichtigen. Der rechtliche Ansatz des Landgerichts sei falsch; den von ihm zitierten BGH-Entscheidungen lägen andere Sachverhalte zugrunde. Die Beklagten berufen sich demgegenüber auf die Urteile des BGH vom 14.6.2004 – II ZR 374/02 – (Anlage B37) und des OLG Celle vom 15.8.2002 – 11 U 291/01 – (Anlage B 36). Sie legen ferner Berechnungen vor (Anlagen B 38 und 39), wonach dem Kläger nach dem angefochtenen Urteil angeblich ein Nettoüberschuss von ca. 1,28 Mio. € aus der streitgegenständlichen Anlage verbleiben würde. Schließlich meinen sie, dass ihnen die Senkung des Spitzensteuersatzes von 56 % in den Jahren 1989/90 auf jetzt 42 %, mit denen eine Schadensersatzleistung heute nur noch zu versteuern sei, zugute kommen müsse. 13

Abschließend machen die Beklagten noch geltend, dass die Ausführungen des Landgerichts zum Anlageschaden auch unabhängig von Steuervorteilen falsch seien, und führen dazu aus: Der behauptete Schaden für Schuldzinsen vermindere sich um den Kapitalrückfluss infolge von Verlustzuweisungen. In Höhe dieses Zuflusses hätte der Kläger die behaupteten Darlehen einschließlich der Schuldzinsen verringern müssen. Für den Anlagezinsschaden könne nur auf vergleichbare Anlageformen abgestellt werden. Dem Kläger sei es um eine unternehmerische Beteiligung und die gewünschten Verlustzuweisungen gegangen. Bei dem 14

von ihm behaupteten Anlagezinsschaden hätte er die Steuervorteile nicht erhalten. Das Landgericht hätte zudem die auf Grundlage der Beteiligung erhaltene Rendite von 14,21 % p.a. vor Steuern anspruchsmindernd berücksichtigen müssen. Die Beklagten meinen auch, dass sie die Termine der Geldein- und -ausgänge mit Nichtwissen bestreiten dürften. Sie hätten selbst keinen Zugriff auf die Daten und würden keine Auskunft von der persönlich haftenden Gesellschafterin bekommen.

Zudem habe das Landgericht gegen das Zinseszinsverbot verstoßen. Hinsichtlich des angeblichen Anlageschadens sei kein Verzug vor Rechtshängigkeit gegeben, so dass allenfalls Rechtshängigkeitszinsen in Höhe von 4 % hätten zugesprochen werden dürfen. 15

Der Kläger verfolgt mit seiner Berufung einen weitergehenden Zinsanspruch. Wegen des genauen Umfangs wird auf den Antrag aus seiner Berufungsbegründung vom 11.1.2005 (Bl. 1147/1148 GA) Bezug genommen. 16

Er meint, er könne Zinsen gemäß der in erster Instanz vorgelegten Anlage 1 als entgangenen Anlagezins verlangen. Dass er den Gesellschaften entsprechende Darlehen zu banküblichen Zinsen zur Verfügung gestellt hätte, könne als ausreichend wahrscheinlich angesehen werden. Dagegen sprächen weder der Umstand, dass er den Schaden in der Klageschrift anders berechnet habe, noch Überlegungen zum Eigenkapitalersatzrisiko. Diese Erwägungen des Landgerichts überzeugten nicht; denn das wirtschaftliche Risiko sei er ohnehin eingegangen, indem er sich bei den Banken für die Darlehen mitverpflichtet habe. 17

Weiter meint der Kläger, dass zumindest der Zins aus der in erster Instanz vorgelegten Anlage 8 d in voller Höhe hätte berücksichtigt werden müssen. Die Überlegungen der Kammer zu einer vorzeitigen Tilgung seien irrelevant, da das Darlehen 1992 gar nicht erst hätte aufgenommen werden müssen. Auf diesen Zinsanspruch hätte er seinen Antrag hilfsweise gestützt, wenn die Kammer pflichtgemäß darauf hingewiesen hätte, dass sie den primär verlangten entgangenen Anlagezins für nicht wahrscheinlich hielt. 18

Der Berufung der Beklagten tritt der Kläger wie folgt entgegen: 19

Über die Frage des Mitverschuldens sei bereits im Grundurteil des Senats bindend entschieden. Der Einwand könne jetzt nicht mehr geltend gemacht werden. Hinsichtlich des erweiterten Klageantrags habe das Landgericht die Frage geprüft und sich in der Sache zutreffend dem Senat angeschlossen. 20

Die Kammer habe auch richtig entschieden, dass Steuervorteile nicht zu berücksichtigen seien. Insoweit liege keine Bindungswirkung durch das Senatsurteil vor. Die Formulierung, dass es weiterer Aufklärung bedürfe, "in welcher Höhe" Steuervorteile anzurechnen seien, lasse auch die Möglichkeit offen, dass dies in keiner Höhe zu geschehen habe. In der Sache sei die Kammer zu Recht von einer typisierenden und pauschalierenden Betrachtungsweise entsprechend der BGH-Rechtsprechung ausgegangen. Der Ausnahmefall eines außergewöhnlichen Steuervorteils, der billigerweise eine Anrechnung erfordere, liege nicht vor. Die Beklagte vermische in ihren Berechnungen unterschiedliche Schadenspositionen. Die von ihr behaupteten Steuervorteile seien für eine Kapitalbeteiligung der vorliegenden Art typisch. Im Übrigen habe er keinen ausgleichenden Steuervorteil erzielt. Auch die Senkung des Spitzensteuersatzes müsse er sich als Vorteil nicht anrechnen lassen. 21

Zum Anlageschaden verweist der Kläger auf die Darlegungen zu seiner eigenen Berufung. Das Bestreiten der Zahlungstermine mit Nichtwissen durch die Beklagten habe die Kammer zu Recht als unzulässig angesehen. 22

Gegenüber der Berufung des Klägers verteidigen die Beklagten die Auffassung des Landgerichts, dass dieser einen weitergehenden Anlageschaden nicht substantiiert dargelegt habe.	23
Wegen weiterer Einzelheiten des Parteivorbringens in zweiter Instanz wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen Bezug genommen.	24
Der Senat hat den Kläger zu seinem alternativen Anlageverhalten in der mündlichen Verhandlung gemäß § 141 ZPO angehört. Dabei hat der Kläger erklärt:	25
<i>Es werden immer wieder "renditefreudige" Anlagen von Anlageexperten angeboten. Damals waren es vor allem Schiffsfonds und Immobilienfonds. Darüber hinaus habe ich mein eigenes Geschäft betrieben, also Reha-Kliniken und Altenheime.</i>	26
<i>Was mir genau 1989 angeboten worden war, kann ich konkret sagen. Ich habe z.B. 1989 ein Schiff von Herrn N gezeichnet. Da hatte er mir eine Rendite von 10 % schriftlich bestätigt. Das war Gegenstand eines weiteren Prozesses zwischen uns. Vergleichbare Objekte waren ebenfalls am Markt. Den Prozess habe ich 1999 nach Ablauf von 10 Jahren begonnen, weil nur 6 – 7 % erwirtschaftet worden waren, und habe gewonnen.</i>	27
<i>Wenn das mit dem Hotel nicht geklappt hätte, hätte ich irgendeine andere Anlage gezeichnet, möglicherweise auch ein Schiff. Ich habe um diese Zeit viele Schiffsanlagen gezeichnet.</i>	28
<i>In meinen eigenen Unternehmen habe ich seit 1973 Reha-Kliniken für Millionenbeträge gebaut und habe mich auch persönlich in Millionenhöhe verschuldet. Hätte ich keine andere Anlage gefunden, dann hätte ich meine Hypothekenzinsen zurückgeführt. Die lagen damals so bei ca. 8,75 %. Wir haben alle 2 bis 3 Jahre ein neues Objekt durchgeführt. Ich hatte deshalb immer die Wahl und hätte die mit den höchsten Zinsen auswählen können.</i>	29
<i>Die hier getätigte Anlage ist ohne Kreditfinanzierung aus eigenen Mitteln erfolgt.</i>	30
<i>Ich fühle mich als Unternehmer, und ein Unternehmen muss Gewinn abwerfen. Da spielte es keine Rolle, ob ich irgendeine Verlustzuweisung bekomme.</i>	31
<i>Wenn ein Fonds hochrentierlich ist, versuche ich nachzuhalten: Stimmt das? Passt das? Hier war ein Pauschalpreis, und die Determinanten passten.</i>	32
<i>Ein Unternehmen muss Gewinn machen und nicht steuerlichen Gewinn. Wenn es eine steuerliche Verlustzuweisung gibt, ist das vielleicht noch etwas oben drauf. Das ist für mich niemals für die Anlage entscheidend. Das war auch bei dem Schiff so. Herr N wollte mir etwas verkaufen, und er sah den Steuervorteil als Schwerpunkt und versuchte mir das zu erläutern. Mich interessierte bei dem Schiff letztlich nur die zugesagte Rendite von 10 %. Richtig ist aber, dass ich damals nur einen Teil in ein Schiff investieren wollte und einen Teil in Immobilien.</i>	33
B. Die zulässigen Berufungen des Klägers und die der Beklagten zu 1), 3) und 4) (im Folgenden auch kurz: die Beklagten) sind jeweils teilweise begründet, die der Beklagten allerdings nur in geringem Umfang. Denn diese schulden dem Kläger Schadensersatz in der aus dem Urteilstenor ersichtlichen Höhe.	34
I. Die volle Haftung der Beklagten dem Grunde nach steht aufgrund des Grund- und Teilurteils des Senats vom 8.11.2001 rechtskräftig fest, soweit im Grundurteil über den Anspruch des Klägers entschieden worden ist.	35

1. Gegenstand des Grundurteils war indes nur der ursprüngliche Klageantrag (also Schadensersatz unter Abzug der damals vom Kläger selbst angerechneten Steuervorteile), weil nur dieser im ersten Berufungsverfahren noch rechtshängig war. Denn dadurch, dass das Landgericht im ersten Urteil die erste Klageerweiterung übergangen hatte, lag ein Fall des § 321 ZPO vor. Es ist entgegen dort vorgesehenen Möglichkeit keine fristgerechte Urteilsergänzung beantragt worden. Das hatte zur Folge, dass mit Ablauf der Frist des § 321 Abs. 2 ZPO die Rechtshängigkeit des bei der ersten Entscheidung übergangenen Anspruchs erloschen war (vgl. Zöller/Vollkommer, § 321 ZPO Rn 8). 36
2. Gegenüber dem Anspruch in Höhe des ursprünglichen Klageantrags kann der Mitverschuldenseinwand deshalb nicht mehr erhoben werden, weil bereits rechtskräftig über den Grund entschieden ist. Denn die Frage des Mitverschuldens gehört grundsätzlich in das Verfahren über den Anspruchsgrund. Zwar kann die Frage ausnahmsweise auch dem Betragsverfahren vorbehalten bleiben. Dann muss aber – wie das Landgericht zutreffend dargelegt hat – ein entsprechender Vorbehalt im Grundurteil enthalten sein. Das ist hier nicht der Fall – und zwar weder ausdrücklich noch nach dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe: 37
- Ein solcher Vorbehalt lässt sich insbesondere nicht daraus entnehmen, dass die Höhe des zurückzuzahlenden Betrages offen gelassen worden ist. Dies ist beim Grundurteil immer der Fall. Die Höhe etwaiger schadensmindernder Vorteile bemisst sich auch nicht nach dem Mitverursachungsanteil des Klägers an der Schadenseinstellung, sondern unabhängig von letzterem bei der Höhe des Schadens festzustellen und erst ausgehend von dem so ermittelten Schaden der Umfang der Ersatzpflicht unter Berücksichtigung eines etwaigen Mitverschuldens am Schadenseintritt zu bestimmen. 38
- Dass der Senat über das Mitverschulden nicht entscheiden, sondern diese Frage dem Betragsverfahren überlassen wollte, ergibt sich des Weiteren nicht daraus, dass das Mitverschulden im Urteil "mit keiner Silbe erörtert" worden ist. Dies beruht nämlich darauf, dass der Mitverschuldenseinwand bis dahin als solcher nicht erhoben worden war und sich auch sonst nicht aus dem Akteninhalt ergab. Dieses ist erstmalig im Betragsverfahren mit Schriftsatz vom 16.6.2004 dezidiert zur Sprache gekommen (Bl. 956 GA). 39
- Deshalb kann auch keine Rede davon sein, dass diese Frage im Grundurteil unrichtigerweise nicht behandelt worden sei. Die von den Beklagten jetzt für ein Mitverschulden ins Feld geführten Tatsachen sind im Übrigen, soweit sie sich im Zeitpunkt des Senatsurteils bereits aus dem Prozessstoff ergaben, auch vom Senat gewürdigt worden. Im Senatsurteil ist auf Seite 31 unter c) die erhebliche Sachkenntnis des Klägers bezüglich Kapitalanlagen der vorliegenden Art ausdrücklich erwähnt und mit abgewogen. Der Senat hat gleichwohl die Beklagte dem Grunde nach uneingeschränkt verurteilt. Damit ist auch entschieden, dass diese Umstände nicht nur der Pflichtverletzung und damit einer Haftung der Beklagten nicht entgegenstehen, sondern auch ein Mitverschulden nicht begründen, weil dies anderenfalls von Amts wegen hätte berücksichtigt werden müssen. 40
- II. Im Übrigen ist die Frage des Mitverschuldens – ebenso wie Anspruchsgrund und Schadenshöhe einschl. Vorteilsausgleichung – hinsichtlich der Klageerweiterung erneut zu prüfen. Die erneute Klageerweiterung im Betragsverfahren nach der Zurückverweisung war ohne weiteres zulässig und führte zur erneuten Rechtshängigkeit auch des verlangten Mehrbetrages. Hinsichtlich dieses Teils der Klageforderung kommt irgendeine Bindungswirkung durch das Grundurteil von vornherein nicht in Betracht, weil die Mehrforderung nicht Gegenstand des Grundurteils war. 41

Ein Mitverschulden des Klägers an der Entstehung des Schadens ist aber aus den bereits im Grundurteil genannten Gründen zu verneinen. Hieran hält der Senat auch nach erneuter Überprüfung fest. Auch wenn der Kläger allgemein über erhebliche Sachkenntnis im Immobilienbereich und über spezifisches Know-how bei der Errichtung und dem Betrieb gewerblicher Bauten verfügte, so konnte er diese Kenntnisse nur auf der Grundlage der ihm von den Beklagten erteilten Informationen einsetzen. Die Fehlerhaftigkeit der ihm erteilten Informationen zum vereinbarten Festpreis konnte er dagegen nicht erkennen. Er hat ihm etwa obliegenden Sorgfaltspflichten in eigener Sache insoweit durch sein Schreiben vom 22.6.1989 (Anlage 8 zur Klage = Bl. 109 GA) jedenfalls Genüge getan. Demgegenüber können die Beklagten sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die darin gestellten Fragen mit dem Antwortschreiben vom 26.6.1989 der W.H. U mbH (Anlage 9 zur Klage = Bl. 110 f. GA) nur unzulänglich beantwortet worden seien und es Sache des Klägers gewesen wäre, selbst den Generalunternehmervertrag durchzusehen und inhaltlich zu prüfen. Derartige eigene Recherchen sind einem potenziellen Anleger grundsätzlich nicht zuzumuten.

III. Der Schadensersatzverpflichtung der Beklagten steht nicht entgegen, dass die vom Kläger zu erbringende Zug-um-Zug-Leistung unmöglich wäre. 43

1. Allerdings sind die Beklagten mit diesem Einwand in zweiter Instanz nicht ausgeschlossen. 44
Denn die hierzu vorgetragene Tatsache, dass die persönlich haftende Gesellschafterin inzwischen die Zustimmung zur Übertragung des Gesellschaftsanteils verweigert habe, ist nach §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO zu berücksichtigen, weil sie in erster Instanz noch nicht vorgetragen werden konnte. Sie ist deshalb ebenfalls Gegenstand der rechtlichen Prüfung durch den Senat gemäß § 529 Abs. 2 S. 2 ZPO.

2. Über diesen Punkt hat der Senat im Grundurteil noch nicht entschieden. Es ist 45
unzutreffend, dass der Senat den Annahmeverzug der Beklagten nicht hätte feststellen dürfen, wenn ihr Vortrag zur Unmöglichkeit der Erbringung der Zug-um-Zug-Leistung aufgrund verweigerter, aber notwendiger Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafterin richtig wäre. Denn die Unmöglichkeit wäre dann in der Tat erst mit Verweigerung der Genehmigung durch die persönlich haftende Gesellschafterin eingetreten und konnte deshalb beim Grundurteil noch keine Berücksichtigung finden.

3. Indes liegt kein Fall der Unmöglichkeit vor, weil ein Zustimmungserfordernis nicht besteht. 46

Insoweit ist davon auszugehen, dass nach dem Grundurteil des Senats auch die Übertragung 47
des Kommanditanteils an die Beklagte zu 4) als Treuhandkommanditistin genügt. Einer Abtretung des Kommanditanteils bedarf es hierfür nicht, sondern es genügt, dass der Beklagten zu 4) die wirtschaftliche Berechtigung an dem Kommanditanteil, den sie ohnehin treuhänderisch hält, durch den Verzicht aller Rechte aus dem Treuhandvertrag verschafft wird. Zwar ist in dem Zug-um-Zug-Antrag von der Abtretung des Anteils an einen der Beteiligten die Rede; diese für alle Beklagten gewählte zusammenfassende Formulierung ist aber in vorstehendem Sinne auszulegen, da zugleich in dem Antrag die Feststellung enthalten ist, dass die Beklagte zu 4) den Anteil als Treuhänderin für den Kläger hält. Es ist ebenso klar, dass der Kläger deshalb den anderen Beklagten auch nicht unmittelbar den Anteil übertragen könnte, sondern nur die Rechte aus dem Treuhandverhältnis. Der Senat hat den Tenor deshalb entsprechend dieser Auslegung des erkennbar Gewollten neu gefasst.

Weder für die Auflösung des Treuhandverhältnisses mit der Beklagten zu 4), um ihr so die 48
wirtschaftliche Berechtigung an dem Kommanditanteil zu verschaffen, noch für die Übertragung der Rechte aus dem Treuhandvertrag auf die Beklagten zu 1) oder 3) bedarf es einer Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafterin. Das ergibt sich aus § 12 des

Treuhandvertrages. Darin ist die Übertragung der Rechte ausschließlich von der Zustimmung des Treuhänders und nicht von der der persönlich haftenden Gesellschafterin abhängig gemacht. Geht es wie hier um die Rückabwicklung aufgrund eines Schadensersatzanspruchs gegen die Treuhänderin selbst, durch die ihr der ungebundene Kommanditanteil verschafft werden soll, so ist sie zur Mitwirkung hieran verpflichtet und kann nicht etwa ihre eigene Zustimmung versagen (was sie auch nicht geltend macht). § 3 Ziff. 5 des Gesellschaftsvertrages ist damit nicht einschlägig.

IV. Hinsichtlich der Höhe des Schadens vermag der Senat dem Landgericht dagegen nicht in allen Punkten zu folgen. 49

1. Allerdings muss der Kläger sich keine Steuervorteile anrechnen lassen. 50

a) Insoweit besteht keine Bindungswirkung durch das Grundurteil des Senats. Die Rechtsfrage, ob der Kläger sich Steuervorteile unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen muss, stand beim Grundurteil deshalb nicht zur Entscheidung, weil der Kläger sich damals die Vorteile in der von ihm zunächst angenommenen Höhe selbst anrechnete und den Mehrbetrag nicht als Schaden ersetzt verlangte. Dem Grunde nach zugesprochen ist dem Kläger damit nur der (Mindest-)Anspruch, den er auch unter Abzug der von ihm selbst damals angenommenen Steuervorteile geltend machen kann. 51

Zwar hat der Senat die Sache auch im Hinblick auf von den Beklagten eingewandte noch weiter gehende Steuervorteile zur Aufklärung an das Landgericht zurückverwiesen. Eine Entscheidung über das Ob der Anrechenbarkeit von Steuervorteilen ist darin aber nicht enthalten, eben weil diese Frage nicht zur Entscheidung stand. Dass der Kläger sich nunmehr gar keine Steuervorteile mehr anrechnen lassen will, kommt erst in der Klageerweiterung zum Ausdruck, über die der Senat im Grundurteil nicht entschieden hat. 52

b) Eine Anrechnung von Steuervorteilen hat das Landgericht zu Recht abgelehnt. Die Voraussetzungen, unter denen allein nach der ständigen Rechtsprechung des BGH eine Anrechnung von Steuervorteilen in Betracht kommt, liegen nicht vor: 53

Danach bleiben mögliche Steuervorteile des geschädigten Kapitalanlegers grundsätzlich außer Ansatz, wenn die Ersatzleistung ebenfalls der Steuerpflicht unterliegt; das gilt insbesondere auch für Vorteile aufgrund einer Ermäßigung des Steuersatzes bei späterer Versteuerung des Schadensersatzbetrages (grundlegend BGHZ 74, 103, 113 ff. = NJW 1979, 1449; vgl. aus der st. Rspr. ferner BGH NJW 1984, 2524; NJW-RR 1986, 1102, 1103; NJW-RR 1988, 856, 857; NZG 2002, 468, 469). Anderes gilt nur "in ganz besonderen Ausnahmefällen", nämlich wenn der Kapitalanleger durch die rückabzuwickelnde Anlage ihm verbleibende außergewöhnliche Steuervorteile auf eine solche Weise oder in einer solchen Höhe erlangt hat, dass ihm diese abweichend von der Regel billigerweise angerechnet werden müssen (BGH NJW-RR 1986, 1102, 1104; NJW-RR 2003, 1393, 1395, jeweils m.w.N.). 54

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von den Beklagten vorgelegten BGH-Entscheidung vom 14.6.2004 (=NJW 2004, 2742). Der BGH verweist dort im Gegenteil nochmals ausdrücklich auf seine Entscheidung in BGHZ 74, 103, 113 ff. Indem er ausführt, dass der Geschädigte sich solche Steuervorteile anrechnen lassen müsse, "denen keine Nachzahlungsansprüche des Finanzamts gegenüberstehen", bestätigt er lediglich, dass es Voraussetzung für die Nichtanrechnung von Steuervorteilen ist, dass die Schadensersatzleistung zu versteuern ist. 55

- Von Letzterem ist hier indes schon deshalb auszugehen, weil bis weit in die zweite Instanz hinein unstreitig gewesen ist, dass der Kläger die Schadensersatzleistung zu versteuern hat. Noch in ihrer Berufungsbegründung haben die Beklagten sich auf die von ihnen vorgelegte Berechnung Anlage B 39 (=Bl. 1139 GA) gestützt, nach der der Kläger ca. 994.000 € Steuern auf den Schadensersatz zu leisten hat. Soweit sie hiervon abweichend – nach dem Wechsel des Prozessbevollmächtigten des Beklagten zu 1) – erstmalig mit Schriftsatz vom 12.8.2005 geltend machen, dass die Schadensersatzleistung nicht der Steuerpflicht unterliege, handelt es sich um ein neues Verteidigungsmittel, das mangels eines Zulassungsgrundes i.S.v. § 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen ist. 56
- Abgesehen davon ist die Schadensersatzleistung aufgrund der Rückabwicklung der Beteiligung an einer KG regelmäßig als Betriebseinnahme nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG zu versteuern (vgl. BGH NJW 1979, 1449, 1451 f. mit Nachw. aus der Rspr. des BFH). Dem steht eine von den Beklagten jetzt ins Feld geführte Festsetzungsverjährung für früher zugeflossene Steuervorteile nicht entgegen. 57
- Die Beklagten meinen weiter zu Unrecht, der Entscheidung BGH NJW 1984, 2524 lasse sich entnehmen, dass die weiteren Erwägungen des BGH zur schadensmindernden Berücksichtigung von Steuervorteilen nur für Fallkonstellationen gelten, in denen eine gescheiterte Kapitalanlage rückabgewickelt werde. Dies vermag der Senat nicht zu erkennen. Denn wenn die rückabzuwickelnde Anlage noch werthaltig ist, so wird der hierin bestehende Vorteil bereits dadurch abgeschöpft, dass die Schadensersatzleistung Zug um Zug gegen Abtretung der Beteiligung erfolgt (vgl. etwa BGH NJW 1992, 228, 230 m.w.N.). Für eine zusätzliche Entlastung des Schädigers dadurch, dass ihm Steuervorteile des Anlegers zugute kommen, gibt es deshalb keinen Grund (vgl. zur Nichtberücksichtigung von Steuervorteilen bei einer werthaltigen Beteiligung auch OLG Hamburg, NZG 2000, 658, 659). 58
- Der die Auffassung der Beklagten zur Nichtanrechnung stützende Entscheidung des OLG Celle – 11 U 291/01 – vom 15.8.2002 vermag der Senat sich nach alledem nicht anzuschließen. Diese Entscheidung steht nicht im Einklang mit der vorstehend dargestellten Rechtsprechung des BGH, sondern zitiert diese sinnentstellend: In der Entscheidung NJW 2002, 1711 = NZG 2002, 468 hat der BGH zu III.4.a) der Gründe allgemein ausgeführt, dass "vorteilhafte Umstände" – und nicht spezielle Steuervorteile - insoweit zu berücksichtigen seien, soweit ihre Anrechnung dem Sinn und Zweck des Schadensersatzes entspreche und weder den Geschädigten unzumutbar belaste noch den Schädiger unbillig entlaste; direkt anschließend hat er jedoch zu III.4.b) der Gründe unter Hinweis auf BGHZ 74, 103 angefügt, dass Steuervorteile nicht zu berücksichtigen seien, wenn die Schadensersatzleistung ebenfalls zu versteuern ist. Dies hat das OLG Celle in der genannten Entscheidung nicht berücksichtigt. 59
- Für den erwähnten Ausnahmefall außergewöhnlicher Steuervorteile tragen die Beklagten die Vortragslast (BGH a.a.O.). Entsprechende hinreichend substantiierte Darlegungen fehlen. Insbesondere ergeben sich solche Vorteile nicht aus den Berechnungen der Beklagten gemäß Anlagen B 38 und B 39 zur Berufungsbegründung. Es ist bereits im Ansatz verfehlt, dass die Beklagten insoweit auf eine Gesamtrendite des Klägers unter Berücksichtigung der im Urteil zugesprochenen Schadensersatzleistung abstellen wollen. Da die Anrechnung von Steuervorteilen gerade deshalb unterbleibt, weil die Schadensersatzleistung ihrerseits wieder zu versteuern ist, sind die Steuervorteile einerseits und die durch die Ersatzleistung begründete Steuerschuld andererseits wertend einander gegenüber zu stellen. Tatsächlich beziffern die Beklagten die Steuerersparnisse des Klägers in der Tabelle B 39 (Bl. 1139 GA) mit 467.186,49 €, gehen aber wie bereits erwähnt selbst davon aus, dass der Kläger auf die 60

vom Landgericht zugesprochene Schadensersatzleistung fast 994.000 € Steuern entrichten muss. Ein dem Kläger verbleibender außergewöhnlicher Steuervorteil ist somit nicht erkennbar.

Im Übrigen hat das Landgericht ebenfalls zutreffend darauf hingewiesen, dass die behaupteten steuerlichen Vorteile für eine Kapitalbeteiligung der vorliegenden Art typisch und nicht außergewöhnlich sind. Auch der Höhe nach sind die von den Beklagten behaupteten Steuerersparnisse des Klägers nicht außergewöhnlich. Bei einer erbrachten Einlage von 2,4 Mio. DM = 1.227.100,51 € machen die angeblichen Steuerersparnisse von 467.186,49 € in 14 Jahren ca. 38 % der Einlage aus. 61

2. Den Anlageschaden des Klägers ermittelt der Senat in Anwendung von § 287 ZPO in der aus dem Urteilstenor ersichtlichen Höhe. Die hierbei zuerkannten und der Schadensberechnung im Übrigen zugrunde gelegte Zinssätze liegen dabei für unterschiedliche Zeiträume z.T. höher und z.T. niedriger als im angefochtenen Urteil. Dementsprechend sind beide Berufungen insoweit teilweise erfolgreich. Im Einzelnen gilt: 62

a) Der Senat schließt sich zunächst im Ergebnis der Auffassung des Landgerichts an, dass nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass der Kläger, hätte er die streitgegenständliche Anlage nicht vorgenommen, die entsprechenden Kapitalbeträge anderen Gesellschaften, deren Alleingesellschafter er ist, als Darlehen zur Verfügung gestellt hätte. 63

Allerdings vermögen insoweit die Überlegungen des Landgerichts zum Eigenkapitalersatzrisiko schon deshalb nicht zu überzeugen, weil nichts dafür ersichtlich ist, dass sich die fraglichen Gesellschaften in einer Krise i.S.v. § 32 a GmbHG befunden haben. Einer späteren Umqualifizierung in Eigenkapital hätte der Kläger immer entgehen können, indem er die Darlehen bei Eintritt einer solchen Krise abgezogen hätte. Für durchschlagend erachtet aber auch der Senat den Umstand, dass der Kläger auf diese Alternativanlage überhaupt erst im Jahre 2004 hingewiesen hat. Dies ist ein starkes Indiz dagegen, dass der Kläger eine derartige Alternative schon 1990 in Betracht gezogen hätte. Zudem hat der Kläger auch bei seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat diese Anlagealternative nicht einmal erwähnt. 64

b) Der Senat geht aufgrund der plausiblen, nachvollziehbaren und insgesamt glaubhaften Angaben des Klägers bei seiner Anhörung im Senatstermin aber davon aus, dass er statt der getätigten Anlage in andere unternehmerische Beteiligungen oder Fonds investiert hätte, die eine Rendite mindestens in Höhe des jeweils aktuellen Hypothekenzinssatzes erwarten ließen oder anderenfalls Hypothekendarlehen abgelöst hätte. Deshalb ist eine in dieser Höhe entgangene Rendite der nach § 287 ZPO zu schätzende Mindestschaden. Der Senat schließt zwar nicht aus, dass der Kläger bei einer Kapitalanlage u.U. auch noch bessere Renditen hätte erzielen können, vermag dies aber angesichts nicht hinreichend konkreter Angaben zu anderen angebotenen Anlagen nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (§ 287 ZPO) festzustellen. 65

c) Für die weitere Berechnung des Schadens ist zu den Zeitpunkten der Einlageleistungen und der Ausschüttungen von den Angaben des Klägers auszugehen, weil die Beklagten diese nicht zulässig mit Nichtwissen bestreiten können. 66

Für die Beklagten zu 3) und 4) folgt dies daraus, dass der Kläger überhaupt nur mittelbar über die Beklagte zu 4) als Treuhandkommanditistin an dem Fonds beteiligt ist; deshalb muss diese – und zwar durch ihre geschäftsführende Komplementärin, die Beklagte zu 3) – 67

notwendigerweise wissen, wann der Kläger seine Einlageleistungen erbracht und wann Ausschüttungen an ihn erfolgt sind. Dagegen musste der Beklagte zu 1) als Nichtgesellschafter zunächst nichts hierüber wissen. Jedoch ist er inzwischen Geschäftsführer der Beklagten zu 3) und hat in dieser Eigenschaft den Zugriff auf die entsprechenden Informationen, so dass er sich auch persönlich nicht mit Nichtwissen verteidigen kann.

d) Auf Grundlage der vorstehenden Annahmen ist davon auszugehen, dass der Kläger, hätte er nicht die streitgegenständliche Anlage im Mai 1989 gezeichnet, denselben Betrag statt dessen in ein anderes Objekt investiert hätte, das eine Zinsrendite von wenigstens 7,85 % erwarten ließ. Denn er verlängerte, wie aus der Anlage 3 a zum Kläger-Schriftsatz vom 27.5.2004 ersichtlich ist, im August 1989 aufgrund eines Angebots vom 19.7.1989 einen laufenden Hypothekenkredit über ca. 23 Mio. DM zu diesem Zinssatz. Er kann deshalb auf sein durch die streitgegenständliche Anlage gebundenes Kapital durchgehend einen Zinssatz von 7,85 % verlangen. 68

Dies gilt auch hinsichtlich der Ende Oktober 1990 gezeichneten zweiten Tranche von 400.000 DM. Zwar war zu dieser Zeit der durchschnittliche Zinssatz für Hypothekarkredite mit Gleitzinsen auf bereits 9,84 % gestiegen (Quelle: Zeitreihen-Datenbank der Deutschen Bundesbank http://www.bundesbank.de/statistik/statistik_zeitreihen.php?func=row&tr=su0049); dennoch kann nicht hinreichend sicher davon ausgegangen werden, dass der Kläger zu dieser Zeit in eine höher rentierliche Anlage investiert hätte, weil er seiner Zinsschadenberechnung gemäß Anlage 1 zum Schriftsatz vom 27.5.2004 selbst für den gesamten Zeitraum von November 1989 bis einschließlich April 1991 nur einen Zinsverlust von 7,8 % zugrunde legt. 69

Deshalb ist für die Berechnung des Zinsschadens insgesamt von den Berechnungen des Klägers gemäß der vorerwähnten Anlage 1 auszugehen; jedoch sind soweit hierin für bestimmte Zeiträume höhere Zinssätze als 7,85 % enthalten sind, diese durch einen Zinssatz von 7,85 % zu ersetzen. 70

3. Eine dementsprechende Berechnung führt zu einem Schaden des Klägers von insgesamt 459.714,61 € aufgrund unterlassener anderweitiger Geldanlage in der Zeit bis zum 30.11.1994. Auf diesen ihm zustehenden Schadensersatzbetrag kann der Kläger, wie mit dem Klageantrag zu 3) geltend gemacht, ab Rechtshängigkeit gemäß §§ 288 Abs. 3 und 4, 286 Abs. 1 S. 2 BGB Zinsen in der beanspruchten Höhe verlangen. Ein Verstoß gegen das Zinseszinsverbot liegt darin entgegen der Meinung der Beklagten nicht; denn anders als im Fall, der der Entscheidung des BGH NJW 1993,1260 zugrunde lag, verlangt der Kläger hier nicht weitere Zinsen auf Verzugszinsen, sondern Ersatz des Verzugschadens im Hinblick auf einen vor dem Verzugseintritt in Form entgangener Anlagezinsen bereits entstandenen Schaden. 71

Entsprechend den Ausführungen unter 2.d) geht der Senat auch insoweit davon aus, dass der Kläger den Betrag einer Schadensersatzzahlung, die ihm im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit zugeflossen wäre, entweder mit einem Zinsertrag von 8 % erneut angelegt hätte, oder – falls sich eine solche Anlagemöglichkeit nicht bot – durch Rückzahlung von Hypotheken anderweitig aufgewandte Zinsen in dieser Höhe erspart hätte. Die Annahme eines Zinssatzes von 8 % ist für diesen Zeitpunkt gemäß § 287 ZPO gerechtfertigt, weil der durchschnittliche Zinssatz für Hypothekarkredite mit Gleitzinsen im Zeitraum von November 1994 bis März 1995 durchgehend zwischen 8,01 % und 8,09 % lag (Quelle: s.o.). Ab dem 1.7.2002 sind aufgrund entsprechender Erwägungen antragsgemäß nur noch 6 % zuzusprechen. 72

- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 73
- D. Gründe für eine Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO bestehen nicht. 74
- Insbesondere ergibt sich ein solcher Grund nicht daraus, dass der Senat bezüglich der Frage des Mitverschuldens in Höhe des im Grundurteil beschiedenen Klageantrags von einer Bindungswirkung des Grundurteils ausgeht. Denn hierauf beruht die Entscheidung letztlich nicht, wie daraus ersichtlich ist, dass der Senat auch hinsichtlich des aufgrund der Klageerweiterung im Betragsverfahren jetzt zur Entscheidung stehenden Mehrbetrags ein Mitverschulden des Klägers aufgrund erneuter Sachprüfung verneint hat. Hierbei handelt es sich wiederum um eine Einzelfallwertung, die grundsätzliche Rechtsfragen nicht aufwirft. 75
- Ebenso nötigt die Nichtanrechnung von Steuervorteilen des Klägers im vorliegenden Fall nicht zur Zulassung der Revision, da dieses wie dargelegt in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des BGH steht. 76