



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 108/16

Verkündet am:
25. April 2017
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 357 Abs. 1 Satz 1 (Fassung bis zum 12. Juni 2014), § 346 Abs. 1 Halbsatz 2,
§ 387

EStG § 20 Abs. 1 Nr. 7, § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 Buchst. b

AO § 43 Satz 2

Widerruft der Verbraucher seine auf Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung, steht seiner Aufrechnung gegen eine Hauptforderung der Bank mit einer Gegenforderung auf Herausgabe der von der Bank als Rückgewährschuldnerin gezogenen Nutzungen aus Zins- und Tilgungsleistungen des Verbrauchers in Höhe des Bruttobetrags nicht entgegen, dass der Zufluss von Nutzungen den Anfall von Kapitalertragsteuer nebst Solidaritätszuschlag und von Kirchensteuer nach sich ziehen kann.

BGH, Urteil vom 25. April 2017 - XI ZR 108/16 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. April 2017 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Joeres und Dr. Matthias sowie die Richterinnen Dr. Menges und Dr. Dauber

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 17. Februar 2016 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten um die Wirksamkeit des vom Kläger erklärten Widerrufs seiner auf Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten Willenserklärung.
- 2 Der Kläger schloss zur Finanzierung des Erwerbs einer Immobilie im Januar 2008 mit der Beklagten einen Darlehensvertrag über einen Nennbetrag von 138.000 € und einen bis zum 31. Dezember 2022 festen Zinssatz von 5,22% p.a (effektiver Jahreszins 5,35%). Zur Sicherung von Ansprüchen der Beklagten diente ein Grundpfandrecht. Die Beklagte belehrte den Kläger über sein Widerrufsrecht wie folgt:

Widerrufsbelehrung

Darlehens-/Kreditkonto Nr. _____

Verbraucher
Herrn

Widerrufsbelehrung zu: _____ m Darlehensvertrag Nr. _____

Widerrufrecht

Sie können Ihre Vertragserklärung innerhalb von zwei Wochen² ohne Angabe von Gründen in Textform (z. B. Brief, Fax, E-Mail) widerrufen. Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt dieser Belehrung. Zur Wahrung der Widerrufsfrist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs. Der Widerruf ist zu richten an: (Name, Firma und ladungsfähige Anschrift des Kreditinstituts, ggf. Fax-Nr., E-Mail-Adresse und/oder, wenn der Verbraucher eine Bestätigung seiner Widerrufserklärung erhält, auch eine Internet-Adresse).

Widerrufsfolgen

Im Falle eines wirksamen Widerrufs sind die beiderseits empfangenen Leistungen zurückzugewähren und ggf. gezogene Nutzungen (z. B. Zinsen) herauszugeben. Können Sie uns die empfangene Leistung ganz oder teilweise nicht oder nur in verschlechtertem Zustand zurückgewähren, müssen Sie uns insoweit ggf. Wertersatz leisten. Dies kann dazu führen, dass Sie die vertraglichen Zahlungsverpflichtungen für den Zeitraum bis zum Widerruf gleichwohl erfüllen müssen. Verpflichtungen zur Erstattung von Zahlungen müssen Sie innerhalb von 30 Tagen nach Absendung Ihrer Widerrufserklärung erfüllen.

Finanzierte Geschäfte

Widerrufen Sie diesen Darlehensvertrag, mit dem Sie Ihre Verpflichtungen aus einem anderen Vertrag finanzieren, so sind Sie auch an den anderen Vertrag nicht gebunden, wenn beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn wir zugleich auch Ihr Vertragspartner im Rahmen des anderen Vertrages sind, oder wenn wir uns bei Vorbereitung oder Abschluss des Darlehensvertrages der Mitwirkung Ihres Vertragspartners bedienen. Bei einem finanzierten Erwerb eines Grundstückes oder grundstücksgleichen Rechts ist eine wirtschaftliche Einheit nur anzunehmen, wenn wir zugleich auch Ihr Vertragspartner im Rahmen des anderen Vertrages sind oder wenn wir über die Zurverfügungstellung von Darlehen hinaus Ihr Grundstücksgeschäft durch Zusammenwirken mit dem Veräußerer fördern, indem wir uns dessen Veräußerungsinteressen ganz oder teilweise zu Eigen machen, bei der Planung, Werbung oder Durchführung des Projektes Funktionen des Veräußerers übernehmen oder den Veräußerer einseitig begünstigen. Können Sie auch den anderen Vertrag widerrufen, so müssen Sie den Widerruf gegenüber Ihrem diesbezüglichen Vertragspartner erklären.

Wird mit diesem Darlehensvertrag die Überlassung einer Sache finanziert, gilt Folgendes: Wenn Sie diese Sache im Falle des Widerrufs ganz oder teilweise nicht oder nur in verschlechtertem Zustand zurückgeben können, haben Sie dafür ggf. Wertersatz zu leisten. Dies gilt nicht, wenn die Verschlechterung der Sache ausschließlich auf deren Prüfung – wie sie Ihnen etwa im Ladengeschäft möglich gewesen wäre – zurückzuführen ist. Im Übrigen können Sie die Wertersatzpflicht vermeiden, indem Sie die Sache nicht wie Ihr Eigentum in Gebrauch nehmen und alles unterlassen, was deren Wert beeinträchtigt. Paketversandfähige Sachen sind auf Kosten und Gefahr Ihres Vertragspartners zurückzusenden. Nicht paketversandfähige Sachen werden bei Ihnen abgeholt. Wenn Ihrem Vertragspartner das Darlehen bei Wirksamwerden des Widerrufs oder der Rückgabe bereits zugeflossen ist, können Sie sich wegen der Rückabwicklung nicht nur an diesen, sondern auch an uns halten.

Ort, Datum

Unterschrift des Verbrauchers

14/1/08

Ihre

Hinweis: Jeder Verbraucher erhält ein Exemplar der V¹ ²

belehrung.

Exemplar(e)
heute an Verbraucher
ausgehändigt:

Datum, Unterschrift des Sachbearbeiters (mit Datum Ziti.)

¹ Bezeichnung des konkret betroffenen Geschäfts, z. B. Darlehensvertrag vom ...
² Bitte Frist im Einzelfall prüfen.



3 Mit Schreiben vom 17. April 2014 widerrief der Kläger seine auf Abschluss des Darlehensvertrags gerichtete Willenserklärung.

4 Die Klage auf Rückzahlung der bisher geleisteten Zinsen und Tilgungsraten, Herausgabe der von der Beklagten gezogenen Nutzungen und Zustimmung zur Löschung der Grundschuld - sämtlich Zug um Zug gegen Rückzahlung der Darlehensvaluta nebst Zinsen -, auf Feststellung, dass der Beklagten keine Ansprüche mehr gegen den Kläger aus dem Darlehensvertrag zustünden, und auf Freistellung von vorgerichtlich verauslagten Anwaltskosten hat das Landgericht abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision des Klägers hat Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit im Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

7 Der vom Kläger erklärte Widerruf sei unwirksam, da bei Erklärung des Widerrufs die Widerrufsfrist bereits abgelaufen gewesen sei. Zwar habe die Beklagte mittels der Verwendung des Worts "frühestens" unzureichend über die Voraussetzungen für das Anlaufen der Widerrufsfrist belehrt. Sie könne sich

indessen, da sie lediglich redaktionelle Bearbeitungen vorgenommen habe, auf die Gesetzlichkeitsfiktion des Musters für die Widerrufsbelehrung berufen.

II.

8 Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht
stand.

9 1. Das Berufungsgericht hat allerdings im Ausgangspunkt richtig erkannt,
dem Kläger sei gemäß § 495 Abs. 1 BGB zunächst das Recht zugekommen,
seine auf Abschluss des Darlehensvertrags gerichtete Willenserklärung nach
§ 355 Abs. 1 und 2 BGB in der hier nach Art. 229 § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 22
Abs. 2, §§ 32, 38 Abs. 1 Satz 1 EGBGB maßgeblichen, zwischen dem
1. August 2002 und dem 10. Juni 2010 geltenden Fassung zu widerrufen.

10 2. Unzutreffend ist dagegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die
Widerrufsfrist sei bei Erklärung des Widerrufs am 17. April 2014 bereits abge-
laufen gewesen.

11 a) Die dem Kläger erteilte Widerrufsbelehrung informierte, was das Beru-
fungsgericht noch gesehen hat, mittels des Einschubs "frühestens" unzu-
reichend deutlich über den Beginn und - insoweit vom Berufungsgericht fehlein-
geschätzt - mittels der eingefügten Fußnote: "Bitte Frist im Einzelfall prüfen"
unklar über die Länge der Widerrufsfrist (vgl. Senatsurteil vom 12. Juli 2016
- XI ZR 564/15, WM 2016, 1930 Rn. 18 f., zur Veröffentlichung bestimmt in
BGHZ).

12 b) Auf die Gesetzlichkeitsfiktion des Musters für die Widerrufsbelehrung
gemäß Anlage 2 zu § 14 BGB-InfoV in der hier maßgeblichen, zwischen dem

8. Dezember 2004 und dem 31. März 2008 geltenden Fassung kann sich die Beklagte entgegen der Rechtsmeinung des Berufungsgerichts nicht berufen. Wie der Senat für eine inhaltsgleiche Widerrufsbelehrung nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat, hat die Beklagte das Muster, was der Senat durch einen Vergleich selbst feststellen kann (st. Rspr., zuletzt Senatsurteil vom 11. Oktober 2016 - XI ZR 482/15, WM 2016, 2295 Rn. 26, zur Veröffentlichung bestimmt in BGHZ), einer inhaltlichen Bearbeitung unterzogen, die über das nach § 14 Abs. 3 BGB-InfoV in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung für den Erhalt der Gesetzlichkeitsfiktion Unschädliche hinausgeht.

III.

- 13 Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Insbesondere kann der Senat mangels hinreichender Feststellungen des Berufungsgerichts nicht von einer Verwirkung des Widerrufsrechts des Klägers ausgehen.

IV.

- 14 Der Senat kann umgekehrt nicht zugunsten des Klägers in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Insbesondere kann der Senat einer tatrichterlichen Würdigung der für eine Subsumtion unter § 242 BGB maßgeblichen Umstände nicht vorgreifen.

V.

15 Mangels Entscheidungsreife ist die Sache daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dabei weist der Senat auf Folgendes hin:

16 1. Das Berufungsgericht wird sich zunächst nach Maßgabe der nach Erlass des Berufungsurteils präzisierten Grundsätze mit dem Einwand auseinandersetzen haben, der Ausübung des Widerrufsrechts habe § 242 BGB entgegen gestanden (vgl. Senatsurteile vom 12. Juli 2016 - XI ZR 501/15, WM 2016, 1835 Rn. 39 ff., zur Veröffentlichung bestimmt in BGHZ, und - XI ZR 564/15, WM 2016, 1930 Rn. 34 ff. sowie vom 11. Oktober 2016 - XI ZR 482/15, WM 2016, 2295 Rn. 30).

17 2. Sollte das Berufungsgericht dahin gelangen, der Widerruf des Klägers habe dazu geführt, dass sich der Darlehensvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt habe, wird es zum - bisher nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ohnehin nicht hinreichend bestimmten - Antrag des Klägers auf Löschung der Grundschuld die Grundsätze des Senatsbeschlusses vom 17. Januar 2017 (XI ZR 170/16, juris Rn. 7) und zu dem Antrag des Klägers auf Erstattung vorgerichtlich verauslagter Anwaltskosten das Senatsurteil vom 21. Februar 2017 (XI ZR 467/15, n.n.v. Rn. 23 ff., 34 f.) zu berücksichtigen haben. Wegen der vom Kläger beanspruchten Nutzungen wird es, soweit es auf die Vermutung zurückgreift, die Beklagte habe mit den Zins- und Tilgungsleistungen Nutzungen in einer bestimmten Höhe erwirtschaftet, Feststellungen dazu zu treffen haben, ob zwischen den Parteien ein Immobiliendarlehensvertrag im Sinne des § 492 Abs. 1a Satz 2 BGB in der vom 1. August 2002 bis zum 18. August 2008 geltenden Fassung zustande gekommen ist (vgl. Senatsurteil vom 12. Juli 2016 - XI ZR 564/15, WM 2016, 1930 Rn. 58).

18 3. Soweit der Kläger die Rückzahlung von ihm erbrachter Zins- und Tilgungsleistungen "Zug um Zug" gegen Zahlung der von ihm aus dem Rückgewährschuldverhältnis zu erbringenden Leistung beantragt, gilt Folgendes:

19 a) Zwar werden die aus einem Rückgewährschuldverhältnis resultierenden Ansprüche - hier: nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung (künftig: aF) in Verbindung mit §§ 346 ff. BGB - auch dann, wenn sie gleichartige Leistungen betreffen, nicht automatisch saldiert (Senatsbeschluss vom 12. Januar 2016 - XI ZR 366/15, WM 2016, 454 Rn. 16). Solange der Rückgewährschuldner keine Gegenansprüche erhebt, kann der Rückgewährgläubiger, da die Ansprüche aus dem Rückgewährschuldverhältnis nicht in einem gegenseitigen Vertragsverhältnis stehen (Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 348 Rn. 1; Staudinger/Kaiser, BGB, Neubearb. 2012, § 348 Rn. 2; MünchKommBGB/Gaier, 7. Aufl., § 348 Rn. 2), seine Ansprüche ohne Rücksicht auf etwaige Gegenansprüche durchsetzen (vgl. Senatsurteil vom 5. Juli 2016 - XI ZR 254/15, WM 2016, 1831 Rn. 27; BGH, Urteil vom 16. Oktober 2009 - V ZR 203/08, WM 2010, 275 Rn. 20).

20 b) Beantragt der Rückgewährgläubiger gleichwohl Zahlung Zug um Zug gegen Zahlung, liegt darin eine Aufrechnung. Anderes gälte ausnahmsweise nur dann, wenn ein Aufrechnungsverbot bestünde (MünchKommBGB/Gaier, 7. Aufl., § 348 Rn. 4). Ein solches Aufrechnungsverbot besteht indessen in Fällen wie dem vorliegenden, in denen ein Verbraucher als Rückgewährgläubiger Zahlung von einer Bank als Rückgewährschuldnerin nach Widerruf eines Verbraucherdarlehensvertrags verlangt, weder aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Absprache noch von Gesetzes wegen:

21 aa) Eine Aufrechnungsbeschränkung im Sinne eines Aufrechnungsverbots ergibt sich hier schon deshalb nicht aus Nr. 4 AGB-Banken bzw. Nr. 11

Abs. 1 AGB-Sparkassen, weil in der Vereinbarung einer Aufrechnungsbeschränkung eine zulasten des Verbrauchers unzulässige (vgl. Senatsurteil vom 21. Februar 2017 - XI ZR 381/16, juris Rn. 17) Erschwerung der Ausübung des Widerrufsrechts läge.

22 bb) Einer Aufrechnung steht auch nicht zumindest teilweise entgegen, dass der Zufluss von Nutzungen den Anfall von Kapitalertragsteuer nebst Solidaritätszuschlag (§ 1 Abs. 2 SolZG 1995) und ggf. von Kirchensteuer (§ 51a Abs. 2b bis 2e EStG; vgl. auch BAGE 97, 150, 154) nach sich ziehen kann.

23 Die mit dem Einbehalt der Kapitalertragsteuer verbundene besondere Form der Steuererhebung hindert, sofern die vom Kläger beanspruchten Leistungen der Kapitalertragsteuer durch Abzug vom Kapitalertrag nach § 20 Abs. 1 Nr. 7, § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 Buchst. b EStG unterfallen (dazu allgemein LG Düsseldorf, Urteil vom 5. August 2016 - 8 O 238/15, juris Rn. 49 ff.; Jooß, DStR 2014, 6, 12) und solange der Steuerentrichtungspflichtige gemäß § 43 Satz 2 AO Kapitalertragsteuer nicht abgeführt hat, die Durchsetzung des Anspruchs auf Herausgabe mutmaßlich gezogener Nutzungen durch eine auf den Bruttobetrag gerichtete Zahlungsklage nicht.

24 Der Verbraucher ist in voller Höhe Gläubiger des Anspruchs aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbindung mit § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB (vgl. zum Bruttolohnanspruch BAGE 97, 150, 152). Durch die Vorschriften über den Steuerabzug wird zwar die Regel, dass der Schuldner den geschuldeten Betrag unmittelbar an den Gläubiger zu zahlen hat, im Verhältnis zwischen der Bank als Schuldnerin und ihrem Kunden als Gläubiger teilweise durchbrochen. Der Leistung an den durch das Abzugsverfahren gesetzlich ermächtigten Steuergläubiger durch die Bank als Steuerentrichtungspflichtige kommt Erfüllungswirkung gemäß § 362 Abs. 1 BGB im Verhältnis zwischen der Bank und dem Kun-

den zu, wobei Gerichte anderer Gerichtsbarkeiten als der Finanzgerichtsbarkeit die Berechtigung des Abzugs nicht überprüfen, sofern für den Steuerentrichtungspflichtigen nicht eindeutig erkennbar war, dass eine Verpflichtung zum Abzug nicht bestand (BGH, Urteile vom 12. Mai 2005 - VII ZR 97/04, BGHZ 163, 103, 108 f. und vom 17. Juli 2001 - X ZR 13/99, WM 2001, 2304, 2305 f.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 14. April 2015 - 17 U 251/13, juris Rn. 28; BAGE 126, 325 Rn. 18 ff.; BAG, Urteil vom 9. August 2016 - 9 AZR 417/15, juris Rn. 14 f.).

25 Diese Erfüllungswirkung ist aber, wenn der Steuerentrichtungspflichtige die Kapitalertragsteuer bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz - wie hier - noch nicht abgeführt hat, erst im Zwangsvollstreckungsverfahren zu berücksichtigen, ohne dass es hierzu eines besonderen Ausspruchs im Tenor einer zusprechenden Entscheidung bedarf (vgl. BGH, Beschlüsse vom 29. Mai 2008 - IX ZB 102/07, BGHZ 177, 12 Rn. 8 und vom 21. April 1966 - VII ZB 3/66, WM 1966, 758, 759; OLG Brandenburg, Urteile vom 20. Januar 2016 - 4 U 79/15, juris Rn. 110, vom 1. Juni 2016 - 4 U 125/15, juris Rn. 129, vom 30. November 2016 - 4 U 86/16, juris Rn. 33 f., vom 14. Dezember 2016 - 4 U 19/16, juris Rn. 36 f., vom 29. Dezember 2016 - 4 U 89/15, juris Rn. 106 f. und vom 8. Februar 2017 - 4 U 190/15, juris Rn. 97 f.; OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 27. April 2016 - 23 U 50/15, juris Rn. 69; Knoblauch, DStR 2012, 1952, 1955; Jooß, DStR 2014, 6, 12; für die Bruttolohnklage auch BAGE 15, 220, 227 f.; 97, 150, 153, 163; Korinth, ArbRB 2008, 129; Laschet/Kontny, DStR 2007, 607; Zöller/Stöber, ZPO, 31. Aufl., § 704 Rn. 6; gegen einen "Anspruch auf Auszahlung" - soweit den Nettolohn übersteigend - dagegen BAG, Urteil vom 21. Dezember 2016 - 5 AZR 273/16, juris Rn. 14 ff.). Weil die besondere Form des Steuerabzugs an der materiell-rechtlichen Forderungsinhaberschaft nichts ändert, kann der Verbraucher auch mit einem Anspruch aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbin-

dung mit § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB in voller Höhe aufrechnen (a.A. KG, Urteile vom 6. Oktober 2016 - 8 U 228/15, juris Rn. 94 ff., vom 9. Februar 2017 - 8 U 57/16, juris Rn. 52 ff. und vom 20. Februar 2017 - 8 U 31/16, juris Rn. 79 ff.).

26 Soweit das Bundesarbeitsgericht eine Aufrechnung mit einer und gegen eine Bruttolohnforderung teilweise an der Gegenseitigkeit (§ 387 BGB) mit Geldforderungen des die Aufrechnung Erklärenden hat scheitern lassen (BAG, Urteile vom 22. März 2000 - 4 AZR 120/99, juris Rn. 12 und vom 19. Februar 2004 - 6 AZR 664/02, juris Rn. 28), steht dem die Rechtsprechung sowohl des Bundesgerichtshofs als auch des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts zur Zulässigkeit und Begründetheit von auf einen Bruttobetrag gerichteten Zahlungsklagen entgegen. Im Umfang der auf die Steuer entfallenden Teile ist der Anspruch nicht bloß auf Freistellung gegenüber dem Steuergläubiger gerichtet, so dass es nicht - was eine Aufrechnung hinderte (BGH, Urteil vom 28. Januar 2016 - VII ZR 266/14, BGHZ 208, 372 Rn. 26 mwN) - an der erforderlichen Gleichartigkeit der Forderungen fehlt. Sowohl der Bundesgerichtshof als auch der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts qualifizieren die Bruttoforderung als einheitlichen Zahlungsanspruch.

27 Soweit das Bundesarbeitsgericht die Aufrechnung gegen einen Bruttolohnanspruch, ohne das Fehlen der Gegenseitigkeit zu beanstanden, an § 394 BGB, § 850e Nr. 1 ZPO hat scheitern lassen (BAGE 95, 104, 107; vgl. auch Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2016, § 394 Rn. 30), lag dem eine - gesetzlich ausdrücklich geregelte - andere Konstellation zugrunde. Weder ist § 394 BGB anwendbar, wenn der Gläubiger der unpfändbaren Forderung die Aufrechnung erklärt, noch unterliegen Forderungen aus § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbindung mit § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB einer Pfändungsbeschränkung. Die §§ 43 ff. EStG ordnen eine Beschlagnahme nicht an, auch

wenn das zivilrechtliche Vertragsverhältnis durch die gesetzliche Abzugsverpflichtung abgabenrechtlich überlagert wird (BGH, Urteil vom 12. Mai 2005 - VII ZR 97/04, BGHZ 163, 103, 106; ähnlich BGH, Urteil vom 17. Juli 2001 - X ZR 13/99, WM 2001, 2304, 2306; BAG, Urteil vom 21. Dezember 2016 - 5 AZR 273/16, juris Rn. 14). Weil erst die Abführung der Kapitalertragsteuer einen besonderen Erfüllungseinwand begründet (vgl. BAG, NJW 2017, 972 Rn. 17; offen BAG, Urteil vom 21. Dezember 2016 - 5 AZR 273/16, juris Rn. 28), schließt § 392 BGB eine Aufrechnung nicht aus.

28 Eine Verkürzung von Einkommensteuer hat die Aufrechnung nicht zur Folge. Zwar findet § 44 Abs. 1 Satz 7 bis 9 EStG auf die Aufrechnung keine Anwendung, weil allein der Umstand, dass im Falle der Aufrechnung dem Verbraucher die Nutzungen "unbar" zufließen, nicht dazu führt, dass von einem Sachbezug im Sinne des § 8 Abs. 2 EStG auszugehen wäre (vgl. BFHE 232, 50 Rn. 11 f.; Kirchhof in Kirchhof, EStG, 16. Aufl., § 8 Rn. 15). Die Bank haftet unbeschadet der Frage, ob ein Haftungsverfahren überhaupt neben dem Veranlagungsverfahren stattfindet (BFH, DStR 2003, 985, 987), nicht nach § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG, weil ihr als Aufrechnungsgegnerin weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Der Kunde muss aber die Einkünfte jedenfalls im Veranlagungsverfahren angeben.

29 Das Berufungsgericht wird es daher dahinstehen lassen können, ob und in welchem Umfang der Zufluss von Nutzungen nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB aF in Verbindung mit § 346 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB vom Kläger als Einnahme aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG zu versteuern ist,

weil auch die vom Schuldner "erzwungene" Kapitalüberlassung oder die Vor-
enthaltung von Kapital zu steuerbaren Einnahmen auf Kapitalvermögen führen
kann (BFHE 175, 439, 447 ff.; 220, 35, 36; von Beckerath in Kirchhof, EStG,
16. Aufl., § 20 Rn. 111; vgl. aber auch BFHE 235, 197 Rn. 12 ff., 15 ff.).

Ellenberger

Joeres

Matthias

Menges

Dauber

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 19.08.2015 - 332 O 343/14 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 17.02.2016 - 13 U 88/15 -