

INHALT:	Editorial	Seite 138
	GI Aktuell	Seite 138
	Steuerberaterhaftung Pflicht zur Einholung einer Auskunft des Finanzamts / Keine BFH-Entscheidung / Literatur- und Rechtsprechungshinweise / Beratung zu einem Unternehmensverkauf / Zwei unabhängig tätige Steuerberater (BGH, Urt. v. 8.2.2007 - IX ZR 188/05)	Seite 140
	Rechtsmittel per Computerfax/Faxgerät Eingescannte Unterschrift / Unterschriftserfordernis, § 130 Nr. 6 ZPO (BGH, Beschl. v. 10.10.2006 - XI ZB 40/05)	Seite 145
	Rechtsmittel per Telefax Unvollständige Übermittlung? (BGH, Beschl. v. 5.9.2006 - VI ZB 7/06)	Seite 147
	Schadenersatz bei Kapitalanlagen Steuervorteile / Immobilienfonds / Schadenersatzanspruch gegen Vermittler (BGH, Urt. v. 17.11.2005 - III ZR 350/04)	Seite 149
	Steuerberaterhaftung Entgangene Eigenheimzulage / 4-jährige Festsetzungsfrist / Verjährungsbeginn, Fristablauf (OLG Brandenburg, Urt. v. 10.1.2007 - 7 U 78/06)	Seite 154
	Haftung des Steuerberaters Rücknahme des Einspruchs / Erkennbare Erfolglosigkeit / Keine Weisung des Mandanten (OLG Naumburg, Urt. v. 21.9.2006 - 1 U 37/06)	Seite 158
	Honorar des Testamentsvollstreckers Angemessenheit / Fälligkeit / Neue Rheinische Tabelle / Aufwändige Grundtätigkeit / Bruttovergütung / Selbstkontrahierungsverbot, § 181 BGB (LG Köln, Urt. v. 26.9.2006 - 18 O 140/05)	Seite 159
	GI Leitsätze	Seite 169
	GI Hinweise	Seite 169



Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

eine Pflicht des Steuerberaters, die **Einholung einer verbindlichen Auskunft des Finanzamts** zu empfehlen, kann nur in Ausnahmefällen gegeben sein. Zum einen ist er – nicht das Finanzamt – der „geborene“ Berater in Steuer-sachen, zum anderen spricht bei aktuellem Beratungsbedarf der Zeitaufwand in der Regel gegen ein Auskunftsverfahren. Dies bestätigt der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 8.2.2007. Er weist ergänzend darauf hin, dass nur bei einschneidenden, später nicht korrigierbaren Dauersachverhalten eine entsprechende Beratung erwartet werden kann.

Noch einmal zum **Unterschriftserfordernis einer Rechtsmittelschrift**: Die **Übersendung einer Textdatei mit eingescannter Unterschrift** aus dem Computer an das Gericht ist formgültig. Wird dagegen der Text ausgedruckt und anschließend mit einem Faxgerät verschickt, muss vorher eine persönliche Unterzeichnung des Ausdrucks durch den Steuerberater oder Anwalt erfolgen (BGH).

Wird die **fristgebundene Berufungsbegründung per Fax** an das Gericht geschickt, ist die Frist gewahrt, wenn der **zur Akte gelangte Ausdruck** den Anforderungen einer Berufungsbegründung gemäß § 520 Abs. 3 ZPO genügt. Unabhängig davon: Die Frist wird eingehalten, wenn im Faxgerät des Gerichts der Schriftsatz vor Fristablauf vollständig gespeichert, d.h. dort empfangen wurde (BGH).

Der BGH bestätigt, dass grundsätzlich **Steuervorteile aus Kapitalanlagen auf den Schadenersatzanspruch** des Geschädigten anzurechnen sind. Denn sie hat er infolge der Schädigung erlangt. Es bleibt aber auch dabei, dass in diesem Zusammenhang geprüft werden muss, ob dem Geschädigten aus dem Schadenersatzanspruch steuerliche Nachteile erwachsen. Diese können durch eine Steuernachforderung des Finanzamts, eine Besteuerung der Schadenersatzleistung oder aus der Zug um Zug gegen die Schadenersatzleistung vorzunehmenden Übertragung der Kapitalanlage entstehen.

Ist dem Steuerberater bekannt, dass der Mandant in einem erworbenen Haus eine Wohnung bewohnt, muss er ihn über die **Möglichkeit einer Eigenheimzulage** belehren. Das Urteil des OLG Brandenburg erörtert auch die Frage der Verjährung nach altem Recht und die Übergangsregelung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz.

Der Steuerberater kann einen **Einspruch**, der nach den ihm vorliegenden Informationen keine Aussicht auf Erfolg hat, auch **ohne Weisung des Mandanten** zurücknehmen. Das setzt aber voraus, dass er ihn vorher darüber informiert hat, keine Rückmeldung erhielt und einen Kontakt zu ihm nicht herstellen konnte. Er kann dann unterstellen, dass der Mandant keine Einwendungen gegen die Auffassung des Finanzamts hat. Mit der Rücknahme entspricht er dessen Kosteninteresse (OLG Naumburg).

Wer sich als **Testamentsvollstrecker** mit Vergütungsfragen befasst, sollte die ausführlich begründete Entscheidung des LG Köln lesen. Sie befasst sich mit deren **Angemessenheit** vor dem Hintergrund von Nachlasswert, Arbeitszeit, aufwändiger Tätigkeit und der Neuen Rheinischen Tabelle.



Mit freundlichen Grüßen
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

GI Aktuell

BFH: Steuerrechtliche Behandlung von Schuldzinsen in einem Cash-Pool

Wer einen als Darlehen empfangenen Geldbetrag nicht dazu nutzt, Aufwendungen im Zusammenhang mit seiner Vermietungstätigkeit zu begleichen, sondern ihn in einen Cash-Pool einbringt, aus dem heraus er später seine Kosten bestreitet, kann nach dem Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 29.3.2007 – IX R 10/06 Schuldzinsen aus diesem Darlehen nicht als Werbungskosten von seinen Einnahmen aus Vermietung abziehen.

Im Streitfall gehörte die klagende GbR zu einer Firmengruppe, in der – zur Verringerung von Finanzierungskosten – ein Cash-Pool-Verfahren praktiziert wurde. Auf der Grundlage eines Generaldarlehensvertrages wurden alle Salden der Bankkonten der Gruppe täglich auf einem Konto einer konzernangehörigen Gesellschaft zusammengeführt, in dem Guthaben abgezogen und Schulden ausgeglichen wurden. Nahm ein Gruppenmitglied – wie die GbR – extern ein Darlehen auf, wurde die Darlehensvaluta am Ende des Auszahlungstags automatisch vom Konto des Mitglieds der Firmengruppe abgezogen und dem Pool gutgeschrieben. Fiel eine Ausgabe bei demselben Gruppenmitglied an, überwies der Pool Geld zurück.

Zivilrechtlich werden die Geldbewegungen innerhalb des Cash-Pools als Darlehen qualifiziert. Im Streitfall musste die GbR aber nach dem Generaldarlehensvertrag für aus dem Pool erhaltene Mittel keine Zinsen zahlen; umgekehrt bekam sie auch keine Zinsen für den von ihr in den Pool (als Darlehen) eingebrachten Geldbetrag, den sie ihrerseits als Darlehen empfangen hatte.

Hieraus ergab sich für den BFH auch die steuerrechtliche Lösung des Falles. Da die GbR keine Zinsen vereinnahmte, konnte sie deshalb auch keine Schuldzinsen aus dem extern aufgenommenen Darlehen als Werbungskosten absetzen. Ein Zusammenhang mit ihrer Vermietungstätigkeit bestand nicht, denn die GbR hatte keine Mittel aus dem extern aufgenommenen Darlehen dazu eingesetzt, ihre mit der Einkünfteerzielung zusammenhängenden Aufwendungen zu begleichen, sondern Mittel aus dem Cash-Pool.

(BFH, Urt. v. 29.3.2007 – IX R 10/06)

Pressemitteilung d. BFH v. 4.7.2007

BFH: Optionskosten sind bei Nichtausübung des Optionsrechts als vergebliche Werbungskosten abziehbar

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) stellt die verbilligte Überlassung von Aktien durch den Arbeitgeber steuerpflichtigen Arbeitslohn dar. Der Vorteil aus einem für Dienstleistungen gewährten Aktienoptionsprogramm führt allerdings erst in dem Zeitpunkt zum Lohnzufluss, in dem die Ansprüche aus den Optionsrechten erfüllt werden. Dabei errechnet sich der Vorteil aus der Differenz zwischen dem üblichen Endpreis der Aktien am Verschaffungstag und den diesbezüglichen Aufwendungen des Arbeitnehmers, zu denen auch Optionskosten zählen.

Der BFH hat mit Urteil vom 3.5.2007 – VI R 36/05 entschieden, dass die Optionskosten als vergebliche Werbungskosten abziehbar sind, wenn die Optionsrechte nicht ausgeübt werden. Maßgeblicher Zeitpunkt ist das Jahr, in dem die Optionsrechte wegen Nichtausübung der Option verfallen.

Im Streitfall hatte der Kläger im Jahr 1997 von seinem Arbeitgeber Aktienoptionsscheine mit Bezugsrecht auf Inhaber-Stammaktien gegen Zahlung von 108.000 DM erworben. Da der Aktienkurs bei Ablauf der Optionszeit im Jahr 1999 unter dem vereinbarten Bezugspreis lag, machte er von seinem Bezugsrecht keinen Gebrauch und ließ damit die Optionsrechte verfallen. Das Finanzamt versagte – anders als jetzt der BFH – den Abzug der Optionskosten als Werbungskosten im Jahr des Verfalls. (BFH, Urt. v. 3.5.2007 – VI R 36/05)

Pressemitteilung d. BFH v. 4.7.2007

BFH: Schuldzinsen für betrieblich aufgenommenes Darlehen sind nach Betriebsaufgabe keine nachträglichen Betriebsausgaben, wenn aus privaten Gründen nicht alle Wirtschaftsgüter zur Deckung der Schulden veräußert werden

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) sind im Fall einer Betriebsaufgabe Schuldzinsen für betrieblich begründete Betriebsausgaben nur insoweit nachträgliche Betriebsausgaben, als die zugrunde liegenden Verbindlichkeiten nicht durch eine mögliche Verwertung von Aktivvermögen beglichen werden können.

Im Urteil vom 28.3.2007 – X R 15/04 hat der BFH nun erkannt, dass Verwertungshindernisse nur dann eine Ausnahme vom Grundsatz des Vorrangs der Schuldenberichtigung rechtfertigen, wenn sie ihren Grund in der ursprünglich betrieblichen Sphäre haben.

Werden Wirtschaftsgüter im Fall einer Betriebsaufgabe ins Privatvermögen übernommen, sind die verbleibenden betrieblichen Verbindlichkeiten – gleichgültig zu welchem Zweck sie aufgenommen worden sind – nun diesen Wirtschaftsgütern zuzuordnen. Werden diese Wirtschaftsgüter dann im Rahmen einer anderen Einkunftsart genutzt, können die Schuldzinsen ggf. als Betriebsausgaben/Werbungskosten steuerlich geltend gemacht werden.

Im Streitfall hatte der Kläger bei Aufgabe seiner gewerblichen Tätigkeit Betriebsvermögen im Wert von ca. 190.000 DM (zwei als Büroräume genutzte Zimmer seines ansonsten zu eigenen Wohnzwecken genutzten Einfamilienhauses sowie Fahrzeuge) aus dem Betriebsvermögen in das Privatvermögen überführt. Das betriebliche Darlehen valutierte im Zeitpunkt der Betriebsaufgabe mit 130.000 DM. Der Kläger nutzte die Büroräume dann im Rahmen seiner nicht selbstständigen Tätigkeit.

Der BFH erkannte die Schuldzinsen nicht als nachträgliche Betriebsausgaben aus der gewerblichen Tätigkeit des Klägers an. Es stehe nicht im Belieben des Unternehmers, im Fall einer Betriebsaufgabe betrieblich veranlasste Verbindlichkeiten zu tilgen. Vorrangig sei die Schuldentilgung und nicht die Befriedigung privater Bedürfnisse. Ein Verwertungshindernis, das eine Ausnahme vom Grundsatz des Vorrangs der Schuldenberichtigung rechtfertige, müsse deshalb seinen Grund in der betrieblichen Sphäre haben.

Diese Voraussetzung liege im Streitfall nicht vor. Der Kläger habe aus privaten Gründen darauf verzichtet, sein privates Wohnhaus zu veräußern. Ein objektives Veräußerungshindernis liege damit nicht vor.

Die auf die Büroräume entfallenden Schuldzinsen könnten jedoch als Werbungskosten bei den Einkünften aus nicht selbstständiger Arbeit (in den Grenzen des § 4 Abs. 5 Nr. 6b EStG) berücksichtigt werden. (BFH, Urt. v. 28.3.2007 – X R 15/04)

Pressemitteilung d. BFH v. 11.7.2007

Steuerberaterhaftung

- Pflicht zur Einholung einer Auskunft des Finanzamts
 - Keine BFH-Entscheidung
 - Literatur- und Rechtsprechungshinweise
 - Beratung zu einem Unternehmensverkauf
 - Zwei unabhängig tätige Steuerberater
- (BGH, Urt. v. 8.2.2007 – IX ZR 188/05)

Leitsätze:

1. Nach dem Gebot des sichersten Weges kann der Steuerberater gehalten sein, die Einholung einer Auskunft des Finanzamts zu empfehlen, wenn die Rechtslage nach Ausschöpfung der eigenen Erkenntnismöglichkeiten ungeklärt ist und die Beratung eine einschneidende, dauerhafte, später praktisch nicht mehr korrigierbare rechtliche Gestaltung betrifft.

2. Zur einkommensteuerrechtlichen Beurteilung des Verkaufs sämtlicher Anteile an einer Kommanditgesellschaft nach einem „Tranchenmodell“.

Zum Sachverhalt:

Die Klägerinnen waren alleinige Gesellschafterinnen einer Kommanditgesellschaft. Anfang 1999 beabsichtigten sie, ihre Gesellschaftsanteile zu veräußern. Sie beauftragten die beklagte, auch aus Steuerberatern und Rechtsanwälten bestehende Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, sie sowohl steuerlich als auch rechtlich bei der Vertragsgestaltung zu beraten.

Dem zunächst mit dem späteren Erwerber ausgehandelten Vertragsentwurf vom 26.8.1999, den die Beklagte am 30.8.1999 erhalten hatte, lag das sog. Tranchenmodell zugrunde. Die KG sollte in eine GmbH & Co. KG umgewandelt werden, der Käufer in einem ersten Schritt 50% der Gesellschaftsanteile (mit 51% der Stimmen) übernehmen, der Kaufpreis von 7 Mio. DM sollte in Teilbeträgen gezahlt werden, davon die erste Hälfte im zweiten Halbjahr 1999 bei gleichzeitigem Ausgleich des negativen Kapitalkontos, die zweite Hälfte in fünf Teilbeträgen jährlich jeweils gegen Übertragung von 10% der Kommanditanteile. Entsprechende Kauf- und Verkaufsverpflichtungen waren vorgesehen.

Nachdem der Rechtsberater des Käufers auf die Möglichkeit hingewiesen hatte, dass die Klägerinnen bereits im Veranlagungszeitraum 1999 den gesamten Veräußerungsgewinn zu ver-

steuern haben würden, brachte der vom Ehemann der Klägerin zu 1) ebenfalls eingeschaltete Steuerberater B. ein Optionsmodell ins Gespräch. Das wurde von der Beklagten in zwei Schreiben an den Käufer aufgegriffen. Unter Beifügung des ursprünglichen Vertragsentwurfs stellte Steuerberater B. am 21.9.1999 einen Antrag auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft an das Finanzamt. Am 27.9.1999 – dem ursprünglich ins Auge gefassten Termin – wurde zwischen den Klägerinnen und dem Erwerber ein Anteilskauf- und Optionsvertrag geschlossen. Am 13.10.1999 bestätigte das Finanzamt die Steuerunschädlichkeit des ursprünglichen Vertragsentwurfs.

In der Folge lehnte es der Erwerber ab, die Kaufoption auszuüben; die Klägerinnen konnten die restlichen Kommanditanteile am 16.8.2000 nur noch zu einem Kaufpreis von 1 Mio. DM an den Erwerber veräußern. Am 1.6.2001 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH & Co. KG eröffnet.

Das Landgericht hat der Klage auf Ersatz der Differenz zwischen dem tatsächlich erzielten und dem nach dem Tranchenmodell zu erlangenden Kaufpreis im Wesentlichen stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit ihrer beschränkt auf den Grund zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Revision ist unbegründet.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Beklagte hatte auf Schadenersatz wegen fehlerhafter Beratung. Sie habe die steuerlichen Risiken des Unternehmensverkaufs nicht rechtzeitig vor dem Abschluss des notariellen Vertrages einer Klärung zugeführt. Zwar habe die Beklagte von Anfang an den schließlich auch vom Finanzamt eingenommenen Standpunkt vertreten. Gleichwohl sei die Rechtslage zunächst nicht geklärt gewesen. Die Beklagte habe es pflichtwidrig unterlassen, die von ihr für richtig gehaltene Auffassung zu belegen und hierzu eine verbindliche Auskunft des Finanzamts rechtzeitig einzuholen. Ohne die Pflichtverletzung wäre es zu einem Abschluss des Vertrages nach dem Tranchenmodell gekommen und dieses hätte auch die Billigung der Finanzbehörden gefunden.

II.

Das angefochtene Urteil hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Die Klägerinnen hatten der Beklagten das Mandat erteilt, sie umfassend sowohl in steuerrechtlicher als auch allgemein in rechtlicher Hinsicht bei dem von ihnen beabsichtigten Unternehmensverkauf zu beraten. Gegenstand der Beratungspflichten der Beklagten war ein steuer- und zivilrechtlich möglichst günstiger Verkauf. Dazu gehörte insbesondere die Aufgabe, eine Versteuerung des gesamten Veräußerungsgewinns im Jahr des Vertragsschlusses zu vermeiden, weil dies für die Klägerinnen finanziell nicht tragbar gewesen wäre. Dabei hatte die Beklagte kraft des erhaltenen Auftrags ihre Mandantinnen umfassend steuerlich zu beraten, ihnen insbesondere den relativ sichersten Weg aufzuzeigen und sie möglichst vor Schaden zu bewahren (vgl. BGH, Urt. v. 3.6.1993 - IX ZR 173/92, NJW 1993, 2799, 2800).

2. Zweck der Steuerberatung ist es, die dem Auftraggeber fehlende Sach- und Rechtskunde auf diesem Gebiet zu ersetzen. Die pflichtgemäße Steuerberatung verlangt daher sachgerechte Hinweise über die Art, die Größe und die mögliche Höhe eines Steuerrisikos, um den Auftraggeber in die Lage zu versetzen, eigenverantwortlich seine Rechte und Interessen zu wahren und eine Fehlentscheidung zu vermeiden (BGHZ 129, 386, 396; BGH, Urt. v. 4.6.1996 - IX ZR 246/95, WM 1996, 1841, 1843; v. 20.10.2005 - IX ZR 127/04, WM 2005, 2345, 2346). **Dies kann die Verpflichtung des Steuerberaters einschließen, den Mandanten auf die Möglichkeit einer verbindlichen Auskunft des Finanzamts hinzuweisen und diese ggf. auch zu beantragen** (OLG Hamburg, GI 1986, 41 [LS]; OLG Düsseldorf, GI 2005, 92, 97 f).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFHE 73, 813, 818 ff; 159, 114, 118 f; BFH/NV 2004, 758 f) waren die Finanzbehörden schon vor Einführung einer allgemeinen gesetzlichen Regelung in § 89 Abs. 2 AO, eingefügt durch Art. 18 Nr. 1 des Förderalismusreform-Begleitgesetzes vom 5. 9.2006 (BGBl I 2006, 2098, 2106), ermächtigt, auch außerhalb der §§ 204 ff AO verbindliche Zusagen zu erteilen. Dies stand zwar im Ermessen der Finanzbehörden. Wie sich jedoch aus den Schreiben des zuständigen Finanzamts vom 13.10.1999 und vom 5.11.2002 ergibt, war dieses bereit, unverzüglich die erbetene Auskunft zu erteilen.

a) Allerdings bedarf die Pflicht, die Einholung einer verbindlichen Auskunft des Finanzamts zu empfehlen, der Eingrenzung. **Hauptaufgabe der steuerberatenden Berufe ist die geschäftsmäßige Hilfeleistung in Steuersachen** (§ 33 StBerG; vgl. Gehre/v. Borstel, StBerG 5. Aufl., § 33 Rdnr. 5). Es ist daher Sache des Steuerberaters, selbst den ihm vorgetragenen Sachverhalt daraufhin zu prüfen, ob er geeignet ist, den vom Auftraggeber erstrebten Erfolg herbeizuführen (BGH, Urt. v. 13.3.1997 - IX ZR 81/96, WM 1997, 1392, 1393).

Rechtsprüfung und Rechtsberatung setzen zwingend die Kenntnis der einschlägigen Rechtsnormen voraus. Notfalls muss sich der steuerliche Berater die mandatsbezogenen Rechtskenntnisse, soweit sie nicht zu seinem präsenten Wissen gehören, ungesäumt verschaffen und sich auch in eine Spezialmaterie einarbeiten (BGH, Urt. v. 22.9.2005 - IX ZR 23/04, WM 2005, 2197, 2198). Regelmäßig braucht der steuerliche Berater daher die **Einholung einer Auskunft des Finanzamts auch dann nicht zu empfehlen, wenn er bei der rechtlichen Durchdringung des ihm unterbreiteten Sachverhalts auf eine Kontroverse in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung oder in der steuerrechtlichen Literatur trifft.**

b) Nach dem **Gebot des sichersten Weges** (vgl. BGH, Urt. v. 21.9.2000 - IX ZR 127/99, WM 2000, 2431, 2435) kann es sich jedoch anders verhalten, wenn die **Rechtslage nach Ausschöpfung der eigenen Erkenntnismöglichkeiten ungeklärt und die Angelegenheit von schwerwiegender Bedeutung für die Entscheidung des Mandanten ist.** Betrifft die Beratung in einem solchen Fall eine **einschneidende, dauerhafte und später praktisch nicht mehr rückgängig zu machende rechtliche Gestaltung**, hat der Steuerberater die Einholung einer Auskunft des Finanzamts zu empfehlen.

3. Die Beklagte trifft der Vorwurf einer schuldhaften Pflichtverletzung. Sie hätte den Klägerinnen nahe legen müssen, eine verbindliche Auskunft so rechtzeitig einzuholen, dass diese noch vor dem Notartermin erteilt werden konnte.

a) Nach § 16 EStG gehören zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb auch Gewinne, die bei der Veräußerung des ganzen Gewerbebetriebs oder des Anteils eines Gesellschafters, der als Unternehmer (Mitunternehmer) des Betriebs anzusehen ist, erzielt werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zu dem inso-

weit gleich gelagerten § 17 Abs. 1 EStG wird der Tatbestand der Veräußerung in dem Zeitpunkt verwirklicht, zu dem die bürgerlich-rechtliche oder die wirtschaftliche Inhaberschaft auf den Erwerber übergeht (vgl. z.B. BFH, Urt. v. 28.2.1990 – I R 43/86, BStBl II 1990, 615, 616; siehe auch Schmidt/Wacker, EStG 25. Aufl., § 16 Rdnr. 121, 440 ff).

Eine **höchstrichterliche Entscheidung** zu der Frage, ob das zunächst ins Auge gefasste Tranchenmodell eine Versteuerung des gesamten Veräußerungsgewinns im Jahr des Zuflusses der ersten Kaufpreistrate zur Folge hat, **lag im Jahr 1999 nicht vor**; auf das von der Revisionserweiterung zitierte Urteil des Bundesfinanzhofs vom 11.7.2006 (VIII R 32/04) kann nicht abgestellt werden (vgl. BGHZ 145, 256, 261 ff). Die von der Revision angeführte Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 29.4.1993 (BStBl II 1993, 666) verhält sich nicht zu der genannten Frage. **Aufgrund verschiedener Äußerungen in Rechtsprechung und Literatur war aber davon auszugehen, dass diese Möglichkeit ernsthaft in Betracht kam.**

Es entsprach schon damals der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, dass dem Käufer eines Anteils an Gesellschaften das wirtschaftliche Eigentum i.S.d. § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO zuzurechnen ist, wenn er bereits eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben hatte, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden konnte, und auch die mit den Anteilen verbundenen wesentlichen Rechte sowie das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen waren (BFHE 141, 509, 513). Mit Urteil vom 10.3.1988 (BStBl II 1988, 832, 834 f) hat der Bundesfinanzhof daher den sofortigen Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums mit Abschluss des notariellen Vertrages auch dann bejaht, wenn der Übergang der Anteile mit einer Befristung versehen war.

In einem Aufsatz über die schrittweise Unternehmens- oder Anteilsveräußerung aus Anlass einer zum 1.1.1990 in Kraft getretenen Neufassung des § 34 EStG hat Blumers (DB 1988, 2317) darauf hingewiesen, dass ungeachtet des Teilverkaufs eines Unternehmens der volle Veräußerungsgewinn schon im Jahr des ersten Verkaufs anfallen kann. In dem aus demselben Anlass verfassten Aufsatz von Weber (DStZ 1989, 118, 119 f, 121) wird ebenfalls die Schwierigkeit der steuerrechtlichen Beurteilung aufgezeigt. Soweit Weber (a.a.O., 121) ein wirtschaftlich ein-

heitliches Rechtsgeschäft auch dann verneinen will, wenn der Neugesellschafter sich verpflichtet, die noch nicht übertragenen Gesellschaftsanteile zu erwerben, betrifft dies den hier nicht gegebenen Fall, dass dem Altgesellschafter u.a. das Stimmrecht entsprechend seiner Beteiligung weiterhin zusteht.

b) Die Entscheidung über die Gestaltung des Unternehmensverkaufs war von schwerwiegender Bedeutung für die Klägerinnen. Das zu veräußernde Unternehmen bildete bis dahin ihre Existenzgrundlage; der Erlös aus dem Verkauf sollte ihrer Alterssicherung dienen. Die Versteuerung des gesamten Veräußerungsgewinns im Veranlagungszeitraum 1999 oder 2000 war für sie finanziell nicht zu verkraften und musste daher „unbedingt“ vermieden werden. Die von der Beklagten geschuldete Beratung betraf daher eine einschneidende, dauerhafte und später praktisch nicht mehr rückgängig zu machende Vertragsgestaltung.

c) Die Heranziehung von Steuerberater B. durch den Ehemann der Klägerin zu 1) entband die Beklagte nicht von ihrer Pflicht, rechtzeitig die Einholung einer verbindlichen Auskunft zu empfehlen. **Beauftragt ein Mandant nebeneinander zwei voneinander unabhängig tätige rechtliche Berater, so haben beide einen eigenständigen Pflichten- und Verantwortungsbereich. Keiner ist in seinem Pflichtenkreis als Erfüllungsgehilfe des anderen i.S.d. § 278 BGB tätig** (vgl. BGH, Urt. v. 17.12.1987 – IX ZR 41/86, NJW 1988, 1079, 1082; v. 24.3.1988 – IX ZR 114/87, NJW 1988, 3013, 3014). Selbst wenn die Berater voneinander wissen, darf keiner seine eigenen Pflichten im Vertrauen darauf vernachlässigen, der andere werde die seinen erfüllen (BGH, Urt. v. 8.7.1993 – IX ZR 242/92, NJW 1993, 2676, 2677).

Die Ansicht der Revision, die Einholung der verbindlichen Auskunft sei allein Sache des Steuerberaters B. gewesen, kann sich nicht auf entsprechende Feststellungen stützen. Aus dem von ihr angeführten Schreiben dieses Steuerberaters vom 26.8.1999 ergibt sich das keineswegs. Die gegenteilige Wertung der Revision verstößt auch gegen die tatrichterlichen Feststellungen zum Umfang des Mandats der Beklagten. Im Übrigen würde sie die Annahme einer in erster Linie den Steuerberater B. treffenden Pflicht, die verbindliche Auskunft zu beantragen, nicht entlasten. **Denn dann hätte das Ausbleiben einer rechtzeitigen Antragstellung sie veranlassen müssen, selbst einzugreifen**

(vgl. BGH, Urt. v. 19.7.2001 – IX ZR 246/00, NJW 2001, 3477, 3478).

d) Das von Steuerberater B. im Schreiben vom 30.8.1999 an die Beklagte erwähnte und von dieser mit Schreiben vom 15. und 21.9.1999 an die Käuferseite weitergetragene Optionsmodell mag zwar geeignet gewesen sein, das beschriebene steuerliche Risiko zu vermeiden. Es verschaffte dem Käufer jedoch eine ungleich stärkere zivilrechtliche Stellung, die schließlich dazu führte, dass die zunächst in der Hand der Klägerinnen verbliebenen Gesellschaftsanteile nur zu einem erheblich geringeren Kaufpreis veräußert werden konnten.

e) Ob und in welcher Weise sich die durch Art. 10 Nr. 9 des Jahressteuergesetzes 2007 vom 13.12.2006 (BGBl I 2006, 2878, 2902) eingeführte Gebührenlast (vgl. § 89 Abs. 3 bis 5 AO) auf die Pflicht des Steuerberaters auswirkt, ggf. die Einholung einer verbindlichen Auskunft des Finanzamts zu empfehlen, bedarf hier keiner Entscheidung.

f) Entgegen der Auffassung der Revision ist es nicht „rein spekulativ“, ob die Beklagte **noch vor dem Notartermin am 27.9.1999 eine Auskunft des zuständigen Finanzamts hätte herbeiführen können**. Das Berufungsgericht hat diese Möglichkeit in tatrichterlicher Würdigung bejaht; Rechtsfehler vermag die Revision nicht aufzuzeigen. Der Vertragsentwurf lag der Beklagten, die bereits mit den steuerrechtlichen Fragen des beabsichtigten Unternehmensverkaufs befasst war, seit Ende August 1999 vor; der Entwurf wies keine für die Beurteilung der steuerrechtlichen Fragen erheblichen Lücken auf. Spätestens von diesem Zeitpunkt an konnte die Beklagte auch die formellen Anforderungen, die nach dem Schreiben des Bundesministers der Finanzen vom 24.6.1987 (BStBl I 1987, 474) an einen Antrag auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft zu stellen waren, erfüllen.

4. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Klägerinnen einer Empfehlung, eine verbindliche Auskunft des Finanzamts einzuholen, gefolgt wären und dass diese – inhaltsgleich mit der später erteilten Auskunft vom 13.10.1999 – rechtzeitig vor Abschluss des notariellen Vertrages am 27.9.1999 eingegangen wäre (zur Maßgeblichkeit der mutmaßlichen Behördenentscheidung insoweit vgl. BGH, Urt. v. 3.6.1993 – IX ZR 173/92, NJW 1993, 2799, 2801 f.; v. 28.9.1995 – IX ZR 158/94, NJW 1995, 3248, 3249).

Die Vorinstanz hat sich ferner die Gewissheit verschafft, dass auch die Käuferseite nach einer rechtzeitigen positiven Auskunft des Finanzamts an dem zunächst ausgehandelten Tranchenmodell festgehalten hätte. Soweit die Revision dies in Zweifel zieht, versucht sie lediglich, ihre Würdigung an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen; damit kann sie im Revisionsverfahren keinen Erfolg haben.

Die Feststellungen des Berufungsgerichts sind auch nicht verfahrensfehlerhaft zustande gekommen. Der in der Berufungsbegründung unter Beweis gestellten Behauptung der Beklagten, der Käufer sei nicht mehr bereit gewesen, von der Optionslösung abzuweichen, brauchte das Berufungsgericht nicht nachzugehen. Es hat mit Recht darauf abgestellt, dass die Beklagte verpflichtet war, rechtzeitig die steuerliche Seite des geplanten Unternehmensverkaufs zu klären und das weitere Vorgehen – auch gegenüber der Käuferseite – danach auszurichten.

Die durch die verspätete Einholung der verbindlichen Auskunft des Finanzamts nicht rechtzeitig beseitigte Unsicherheit in der steuerrechtlichen Beurteilung führte dazu, dass die Vertragsparteien das Optionsmodell vereinbarten. Wenn dieses dem Käufer wirtschaftlich so attraktiv erschien, dass er nicht mehr bereit war, davon abzugehen, ist dies der Beklagten zuzurechnen, weil diese dem Käufer kurz vor dem Notartermin das Optionsmodell schriftlich angetragen hatte. Damit hat sie die vom Berufungsgericht festgestellte **Fehlberatung** fortgesetzt.

5. Der entstandene **Schaden** ist der Beklagten zuzurechnen. Dem steht nicht entgegen, dass der den Klägerinnen entgangene Gewinn Folge der zivilrechtlichen Gestaltung des Anteilskauf- und Optionsvertrages vom 27.9.1999 war. Die Beklagte war nach den Feststellungen der Vorinstanzen verpflichtet, die Klägerinnen auch in (zivil-)rechtlicher Hinsicht zu beraten. Selbst wenn sich aber das Mandat auf die steuerrechtliche Seite des Unternehmensverkaufs beschränkt hätte, stünde die Zurechnung des Schadens nicht infrage. **Denn die richtige Beratung über die steuerlichen Fragen war Voraussetzung für den angestrebten möglichst günstigen Unternehmensverkauf. Der durch dessen zivilrechtliche Gestaltung entstandene Schaden wird daher vom Schutzzweck der verletzten Beratungspflicht umfasst** (vgl. BGH, Urt. v. 18.1.2007 – IX ZR 122/04, z.V.b.).

Zwar steht es im Ermessen des Finanzamts, eine verbindliche Auskunft zu erteilen. Nach der Rechtsprechung des Senats ist bei Verwaltungsentscheidungen danach zu unterscheiden, ob der Behörde ein Ermessen eingeräumt war. Ist dies zu bejahen, hat der Regressrichter festzustellen, welche Entscheidung die Behörde tatsächlich getroffen hätte (*BGH, Urt. v. 23.11.1995 – IX ZR 225/94, NJW 1996, 842, 843*). Hier haben die Vorinstanzen festgestellt, **dass das Finanzamt die erbetene Auskunft, so wie später geschehen, fristgerecht erteilt hätte**. Entschloss sich das zuständige Finanzamt jedoch, die begehrte Auskunft zu erteilen, war es inhaltlich an Gesetz und Recht gebunden. Daher ist insoweit **grundsätzlich darauf abzustellen, wie die Behörde richtigerweise hätte entscheiden müssen** (*BGHZ 145, 256, 260; Fischer in: Zuehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltschaft 2. Aufl., Rdnr. 1067*).

Ob hier im Blick auf den Schutzzweck der verletzten Vertragspflicht eine Ausnahme von den Regeln des normativen Schadenbegriffs zu machen ist, bedarf keiner Entscheidung. **Denn die später erteilte Auskunft war richtig**. Auch nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs ist für die Frage des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums im Rahmen einer **Gesamtbildbetrachtung** darauf abzustellen, ob der Käufer bereits eine rechtlich geschützte Erwerbsposition, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann, erlangt hat und ob die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte sowie das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen sind (*BFH, DB 2006, 2665*).

Der dem Tranchenmodell folgende Entwurf eines Anteilskauf- und Übertragungsvertrages sah in § 17 einen variablen Kaufpreisteil vor. Danach sollte sich der Preis im Falle einer Steigerung der Umsatzerlöse, des Rohertrags und des Betriebsergebnisses um jeweils festgesetzte Prozentsätze erhöhen. Folglich sollte die Chance einer Wertsteigerung noch in wesentlichem Umfang bei den Klägerinnen als Verkäuferinnen verbleiben. Des Weiteren war in dem Entwurf eines Gesellschaftsvertrages vorgesehen, dass in erheblichem Umfang die Gesellschafterversammlung mit einer Mehrheit von 3/4 der abgegebenen Stimmen entscheidet. Das sollte etwa für die Erhöhung des Kommanditkapitals (§ 3 Abs. 4), die weitere Änderung des Gesellschaftsvertrages, die Änderung der Konten, den Jahresabschluss und die Ergebnisverwendung (§ 8) gelten. Schließlich verblieb

nach § 12 das Gewinnbezugsrecht im Umfang der zunächst zurückbehaltenen Gesellschaftsanteile bei den Klägerinnen. **Insgesamt kann nach dem Gesamtbild nicht von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an den zunächst bei den Klägerinnen verbliebenen Anteilen gesprochen werden.**

6. Die Frage, ob die nur zum Grund zugelassene Revision der Beklagten sich darauf berufen kann, den Klägerinnen sei kein Schaden entstanden, bedarf keiner Klärung (*vgl. dazu Musielak, ZPO 5. Aufl., § 304 Rdnr. 16 ff*). **Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der umgewandelten Gesellschaft führt nicht zu einem Wegfall des Kaufpreisanspruchs der Klägerinnen**. Zwar folgt hieraus ein nachträgliches Leistungshindernis, wenn im Insolvenzzeitpunkt nach dem Tranchenmodell noch nicht alle Kommanditanteile an den Erwerber übertragen worden waren (*vgl. RGZ 143, 20, 21 ff; BGHZ 24, 279, 297*). Das Berufungsgericht hat aber in tatrichterlicher Auslegung der hier gegebenen Vertragsgestaltung angenommen, dass dieses Risiko vom Käufer der Gesellschaftsanteile übernommen worden war.

Nach § 324 Abs. 1, § 440 Abs. 1 BGB a.F. behält der Verkäufer den Anspruch auf den Kaufpreis, wenn der Käufer das Risiko eines Leistungshindernisses übernommen hat. Ob dies der Fall ist, ist mangels einer ausdrücklichen vertraglichen Risikoübernahme im Wege der Auslegung des Vertrages zu erforschen (*vgl. BGHZ 74, 370, 377 f; BGH, Urt. v. 16.2.1956 – II ZR 141/54, LM § 324 BGB Nr. 1; v. 7.2.1969 – V ZR 112/65, NJW 1969, 837, 838; v. 25.3.1998 – VIII ZR 244/97, NJW 1998, 2284, 2286*). Die hierfür erforderlichen Anhaltspunkte (*MünchKomm-BGB/Emmerich 4. Aufl., § 324 Rdnr. 14, 15, 18; RGRK/Ballhaus, BGB 12. Aufl., § 324 Rdnr. 9; Palandt/Heinrichs, BGB 61. Aufl., § 324 Rdnr. 6*) hat das Berufungsgericht in § 17 des dem Tranchenmodell folgenden Vertragsentwurfs vom 26.8.1999 gefunden. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der beiderseits interessengerechten Vertragsauslegung liegt hierin nicht.

7. Da sich die allein zum Grund zugelassene Revision als unbegründet erweist, sind die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Schadenhöhe einer revisionsrechtlichen Überprüfung entzogen (*vgl. Zöller/Gummer, ZPO 26. Aufl., § 543 Rdnr. 23*). Die gegen die Nichtzulassung der Revision zur Höhe des zuerkannten Anspruchs gerichtete Beschwerde der Beklagten hat der Senat mit Beschluss vom 6.7.2006 zurückgewiesen.

Rechtsmittel per Computer/Faxgerät

- Eingescannte Unterschrift
- Unterschriftserfordernis, § 130 Nr. 6 ZPO
(BGH, Beschl. v. 10.10.2006 - XI ZB 40/05)

Leitsatz:

Eine eingescannte Unterschrift des Prozessbevollmächtigten in einem bestimmenden Schriftsatz genügt nicht den Formerfordernissen des § 130 Nr. 6 ZPO, wenn der Schriftsatz mit Hilfe eines normalen Faxgeräts und nicht unmittelbar aus dem Computer versandt wurde.

Aus den Gründen:

I.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 29.4.2005, zugestellt am 3.5.2005, die Vollstreckungsgegenklage der Kläger abgewiesen. Mit Schriftsatz vom 3.6.2005 haben sie gegen die Entscheidung Berufung eingelegt. Die per Telekopie beim Oberlandesgericht am selben Tag eingegangene Berufungsschrift ist von ihrem Prozessbevollmächtigten nicht unterschrieben worden, sondern weist eine eingescannte Unterschrift auf. Das am 7.6.2005 beim Berufungsgericht eingegangene Original der Rechtsmittelschrift schließt mit einem handschriftlichen Namenszug ab, der mit der eingescannten Unterschrift nicht übereinstimmt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, der mit normalem Faxgerät übermittelte Schriftsatz vom 3.6.2005 erfülle nicht die an eine formgerechte und damit fristwahrende Einlegung der Berufung zu stellenden Anforderungen. Bestimmende Schriftsätze im Anwaltsprozess müssten von einem bei dem Rechtsmittelgericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein, weil nur mit der Unterschrift der Nachweis geführt werde, dass er die Verantwortung für den Inhalt der Rechtsmittel- oder Rechtsmittelbegründungsschrift übernehme.

Die in der Entscheidung des Gemeinsamen Senats vom 5.4.2000 (NJW 2000, 2340) noch für zulässig gehaltene Ersetzung der Unterschrift durch den Hinweis, dass der benannte Urheber wegen der gewählten Übertragungsform nicht unterzeichnen könne, habe der Bundesgerichts-

hof in seinem Urteil vom 18.5.2005 (NJW 2005, 2086) für eine als Computerfax bei Gericht eingegangene Berufungsbegründung mit Rücksicht auf die Neufassung des § 130 Nr. 6, 2. Halbsatz ZPO nicht mehr als ausreichend erachtet, sondern ein technisch ohne weiteres mögliches Einscannen der Unterschrift gefordert. Da er sich damit gegen eine nicht durch technische Notwendigkeiten begründete Aufgabe oder Einschränkung des Schriftformerfordernisses ausgesprochen habe, reiche eine eingescannte Unterschrift unter einem mit normalem Faxgerät übermittelten Schriftsatz zur Wirksamkeit der Berufung nicht aus.

Ein von der Rechtsprechung anerkannter Ausnahmefall liege nicht vor. Das Fehlen der Unterschrift des Prozessbevollmächtigten könne zwar unschädlich sein, wenn sich aus anderen Umständen eine der Unterschrift vergleichbare Gewähr dafür ergebe, dass er die Verantwortung für den Inhalt des bestimmenden Schriftsatzes übernommen habe. Hierbei könnten aber nur solche Umstände berücksichtigt werden, die spätestens bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist bekannt geworden seien.

Dies sei hier schon deshalb nicht der Fall, weil das Original der Berufungsschrift erst nach Ablauf der Berufungsfrist beim Gericht eingegangen sei. Zudem bestünden Zweifel an einer durch den Prozessbevollmächtigten der Kläger autorisierten Einlegung der Berufung innerhalb der Rechtsmittelfrist, da die Unterschriften auf der Telekopie und auf dem Original nicht identisch seien.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Rechtsbeschwerde der Kläger.

II.

Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO), aber unzulässig. Die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO, die auch bei einer Rechtsbeschwerde gegen einen die Berufung als unzulässig verwerfenden Beschluss gewahrt sein müssen (BGHZ 151, 42, 43; 151, 221, 223; Senatsbeschl. v. 22.11.2005 - XI ZB 43/04, NJW-RR 2006, 284), sind nicht erfüllt.

1. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) nicht erforderlich. Die von ihr aufgeworfene Frage, ob eine Unterschrift des Prozessbevollmächtigten

bei einer per Telefax übermittelten Berufung zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung ist, hat auch keine grundsätzliche Bedeutung, sondern ist seit Langem höchstrichterlich geklärt.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen Rechtsmittel- und Rechtsmittelbegründungsschriften als bestimmende Schriftsätze im Anwaltsprozess grundsätzlich **von einem beim Rechtsmittelgericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet** sein (§ 520 Abs. 5, § 130 Nr. 6 ZPO), **da mit der Unterschrift der Nachweis geführt wird, dass der Berufungs- oder Revisionsanwalt die Verantwortung für den Inhalt der Rechtsmittelbegründungsschrift übernimmt** (siehe z.B. BGHZ 97, 283, 284 f.; BGH, Urt. v. 31.3.2003 – II ZR 192/02, NJW 2003, 2028; BGH, Beschl. v. 15.6.2004 – VI ZB 9/04, NJW-RR 2004, 1364; siehe ferner Senatsbeschl. v. 23.11.2004 – XI ZB 4/04, NJW-RR 2005, 435, 436 und Senatsurt. v. 10.5.2005 – XI ZR 128/04, NJW 2005, 2086, 2087). Dass in der Literatur (Zöller/Greger, ZPO 25. Aufl., § 130 Rdnr. 21 f. m.w.N.) das Unterschriftserfordernis vereinzelt nicht mehr als zeitgemäß angesehen wird, verschafft der Rechtssache entgegen der Auffassung der Kläger keine grundsätzliche Bedeutung.

b) Allerdings hat die höchstrichterliche Rechtsprechung im Hinblick auf den **technischen Fortschritt** in einem erheblichen Umfang Ausnahmen von dem Unterschriftserfordernis zugelassen. **So hat die Rechtsprechung bereits früh die Übermittlung einer Rechtsmittelschrift und anderer bestimmender Schriftsätze durch ein Telegramm oder mittels Fernschreiben für zulässig erachtet** (vgl. die Nachweise bei BGHZ 144, 160, 162 ff). Auch die **Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax** ist in allen Gerichtszweigen uneingeschränkt zulässig (vgl. BGHZ, a.a.O., 164).

Für eine durch **Computerfax** übermittelte Berufungsbegründung hat der Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes entschieden (BGHZ 144, 160, 164 f), **dass in Prozessen mit Vertretungszwang bestimmende Schriftstücke formwirksam durch elektronische Übertragung einer Textdatei mit eingescannter Unterschrift auf ein Faxgerät des Gerichts übermittelt werden können**. Auf eine eigenhändige Unterzeichnung von Rechtsmittelbegründungsschriften ist allerdings, wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat, nur dann und insoweit verzichtet worden, wie technische Gegebenheiten einen solchen Verzicht erforderlich machen. Das ist hier nicht der Fall.

Wird der bestimmende Schriftsatz – wie hier – mittels eines normalen Telefaxgeräts übermittelt, so kann der ausgedruckt vorliegende, per Fax zu übermittelnde Schriftsatz von dem Rechtsanwalt ohne weiteres unterschrieben werden. Mangels technischer Notwendigkeit hat der Bundesgerichtshof es daher seit jeher abgelehnt, in einem solchen Fall auf das Unterschriftserfordernis zu verzichten (BGH, Beschl. v. 11.10.1989 – IVa ZB 7/89, WM 1989, 1820, 1821) oder das bloße Einscannen der Unterschrift genügen zu lassen (BGH, Beschl. v. 6.7.2006 – V ZR 260/05, Umdruck S. 2). Daran hält der Senat fest.

c) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde **verlangt die Neufassung des § 130 Nr. 6 ZPO nicht stets lediglich die Wiedergabe der Unterschrift in Kopie**. Zwar fordert Halbsatz 2 dieser Vorschrift für den durch einen Telefaxdienst übermittelten bestimmenden Schriftsatz nur „die Wiedergabe der Unterschrift in Kopie“. Der weit gefasste Wortlaut erklärt sich aber ohne weiteres daraus, dass der Gesetzgeber in Anlehnung an die gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung (zur Entstehungsgeschichte der Bestimmung vgl. Senatsurt. v. 10.5.2005, a.a.O., 2087) gewisse Ausnahmen vom Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift zulassen wollte.

Die unterschiedliche rechtliche Behandlung beider Fälle – Übermittlung des bestimmenden Schriftsatzes **per Computerfax oder aber mit Hilfe eines normalen Faxgeräts** – ist entgegen der Ansicht der Kläger auch sachlich berechtigt. Anders als bei einer eigenhändigen Unterschrift ist bei einer eingescannten Unterschrift nicht gewährleistet, dass der Rechtsanwalt die Verantwortung für die Rechtsmittelbegründungsschrift übernimmt und es sich nicht lediglich um einen vom Rechtsanwalt nicht geprüften Entwurf handelt. Dass sich die Authentizität der Unterschrift in aller Regel nur zuverlässig feststellen lässt, wenn der Schriftsatz mit der eigenhändigen Unterschrift beim Gericht im Original eingeht, steht einer unterschiedlichen rechtlichen Behandlung einer per normalem Fax übermittelten eigenhändig unterzeichneten Rechtsmittelschrift und einer solchen mit lediglich eingescannter Unterschrift schon deshalb nicht entgegen, weil es nicht die Aufgabe des Unterschriftenfordernisses ist, Fälschungen zu verhindern (vgl. BGH, Urt. v. 24.6.2001 – VIII ZR 58/01, NJW 2001, 2888 f).

2. Das Berufungsgericht hat entgegen der Auffassung der Kläger auch ihr Verfahrensgrundrecht auf Gewährung wirkungsvollen Rechts-

schutzes (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip) nicht verletzt. Dieses gebietet es, den Prozessparteien den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise zu erschweren (BVerfGE 41, 323, 326 f; 41, 332, 334 f; 69, 381, 385; BVerfG, NJW 2005, 814, 815; BGHZ 151, 221, 227).

Das ist durch das vom Berufungsgericht für notwendig erachtete Erfordernis einer Unterschrift nicht geschehen. Der Prozessbevollmächtigte der Kläger hätte, wie dargelegt, aufgrund der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom Erfordernis einer Unterschrift als Wirksamkeitsvoraussetzung bestimmender Schriftsätze ausgehen und dem Rechnung tragen müssen. Das wäre ihm durch eigenhändige Unterzeichnung der ausgedruckten Berufungsschrift problemlos und ebenso leicht möglich gewesen wie das Einscannen seiner Unterschrift mit Hilfe eines Computers.

Rechtsmittel per Telefax

– Unvollständige Übermittlung?
(BGH, Beschl. v. 5.9.2006 – VI ZB 7/06)

Leitsatz:

Wird eine per Telefax übertragene Berufungsbegründungsschrift vor Fristablauf nur unvollständig übermittelt, hat das Berufungsgericht zu prüfen, ob der vom Telefaxgerät des Gerichts empfangene Teil den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Berufungsbegründung genügt.

Aus den Gründen:

I.

Die Klägerin nimmt den Beklagten wegen eines behaupteten ärztlichen Behandlungsfehlers auf Ersatz materieller und immaterieller Schäden in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 16.6.2005 abgewiesen. Dieses Urteil ist dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin am 22.6.2005 zugestellt worden. Am 22.7.2005 hat die Klägerin Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat die Berufungsbegründungsfrist antragsgemäß verlängert, zuletzt bis zum 7.10.2005.

An diesem Tag sind beim Oberlandesgericht zwei Telefaxe des Prozessbevollmächtigten der Klägerin eingegangen. Der Ausdruck des ersten, um 22.43 Uhr eingegangenen Faxschreibens enthält – in etwas verkleinerter Darstellung – die erste Seite sowie den Anfang der zweiten Seite der Berufungsbegründung. Das zweite, um 22.46 Uhr eingegangene Telefax entspricht der vierten (und letzten) Seite der von dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin unterzeichneten Berufungsbegründungsschrift. Das vierseitige Original dieses Schriftsatzes ist am 11.10.2005 beim Oberlandesgericht eingegangen.

Auf Hinweis des Gerichts, dass die Berufung nicht fristgerecht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form begründet worden sei, hat die Klägerin Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und geltend gemacht, bei der Übermittlung der Berufungsbegründungsschrift sei ein älteres Faxgerät verwendet worden, welches mehrere nahtlos nacheinander eingegebene Seiten zu einer Seite zusammenfasse. Sie hat unter Vorlage des Tätigkeitsberichts des Sendegeräts, des Statusberichts des Empfangsgeräts sowie einer Einzelverbindungsübersicht der Deutschen Telekom AG vorgetragen, die erste Übermittlung habe zwei Minuten und 19 bzw. 23 Sekunden gedauert, die zweite 48 bzw. 50 Sekunden. Das erkläre sich dadurch, dass mit dem ersten Übermittlungsvorgang die ersten drei Seiten des Schriftsatzes und nach erneuter Anwahl der Telefaxnummer des Oberlandesgerichts mit der zweiten Übermittlung die vierte Seite der Berufungsbegründung gesendet worden seien. Mithin sei die Berufungsbegründung innerhalb der Frist vollständig übermittelt worden.

Dafür spreche auch, dass beide Übermittlungsvorgänge ausweislich des Tätigkeitsberichts des Sendegeräts („I.O.“) und des Statusberichts des Empfangsgeräts („OK“) erfolgreich gewesen seien. Dass das Empfangsgerät beim ersten Sendevorgang 1 1/4 Seiten des Originalschriftsatzes auf einem Blatt ausgedruckt und den Empfang nur einer Seite protokolliert habe, könne auf einem Papierstau bei diesem Gerät beruhen. Es sei auch nicht auszuschließen, dass aufgrund des schnellen Einzugs beim Sendegerät, bei dem drei Seiten als eine behandelt worden seien, bei dem Empfangsgerät ein Datenstau aufgetreten sei, der zur Folge gehabt habe, dass dieses Gerät nicht mehr in der Lage gewesen sei, die als Seiten 2 und 3 empfangenen Datenmengen ordnungsgemäß auszudrucken. Dies könne auch der Grund dafür sein, dass

bezüglich des ersten Sendevorgangs im Protokoll nur eine Seite als empfangen ausgewiesen worden sei.

Zum Beweis hat die Klägerin die Einholung eines Sachverständigengutachtens beantragt und sich hilfsweise auf das Zeugnis des Geschäftsführers des Herstellers des Sendegeräts berufen.

Mit Beschluss vom 8.12.2005 hat das Oberlandesgericht den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die per Telefax eingegangenen zusammenhanglosen Seiten enthielten keine ordnungsgemäße Begründung des Rechtsmittels. Die darin enthaltenen Ausführungen seien lückenhaft, ergäben keinen Sinnzusammenhang und ließen die Berufungsgründe, auf die das Rechtsmittel gestützt werden solle, nicht hinreichend erkennen. Insbesondere fehle der tragende Berufungsgrund, wie er auf Seite 2 der nach Fristablauf eingereichten Berufungsbegründung zu finden sei.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei unbegründet. Die Klägerin habe nicht dargetan, ohne Verschulden an der Wahrung der Berufungsbegründungsfrist gehindert gewesen zu sein. Ihr Prozessbevollmächtigter, dessen Verschulden sie sich zurechnen lassen müsse, hätte bei Wahrnehmung der gebotenen Sorgfalt bemerken müssen, dass nur zwei und nicht vier Seiten seines Schriftsatzes übermittelt worden seien.

Für fristgebundene Schriftsätze habe bei ihm eine wirksame Ausgangskontrolle gefehlt. Aus dem Tätigkeitsbericht des Sendegeräts und dem Statusbericht des Empfangsgeräts gehe hervor, dass bei beiden Übermittlungsvorgängen jeweils nur eine Seite übertragen worden sei. Dies hätte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin bemerken und überwachen müssen, zumal er nach eigenen Angaben ein – in seiner Privatwohnung stehendes – veraltetes und zu Defekten neigendes Faxgerät benutzt habe. Dies hätte eine sofortige Ausgangskontrolle zwingend erforderlich gemacht, die jedoch unterblieben sei. Nach den vorgelegten Unterlagen sei davon auszugehen, dass der Fehler bereits beim Sendevorgang aufgetreten sei. Für einen Papierstau im Empfangsgerät sei nichts ersichtlich.

Gegen diesen Beschluss wendet sich die Klägerin mit der Rechtsbeschwerde.

II.

1. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß §§ 574 Abs. 1 Nr. 1, 238 Abs. 2 Satz 1, 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthaft. Sie ist auch im Übrigen zulässig, weil nach § 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert (vgl. BVerfGE 79, 372, 376 f = NJW 1989, 1147; BVerfG, NJW-RR 2002, 1004).

2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

a) Das Berufungsgericht durfte die Berufung nicht mit der Begründung als unzulässig verworfen, die Berufungsbegründung sei verspätet eingegangen. Ersichtlich geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Berufungsbegründungsfrist nicht gewahrt sei, weil der Schriftsatz mit der vollständigen Berufungsbegründung vorliegend erst am 11.10.2005 und damit nach Fristablauf eingereicht worden ist. Dabei lässt es verfahrensfehlerhaft den unter Beweis gestellten Vortrag der Klägerin außer Acht, **dass die Berufungsbegründung am 7.10.2005 vorab vollständig per Telefax übermittelt worden sei.** Träfe dies zu, wäre es unschädlich, dass der auf diese Weise übersandte Schriftsatz nicht vollständig ausgedruckt worden ist.

Wird der Inhalt einer Berufungsbegründungsschrift mittels Telefax nämlich vollständig durch elektrische Signale vom Sendegerät des Prozessbevollmächtigten zum Empfangsgerät des Rechtsmittelgerichts übermittelt, **dort aber infolge technischer Störungen (etwa eines Papierstaus) nicht vollständig und fehlerfrei ausgedruckt, so ist dennoch von einem im Zeitpunkt der Telefaxübermittlung erfolgten Eingang des Schriftsatzes auszugehen, wenn sein der Übertragung zugrunde liegender Inhalt anderweitig einwandfrei erkennbar ist** (Senatsbeschl. v. 19.4.1994 – VI ZB 3/94, VersR 1994, 745). Für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Eingangs eines per Telefax übersandten Schriftsatzes kommt es im Übrigen nicht darauf an, ob die übermittelten Daten vom Empfangsgerät vor Fristablauf vollständig ausgedruckt worden sind; **vielmehr genügt es, dass die gesendeten Signale noch vor Ablauf des letzten Tages der Frist vom Telefaxgerät des Gerichts vollständig empfangen (gespeichert) worden sind** (BGH, Beschl. v. 25.4.2006 – IV ZB 20/05, NJW 2006, 2263, 2265 f). Ob dies vorliegend der Fall gewesen ist, kann indessen dahinstehen, weil die Berufungsbegründungsfrist hier aus anderen Gründen gewahrt ist.

b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts genügt der aufgrund der Telefaxübertragung vom 7.10.2005 ausgedruckte und zur Akte gelangte Teil der Berufungsbegründung den Anforderungen gemäß § 520 Abs. 3 ZPO. **Der Schriftsatz enthält neben der nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 ZPO erforderlichen Erklärung, inwieweit das landgerichtliche Urteil angefochten und welche Abänderungen des Urteils beantragt werden (Berufungsanträge), auch die Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergeben (§ 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO).** So hat die Klägerin u.a. einen **Verstoß gegen die richterliche Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO gerügt** und geltend gemacht, das Landgericht habe ihr nach dem im frühen ersten Termin erteilten Hinweis, dass es die Klage für unschlüssig halte, verfahrensfehlerhaft keine Gelegenheit gegeben, ihr Vorbringen zu ergänzen.

Darüber hinaus hat die Klägerin die Ausführungen des Erstgerichts beanstandet, dass ausreichender Sachvortrag zu dem behaupteten Behandlungsfehler des Beklagten und zur Kausalität eines etwaigen Fehlers für den eingetretenen Gesundheitsschaden fehle. Dazu hat sie unter Beweisantritt vorgetragen, der Beklagte hätte schon im Herbst 2000 oder im Frühjahr 2001 eine Kontroll-Mammographie veranlassen müssen. Wäre diese erfolgt, hätte ihre Brust vollständig oder doch teilweise erhalten werden können.

Dieses Vorbringen genügt den gesetzlichen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Berufungsbegründung. Zur Darlegung der Fehlerhaftigkeit der angefochtenen Entscheidung ist nämlich lediglich die Mitteilung der Umstände erforderlich, die das Urteil aus der Sicht des Berufungsklägers infrage stellen. **Besondere formale Anforderungen werden dafür nicht gestellt;** für die Zulässigkeit der Berufung ist insbesondere ohne Bedeutung, ob die Ausführungen in sich schlüssig oder rechtlich haltbar sind (BGH, Beschl. v. 21.5.2003 - VIII ZB 133/02, NJW-RR 2003, 1580).

c) Da die Berufung hiernach fristgerecht begründet worden ist, ist der angefochtene Beschluss des Berufungsgerichts insgesamt aufzuheben. Das Wiedereinsetzungsverfahren ist gegenstandslos. Das Berufungsgericht hat nunmehr sachlich über die Berufung zu entscheiden (vgl. BGH, Beschl. v. 15.2.1995 - XII ZB 7/95, NJW 1995, 2112, 2113).

Schadenersatz bei Kapitalanlagen

- Steuervorteile
- Immobilienfonds
- Schadenersatzanspruch gegen Vermittler (BGH, Urt. v. 17.11.2005 - III ZR 350/04)

Leitsatz:

Zur Frage der Anrechnung steuerlicher Vorteile auf einen gegen den Vermittler der Beteiligung an einem Immobilienfonds als Kommanditist gerichteten Schadenersatzanspruch - auf Erstattung der gezahlten Einlage, Zug um Zug gegen Abtretung der Beteiligung -, wenn die Kommanditgesellschaft nicht die Erzielung von Einkünften aus Gewerbebetrieb, sondern von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung bezweckt.

Zum Sachverhalt:

Die Kläger zu 1) und 2) sowie die damalige Ehefrau des Klägers zu 3) zeichneten durch Vermittlung der Beklagten zu 2) Beteiligungen an Immobilienfonds als Kommanditisten, und zwar die Klägerin zu 1) und die Ehefrau des Klägers zu 3) mit Beitrittserklärungen vom 7. und 26.5.1997 je eine Beteiligung in Höhe von 500.000 DM bzw. 600.000 DM, jeweils zzgl. 5% Agio, an der D.D.C. A. Grundstücks-Entwicklungs-GmbH & Co. KG und der Kläger zu 2) mit Beitrittserklärung vom 3.12.1997 eine Beteiligung in Höhe von 300.000 DM zzgl. 5% Agio an dem Grundrenditefonds D.D.C. B. Grundstücks- und Verwaltungs-GmbH & Co. KG.

Die Kläger, der Kläger zu 3) aus abgetretenem Recht seiner früheren Ehefrau, haben die Beklagten wegen Verletzung (vor-)vertraglicher Pflichten auf Schadenersatz in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die zunächst auf Teilbeträge beschränkte Schadenersatzklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die gegen die Beklagten zu 1) und 3) gerichtete Klage ebenfalls abgewiesen und die Beklagte zu 2) verurteilt, an die Klägerin zu 1) (525.000 DM =) 268.428,23 EUR zzgl. Zinsen, an den Kläger zu 2) (315.000 DM =) 161.056,94 EUR zzgl. Zinsen und an den Kläger zu 3) (630.000 DM =) 322.113,88 EUR zzgl. Zinsen, jeweils Zug um Zug gegen Übertragung der Kommanditanteile, zu zahlen. Der Senat hat die von den Klägern erhobene Nichtzulassungsbeschwerde, soweit sie nicht (gegen den Beklagten zu 3)) zurückgenom-

men worden ist, zurückgewiesen. Auf die von der Beklagten zu 2) eingelegte Beschwerde hat der Senat die Revision (nur) hinsichtlich der Anspruchshöhe zugelassen, soweit die Beklagte zu 2) zur Zahlung von mehr als 112.692,82 EUR zzgl. Zinsen an die Klägerin zu 1), 67.615,79 EUR zzgl. Zinsen an den Kläger zu 2) und 135.231,59 EUR zzgl. Zinsen an den Kläger zu 3) verurteilt worden ist.

Die Revision führt in dem Umfang, in dem sie zugelassen worden ist, zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

Aus den Gründen:

I.

Es geht in diesem Revisionsverfahren – da die Schadenersatzverpflichtung der Beklagten zu 2) gegenüber den Klägern dem Grunde nach und jedenfalls in Höhe der vom Berufungsgericht ausgeurteilten Beträge, soweit sie von der Revisionszulassung unberührt geblieben sind (220.408 DM = 112.692,82 EUR zzgl. Zinsen an die Klägerin zu 1), 132.245 DM = 67.615,79 EUR zzgl. Zinsen an den Kläger zu 2), 264.490 DM = 135.231,59 EUR zzgl. Zinsen an den Kläger zu 3)), feststeht – nur noch um die Frage, ob die Kläger sich auf ihren Schaden in Höhe der für die Beteiligung an den Immobilienfonds aufgebrachten Beträge (Klägerin zu 1) 525.000 DM, Kläger zu 2) 315.000 DM, Kläger zu 3) 630.000 DM) die von ihnen nach der Behauptung der Beklagten zu 2) erzielten steuerlichen Vorteile der Vermögensanlagen (Klägerin zu 1) 304.592 DM, Kläger zu 2) 182.755 DM, Kläger zu 3) 365.510 DM) anrechnen lassen müssen.

Das Berufungsgericht hat den Standpunkt vertreten, eine dahingehende Vorteilsausgleichung scheide aus. Im Ergebnis nicht anders als in dem Fall BGHZ 74, 103 fehle es an einer anrechenbaren Steuerersparnis, weil der Ersparnis als Nachteil gegenüberstehe, dass auch die Schadenersatzleistung zu versteuern sei.

Vorliegend hätten sich die Kläger bei den in Rede stehenden Immobilienfonds zwar nicht an einer gewerblich tätigen Kommanditgesellschaft beteiligt. Unbeschadet dessen, dass beide Gesellschaften lediglich vermögensverwaltende Tätigkeiten ausübten, sei hier die Schadenersatzleistung aber gleichfalls zu versteuern. Entscheidend sei, dass die Schadenersatzleistung

im wirtschaftlichen Zusammenhang mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung stehe, weil sie dadurch ausgelöst worden sei, dass die beiden Fonds insolvent geworden oder zumindest kaum noch werthaltig seien, so dass positive Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nicht (mehr) oder kaum noch erzielt werden könnten.

II.

Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Ob eine spätere Minderung oder **Beseitigung des eingetretenen Vermögensschadens** den Schadenersatzanspruch beeinflusst, ist nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung zu beurteilen. Danach sind Wegfall oder Minderung des Schadens nur insoweit zu berücksichtigen, als sie in einem **adäquat-ursächlichen Zusammenhang zu dem schädigenden Ereignis stehen. Außerdem muss die Anrechnung dem Zweck des Schadenersatzes entsprechen und darf weder den Geschädigten unzumutbar belasten noch den Schädiger unbillig entlasten** (vgl. BGHZ 74, 103, 113 f; Senatsurt., BGHZ 109, 380, 392). Zu solchen auf den Schadenersatzanspruch eines Geschädigten anzurechnenden Vorteilen gehören grundsätzlich auch Steuern, die der Geschädigte infolge der Schädigung erspart hat (vgl. BGHZ 53, 132, 134; 74, 103, 114).

2. Allerdings ist bei der Betrachtung möglicher Steuervorteile auch in den Blick zu nehmen, **ob dem Geschädigten aus der Zuerkennung des Schadenersatzanspruchs und dessen Gestaltung steuerliche Nachteile erwachsen, sei es durch eine Nachforderung des Finanzamts** (vgl. BGHZ 53, 132, 134 ff), **sei es durch eine Besteuerung der Schadenersatzleistung** (vgl. BGHZ 74, 103, 114 ff) **oder der ggf. – so auch im Streitfall – Zug um Zug gegen die Schadenersatzleistung vorgesehenen Übertragung der Kapitalanlage** (vgl. BGH, Urt. v. 6.11.1989 – II ZR 235/88, VersR 1990, 95, 96; Loritz/Wagner, ZfIR 2003, 753, 761).

So hat der Bundesgerichtshof mehrfach zum Kommanditisten, der steuerrechtlich Mitunternehmer des Betriebs der KG ist, entschieden, für ihn seien alle Zahlungen, die er im wirtschaftlichen Zusammenhang mit seiner Beteiligung an der KG erhalte, Betriebseinnahmen gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG. Stehe auch die Schadenersatzleistung in einem solchen wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Kommanditbeteiligung, müsse sie dem gewerblichen

Bereich zugeordnet und als Betriebseinnahme nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG versteuert werden (vgl. BGHZ 74, 103, 114 f unter Bezugnahme auf BFH, BStBl II 1977, 220; BGH, Urt. v. 27.6.1984 - IVa ZR 231/82, NJW 1984, 2524; v. 14.1.2002 - II ZR 40/00, NJW 2002, 1711, 1712).

Diese Rechtsprechung ist im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 287 ZPO zum Teil durch den Gedanken ergänzt worden, eine exakte Errechnung von Steuervorteilen unter Gegenüberstellung der tatsächlichen mit einer hypothetischen Vermögenslage würde angesichts der vielfältigen Besonderheiten und Möglichkeiten der konkreten Besteuerung und ihrer unterschiedlichen Entwicklung in verschiedenen Besteuerungszeiträumen häufig unverhältnismäßigen Aufwand erfordern. Daher sei eine nähere Berechnung nur dann erforderlich, wenn Anhaltspunkte dafür bestünden, dass der Geschädigte **außergewöhnliche Steuervorteile** erzielt habe (vgl. BGH, Urt. v. 27.6.1984, a.a.O.; v. 12.2.1986 - IVa ZR 76/84, NJW-RR 1986, 1102, 1103; v. 9.10.1989 - II ZR 257/88, NJW-RR 1990, 229, 230).

Soweit vereinzelt in der juristischen Fachliteratur anklingt, Steuervorteile, die der Geschädigte bei einer Abschreibungsgesellschaft durch Verlustzuweisungen erhalten habe, seien generell nicht anrechenbar, weil im Regelfall der Geschädigte ohne die fehlerhafte Information eine andere, nicht mit dem Verlust des eingezahlten Kapitals verbundene steuerbegünstigte Anlage getätigt hätte (MünchKomm-BGB/Oetker 4. Aufl., § 249 Rdnr. 239 im Anschluss an Knobbe-Keuk, 25 Jahre Karlsruher Forum [1983], S. 134, 135), vermag der Senat dem in dieser Verallgemeinerung nicht zu folgen. Es gibt keinen Erfahrungssatz in dieser Richtung.

Das schließt selbstverständlich nicht aus, dass sich ein solcher Ansatz im Einzelfall je nach dem konkreten Parteivorbringen im Rahmen der hypothetischen Prüfung, wie sich die Vermögenslage des Geschädigten bei Abstandnahme von der Vermögensanlage entwickelt hätte, auf die Schadenberechnung auswirken kann. Die Darlegungs- und Beweislast liegt insoweit beim Geschädigten, wobei ihm die Erleichterungen des § 287 ZPO zugute kommen.

3. Wie das Berufungsgericht im Ansatz nicht verkannt hat, unterscheidet sich jedoch der vorliegende Fall von den Kommanditbeteiligungen, die Gegenstand der Beurteilung in den oben angeführten Entscheidungen gewesen sind, in

einem maßgeblichen Punkt, mit der Folge dass – jedenfalls nach dem Stand des vorliegenden Revisionsverfahrens – keine dem steuerlichen Vorteil der Kläger gegenzurechnende weitere Versteuerung zugrunde zu legen ist.

a) Eine **Versteuerung der Schadenersatzleistung** unter dem Gesichtspunkt einer betrieblichen Einnahme (§§ 15–17 EStG) **entfällt** hier, **weil die beiden Fondsgesellschaften, an denen die Kläger sich beteiligt haben, als bloße Vermögensverwaltungsgesellschaften nicht gewerblich tätig sind.**

Die Beteiligung an einer vermögensverwaltenden KG ist steuerliches Privatvermögen und die Einkünfte erschöpfen sich in solchen aus Vermietung und Verpachtung (vgl. § 21 EStG). Ist eine Personengesellschaft nur in dieser Weise vermögensverwaltend tätig, fällt sie nicht unter § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, hat also keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb (vgl. Schmidt/Wacker, EStG 24. Aufl., § 15 Rdnr. 200), sondern erzielt **Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung** (vgl. Schmidt/Drenseck, a.a.O., § 21 Rdnr. 107, 108; zu Fällen solcher Art vgl. etwa BFHE 169, 418 = BStBl II 1993, 281; BFHE 181, 462 = BStBl II 1997, 250). Handelt es sich aber um eine Vermögensverwaltung im privaten Bereich, kommt eine Versteuerung der Schadenersatzleistung nach § 15 oder § 16 EStG von vornherein nicht in Betracht.

b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Steuerbarkeit des Schadenersatzanspruchs als einer der Einkommensteuer unterliegenden Einnahme ergebe sich daraus, dass es sich um eine Leistung „im wirtschaftlichen Zusammenhang“ mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung (§ 21 EStG) handele, hat nach dem bisherigen Parteivortrag keine rechtliche Grundlage. Voraussetzung einer solchen Verknüpfung der Schadenersatzleistung mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung wäre, dass die Ersatzleistung sich ihrem wirtschaftlichen Gehalt nach als Gegenleistung für die Überlassung des Gebrauchs oder der Nutzung des überlassenen Gegenstands darstellen würde oder jedenfalls als Entgelt, welches in einem objektiven wirtschaftlichen oder tatsächlichen Zusammenhang mit der Einkunftsart steht und damit durch sie veranlasst wäre (vgl. BFH, BB 2002, 1742, 1743).

Der **Klageantrag** zielt jedoch maßgeblich darauf ab, **dass mit der Schadenersatzzahlung Zug um Zug gegen Übertragung des Vermögensgegen-**

standes (der Kommanditbeteiligungen) der Substanzwert abgegolten wird (vgl. zur Abgrenzung zwischen zeitlichen Nutzungsüberlassungen und nicht steuerbaren vermögensumschichtenden Vorgängen Schmidt/Drenseck, a.a.O., § 21 Rdnr. 2, 4).

Da es sich bei der Schadenersatzleistung nicht unmittelbar um Einkommen aus Vermietung und Verpachtung handelt, könnte eine **einkommensteuerrechtliche Zuordnung zu dieser Einkommensart allenfalls dadurch erfolgen, dass die Schadenersatzleistung als Rückerstattung von Werbungskosten (§ 9 EStG) zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung solcher Einnahmen zu qualifizieren wäre**. Für einen solchen Tatbestand gibt es hier jedoch bisher keine Anhaltspunkte.

Zwar sind nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs Beträge, die Werbungskosten ersetzen, im Jahr des Zuflusses steuerpflichtige Einnahmen bei der Einkunftsart, bei der die Aufwendungen vorher als Werbungskosten abgezogen worden waren (vgl. BFH, NV 1995, 499, 500 unter Bezugnahme auf BFHE 170, 111 und BFHE 171, 183). Dies hat der Bundesfinanzhof gerade auch für Schadenersatzleistungen angenommen, mit denen Finanzierungsaufwendungen ersetzt werden sollen, die als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung berücksichtigt wurden, wobei es für die steuerrechtliche Beurteilung ohne Bedeutung ist, ob der ursprüngliche Darlehensgläubiger oder – wie es hier in Rede steht – ein Dritter die Werbungskosten erstattet (vgl. BFH, NV 1995, 499, 500). Um den Ersatz solcher Aufwendungen geht es hier jedoch – auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts – nicht.

Nach allgemeinen steuerrechtlichen Grundsätzen wäre das zur Einkünfteerzielung dienende Vermögen nicht in die Ermittlung der Überschusseinkünfte einzubeziehen, so dass die Gegenleistungen zum Erwerb einer Kapitalanlage grundsätzlich nicht absetzbar wären (vgl. BFH, BStBl II 1986, 747, 748; Blümich/Thürmer, EStG § 9 [Stand Januar 2002] Rdnr. 135; Lademann/Söffing/Brockhoff, EStG § 9 [Stand Juli 2001] Rdnr. 9; Schmidt/Drenseck, a.a.O., § 9 Rdnr. 24; Wüllenkemper, Rückfluss von Aufwendungen im Einkommensteuerrecht, S. 17 f). **Danach hätten die hier von den Klägern geltend gemachten Zahlungen als Anleger für die Beteiligung an den beiden Fonds keine Werbungskosten dargestellt und umgekehrt wäre die Erstattung dieser Beträge nicht als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu versteuern.**

Die Kläger haben zwar in der Revisionsverhandlung darauf verwiesen, dass in den mit ihren Klageanträgen zurückverlangten Beträgen (anteilig) auch diejenigen Aufwendungen steckten, die im Rahmen des Gesamtaufwandes für die Herstellung der zur Vermietung und Verpachtung bestimmten Anlage steuermindernd als Werbungskosten geltend gemacht worden seien. An einem revisionsrechtlich beachtlichen Tatsachenvortrag, der konkrete steuerrechtliche Schlussfolgerungen in einer anderen Richtung, als der bisher zugrunde liegende Sachverhalt sie erlaubt, nahe legen würde, fehlt es jedoch. Die Kläger haben insoweit aber Gelegenheit zu weiterem Vortrag in der neuen Berufungsverhandlung.

c) Auch ein sonstiger Steuertatbestand, der an die von den Klägern verlangte Schadenersatzleistung anknüpfte, ist – bisher – nicht ersichtlich.

aa) **Der zu gewährende Schadenersatzanspruch gehört nicht gemäß § 24 Nr. 1 Buchst. a EStG** („... Entschädigungen, die gewährt worden sind ... als Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen ...“) **zu den zu versteuernden Einkünften i.S.v. § 2 Abs. 1 EStG**. Unter der betreffenden Entschädigung wird eine Ersatzleistung verstanden, die der Steuerpflichtige **als Ausgleich erhält für einen Schaden in Gestalt eines Einnahmeverlustes oder des Verlustes einer Einnahmemöglichkeit, den er erlitten hat oder erlitten haben würde, wenn er die Ersatzleistung nicht erhalten hätte** (vgl. BFH, DB 1986, 2415; Boelsen, DB 1988, 2187, 2189; Schmidt/Seeger, a.a.O., § 24 Rdnr. 5).

Die Kläger verlangen jedoch im Streitfall gerade nicht Ersatz für entgangene Einnahmen, auch nicht für eine entgangene Einnahmemöglichkeit, sondern Ersatz für die von ihnen gezeichneten Kommanditeinlagen (vgl. BGHZ 74, 103, 115 f mit Hinweis auf BFH, BStBl II 1973, 121, 123). Diesen Fall erfasst § 24 Nr. 1 Buchst. a EStG nicht.

bb) Nach dem bisherigen Sachstand sprechen die überwiegenden Gesichtspunkte dafür, dass auch die mit der Klage im Erfolgsfall verbundene Übertragung der KG-Anteile der Kläger auf die Beklagte, Zug um Zug gegen die Schadenersatzleistung, für sich keinen Steuertatbestand erfüllt, und zwar – entgegen der Revisionserwiderung – auch nicht als privates Veräußerungsgeschäft nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. Satz 4 EStG.

Es handelt sich bei dieser Übertragung nur um eine notwendige Voraussetzung – als Ausdruck des schadenrechtlichen Bereicherungsverbots – für die Durchsetzung des Schadenersatzbegehrens der Kläger, das dahin geht, so gestellt zu werden, als hätten sie die ihnen durch die Beklagte vermittelte Vermögensanlage nicht gezeichnet (vgl. § 249 Abs. 1 BGB). Sie stellt danach nur einen Teilakt im Rahmen der schadenersatzrechtlichen Rückabwicklung der Anschaffung der Kläger dar, keine steuerrechtliche „Veräußerung“ i.S.d. § 23 EStG (Loritz/Wagner, a.a.O., 761).

Nach der Rechtsprechung der Finanzgerichte und der überwiegenden Meinung im steuerrechtlichen Schrifttum erfüllt die bloße Rückgewähr eines Wirtschaftsguts im Zusammenhang mit der Rückgängigmachung des ursprünglichen Ankaufsvertrages durch Rücktritt, Wandlung oder Anfechtung nicht den Tatbestand des § 23 EStG (Spekulationsgewinn) (FG Rheinland-Pfalz, DStRE 2005, 156 f unter Hinweis auf BFH, BStBl II 1993, 897 zu § 16 Abs. 1 und 2 EStG und BFH, BStBl II 1983, 315 zu § 7b EStG; Fischer, FR 2000, 393, 394; Kube in: Kirchhof, EStG 5. Aufl., § 23 Rdnr. 17; Jansen in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG § 23 [Stand November 2002] Rdnr. 57; Schmidt/Weber-Grellet, a.a.O., § 23 Rdnr. 48).

Es gibt eigentlich keinen Grund, die Rückgängigmachung des Anschaffungsgeschäfts aufgrund eines Schadenersatzanspruchs des Erwerbers, die ebenfalls zu einem Rückabwicklungsverhältnis führt, steuerrechtlich anders zu behandeln, und zwar auch dann nicht, wenn, wie hier, die „Rückgewähr“ des Wirtschaftsguts **nicht unmittelbar an den ursprünglichen Anbieter erfolgt, sondern** – im Hinblick auf das erwähnte schadenersatzrechtliche Bereicherungsverbot – **an den auf der Anbieterseite tätig gewordenen, schadenersatzpflichtigen Anlagevermittler.**

Im Hinblick darauf, dass das zitierte Urteil des rheinland-pfälzischen Finanzgerichts (a.a.O.) noch nicht rechtskräftig ist und die Oberfinanzdirektion Frankfurt/Main für den Fall der Rückabwicklung eines Grundstückskaufs durch Wandlung – nach Androhung einer Klage durch den Käufer wegen böswillig verschwiegener Mängel – einen anderen Standpunkt vertritt (RdVfg. v. 12.7.2001, DStR 2001, 1753), **lässt sich allerdings revisionsrechtlich nicht ausschließen, dass die Kläger nach der von den für sie zuständigen Finanzbehörden tatsächlich geübten Praxis doch mit einer Besteuerung eines**

„Veräußerungs“-Gewinns rechnen müssen. Eine solche (nachhaltige) Verwaltungspraxis wäre ggf. bei der Schadenberechnung im Schadenersatzprozess zu beachten. Bisher fehlt es allerdings an jedem Vortrag der Kläger in dieser Richtung.

d) Schließlich gibt es nach dem derzeitigen Sachstand auch keinen Anhalt dafür, dass die von den Klägern in Anspruch genommenen Steuervorteile nachträglich entfallen könnten.

III.

Da nach allem die Begründung des angefochtenen Urteils die Verurteilung der Beklagten zu 2) zur Zahlung von mehr als

112.692,82 EUR zzgl. Zinsen
an die Klägerin zu 1)
(525.000 DM Kapitaleinsatz ./ 304.592 DM behauptete Steuervorteile = 220.408 DM Verlust),

67.615,79 EUR zzgl. Zinsen
an den Kläger zu 2)
(315.000 DM Kapitaleinsatz ./ 182.755 DM behauptete Steuervorteile = 132.245 DM Verlust)

und 135.231,59 EUR zzgl. Zinsen
an den Kläger zu 3)
(630.000 DM Kapitaleinsatz ./ 365.510 DM behauptete Steuervorteile = 264.490 DM Verlust)

nicht trägt und das Urteil insoweit auch nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten werden kann, ist es in diesem Umfang aufzuheben. Die Sache ist zur weiteren Prüfung des noch offenen Teils der Klageansprüche an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Nach den Grundsätzen über die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf Vorteile, die den Schaden mindern (vgl. BGH, Urt. v. 17.10.2003 – V ZR 84/02, NJW 2004, 79, 81), wird es in der neuen Berufungsverhandlung in erster Linie Sache der Kläger sein, auf die Berechnungen der Beklagten zu 2) bezüglich der behaupteten Steuervorteile der Kläger im Einzelnen zu erwidern und ggf. darzulegen, dass sie – anders als nach der vorstehend dargestellten Sicht der steuerrechtlichen Lage – doch mit einer bestimmten Besteuerung im Zusammenhang mit der Abtretung ihrer KG-Anteile Zug um Zug gegen Zahlung des Schadenersatzbetrages zu rechnen haben.

(...)

Steuerberaterhaftung

- Entgangene Eigenheimzulage
- 4-jährige Festsetzungsfrist
- Verjährungsbeginn, Fristablauf
(OLG Brandenburg, Urt. v. 10.1.2007 - 7 U 78/06)

Leitsätze (d. Red.):

1. Der Steuerberater muss über die Möglichkeit der Beantragung einer Eigenheimzulage belehren, wenn ihm bekannt ist, dass der Mandant in dem von ihm erworbenen Haus eine Wohnung selbst bezogen hat.
2. Der Verjährungsbeginn für den Schadensersatzanspruch gegen den Steuerberater tritt mit Ablauf der 4-jährigen Festsetzungsfrist ein. Danach steht fest, dass ein Antrag nicht mehr gestellt werden kann.

Aus den Gründen:

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagten, die als Steuerberater für sie tätig waren, auf Ersatz ihr entgangener Eigenheimzulage für die Jahre 1996 bis 2000 in Anspruch.

(Anträge ...)

Das Landgericht hat durch Urteil vom 16.3.2006 unter Abweisung der Klage im Übrigen den Beklagten zu 1) zur Zahlung von 2.556,50 EUR und die Beklagte zu 2) zur Zahlung von 1.278,23 EUR, jeweils zzgl. 5% Zinsen über dem Basiszinssatz ab 16.7.2005, an die Klägerin verurteilt.

Zur Begründung hat es ausgeführt, die Ansprüche der Klägerin bestünden aus schuldhafter Vertragsverletzung. Die Klägerin sei durch Steuerberatungsverträge zunächst mit dem Beklagten zu 1) und später mit der Beklagten zu 2) verbunden gewesen. Die Beklagten hätten ihre vertraglichen Pflichten verletzt, da sie trotz Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen nicht auf eine Beantragung von Eigenheimzulage hingewirkt hätten. Sie hätten über diese allgemein bekannte und nahe liegende Angelegenheit des Steuerrechts die Klägerin ungefragt belehren müssen. Jener habe nach §§ 3, 9 EigZulG eine jährliche Eigenheimzulage in Höhe von 2.500 DM zugestanden. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe sie ab 1998 die Wohnung im Obergeschoss des von ihr erworbenen Hauses zu eigenen Wohnzwecken genutzt.

Dass sie bis dahin im Erdgeschoss des Hauses gewohnt habe, stehe nach § 7 EigZulG dem Anspruch nicht entgegen. Der Beklagte zu 1) habe die entgangene Eigenheimzulage für 1998 und 1999 zu ersetzen. Ausweislich der Einkommensteuererklärung für 1996 habe er von der Anschaffung der Immobilie und der Eigennutzung einer Wohnung durch die Klägerin gewusst. Nach der Aussage des Zeugen B. stehe fest, dass er vom Wohnungswechsel im Jahr 1998 ebenfalls Kenntnis erlangt habe; aber auch ohne diese Kenntnis hätte er sich pflichtwidrig verhalten, da bei einer Belehrung der Klägerin über die Eigenheimzulage ihre Wohnverhältnisse und damit auch der Umzug offenbar geworden wären. Die Geltendmachung von Werbungskosten für die Wohnung im Obergeschoss sei unschädlich, da nach den Bekundungen des Zeugen B. bei der Durchführung der Renovierungsarbeiten eine Weitervermietung der Wohnung noch beabsichtigt gewesen sei. Zudem hätte eine Nichtberücksichtigung der Erhaltungsaufwendungen die Klägerin nicht schlechter gestellt, da ihr auch dann eine Steuerlast nicht entstanden sei.

Die Ansprüche der Klägerin auf Ersatz der Eigenheimzulage für 1996 und 1997 seien nach § 68 StBerG verjährt. Für die auf die Jahre ab 1998 entfallende Eigenheimzulage sei die Verjährung hingegen nicht eingetreten. Ein Mitverschulden der Klägerin liege nicht vor. Die Beklagte zu 2) hafte für die entgangene Eigenheimzulage für 1999. (...)

Gegen dieses Urteil, das ihnen am 22.3.2006 zugestellt worden ist, haben die Beklagten am 19.4.2006 Berufung eingelegt und diese am 19.5.2006 begründet. Die Klägerin hat am 27.6.2006 eine Anschlussberufung eingelegt.

(Anträge ...)

II.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber unbegründet. Die Anschlussberufung der Klägerin ist unzulässig.

1. Die Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Die Klägerin hat Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung gegen den Beklagten zu 1) auf Zahlung von 5.000 DM, umgerechnet 2.556,50 EUR (Eigenheimzulage für 1998 und 1999) und gegen die Beklagte zu 2) auf Zahlung von 2.500 DM, entsprechend 1.278,23 EUR (Eigenheimzulage für 2000).

a) Zwischen den Beklagten und der Klägerin haben Vertragsverhältnisse über die Erbringung von Steuerberaterleistungen bestanden. Es ist unstreitig, dass die Klägerin den Beklagten zu 1) mit der **Wahrnehmung ihrer steuerlichen Belange** einschließlich der Fertigung der Einkommensteuererklärungen in den Jahren ab 1996 bis 1999 beauftragt hat. Für die Fertigung der Einkommensteuererklärung für 2000 ist eine Mandatierung der Beklagten zu 2) dargetan.

Die Beklagten tragen dazu vor, dass die Beklagte zu 2) am 9.11.2000 mit der steuerlichen Beratung der Klägerin beauftragt worden sei und die Steuererklärung für 2000 erstellt habe. Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung am 23.2.2006 zugestanden, dass sie die Vollmacht vom 9.11.2000 zugunsten der Beklagten zu 2) unterzeichnet hat; jedenfalls und spätestens damit hat sie – zumindest konkludent – die Beklagte zu 2) anstelle des bis dahin tätigen Beklagten zu 1) mit der Wahrnehmung ihrer steuerlichen Belange beauftragt.

b) Die Beklagten haben ihre Pflichten als Steuerberater verletzt, da sie die Klägerin nicht auf die Möglichkeit des Bezugs von Eigenheimzulage hingewiesen und nicht auf eine Antragstellung hingewirkt haben.

Es ist in tatsächlicher Hinsicht unstreitig, dass weder der Beklagte zu 1) noch später die Beklagte zu 2) der Klägerin oder dem Zeugen B. mitgeteilt haben, **dass die Klägerin eine Eigenheimzulage hat erhalten können**. Damit haben die Beklagten sie treffende Aufklärungspflichten verletzt.

Der Steuerberater ist im Rahmen seines Mandats verpflichtet, den Mandanten umfassend zu beraten und ihn auch ungefragt über alle bedeutsamen steuerlichen Einzelheiten und deren Folgen zu unterrichten (BGH, NJW-RR 2003, 1574; NJW 2001, 3477, 3478; 1998, 1486; 1221; MünchKomm-BGB/Heernann 4. Aufl., § 675 Rdnr. 43; MünchKomm-BGB/Müller-Glöge 4. Aufl., § 611, Rdnr. 128). Demgemäß hätten die Beklagten, die im Rahmen ihrer Mandatierung auch mit der steuerlichen Behandlung der Immobilie der Klägerin befasst gewesen sind, die Klägerin über den sich in steuerlicher Hinsicht aufdrängenden (vgl. Wacker, EigZulG 3. Aufl., Rdnr. 1, 30 ff, 40 f, 70 vor § 1) Gesichtspunkt der Eigenheimzulage unterrichten müssen. Denn deren Anspruchsberechtigung ist – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – seinerzeit offen zutage getreten.

Nach §§ 2, 3, 4 EigZulG hat die Anschaffung einer Wohnung in einem eigenen Haus für das Jahr der Anschaffung und den sieben folgenden Jahren zu einem Anspruch auf Eigenheimzulage geführt, wenn – was hier so gewesen ist – der Anspruchsberechtigte die Wohnung zu eigenen Wohnzwecken nutzt. Dass die Klägerin die Einkommensgrenze nach § 5 EigZulG nicht überschritten hat, ist aus den ihr erteilten Steuerbescheiden des Finanzamts zu ersehen und wird von den Beklagten auch nicht in Abrede gestellt. Dass die Klägerin, wie vom Landgericht festgestellt, 1998 **von der Wohnung im Erdgeschoss in die Wohnung im Obergeschoss des Hauses umgezogen** ist, ist nach der Folgeobjektregelung in § 7 EigZulG ersichtlich unschädlich.

Die Hinweispflicht des Beklagten zu 1) hat auch 1998 und 1999 bestanden, nachdem er – wie erwähnt – zuvor eine Unterrichtung der Klägerin nicht vorgenommen hat. Seine Pflichtstellung ist auch nicht durch den Umzug der Klägerin in die Wohnung im Obergeschoss entfallen, da – wie ebenfalls bereits ausgeführt – das nach § 7 EigZulG nicht zu einem Entfallen der Ansprüche auf eine Eigenheimzulage geführt hat. Die Beklagte zu 2) ist bei der Übernahme des Mandats im Jahr 2000 zu einer eigenständigen Prüfung und Bearbeitung der steuerlichen Angelegenheiten der Klägerin und damit ohnehin zur Erteilung des erforderlichen Hinweises auf die Eigenheimzulage verpflichtet gewesen.

c) Das Unterlassen der gebotenen Hinweise ist durch die Beklagten **schuldhaft** geschehen.

Ihnen ist bekannt gewesen, dass die Klägerin in dem erworbenen Haus eine Wohnung selbst bewohnt hat. Das ist für den Beklagten zu 1) schon daraus zu ersehen, dass in den von ihm vorbereiteten Anlagen V zu den Einkommensteuererklärungen für 1996, 1997 und 1998 jeweils die Wohnung im Erdgeschoss als eigen genutzt angegeben ist. Für die Beklagte zu 2) geht die Kenntnis aus ihrem eigenen Vorbringen hervor, dass sie die Vermietung der Wohnung im Obergeschoss den Steuererklärungen und Steuerbescheiden der Vorjahre entnommen habe; denn diese haben – wie dargestellt – auch die Eigennutzung der Klägerin ausgewiesen. Zudem hat nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin der Beklagte zu 1) das der Beklagten zu 2) erteilte Mandat bearbeitet, weshalb sich die Beklagte zu 2) entsprechend § 166 BGB dessen Kenntnis und nach § 278 BGB sein Verschulden zurechnen lassen muss.

Dem Verschulden der Beklagten steht nicht der Umzug der Klägerin in die Wohnung im Obergeschoss entgegen. Das gilt auch dann, wenn ihnen nicht mitgeteilt worden sein sollte, weshalb es auf das Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme und die von den Beklagten angesprochene Frage einer gegenbeweislichen Vernehmung des Beklagten zu 1) als Partei nicht ankommt. Sind die Beklagten von dem Umzug der Klägerin nicht in Kenntnis gesetzt worden, so haben sie aufgrund der ursprünglichen Kenntnis des Beklagten zu 1) und dem entsprechenden Inhalt der Steuererklärungen für 1996 und 1997 weiterhin davon ausgehen können und müssen, dass die Klägerin die Wohnung im Erdgeschoss bewohne, und schon deshalb die Belehrung über die Eigenheimzulage vornehmen müssen. Sollte – wie die Klägerin behauptet – der Wohnungswechsel offengelegt worden sein, so hätte eine Belehrung im Hinblick auf die Folgeobjektregelung in § 7 EigZulG ebenso und erst recht stattfinden müssen.

d) Der Klägerin ist dadurch, dass sie infolge der unterbliebenen Belehrung eine Eigenheimzulage nicht beantragt hat, ein **Schaden** für die Jahre 1998 und 1999 in Höhe von 5.000 DM, umgerechnet 2.556,50 EUR, und für das Jahr 2000 in Höhe von 2.500 DM, entsprechend 1.278,23 EUR, entstanden. Ihr Vortrag, dass ihr für jedes Jahr der Höchstbetrag von 2.500 DM nach §§ 8, 9 EigZulG zugestanden hat, ist unbestritten. Die Klägerin kann die Eigenheimzulage für die Jahre 1998, 1999 und 2000 auch nicht mehr nachträglich realisieren. Denn der Antrag nach § 12 EigZulG kann nur innerhalb der Festsetzungsfrist von vier Jahren nach §§ 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 170 Abs. 1 AO gestellt werden (*Wacker, a.a.O., § 12 Rdnr. 2; zur Berechnung vgl. Wacker, a.a.O., § 11 Rdnr. 22 ff*). Folglich hätte die Eigenheimzulage für 1998 bis zum Ablauf des 31.12.2002, für 1999 bis zum Ablauf des 31.12.2003 und für 2000 bis zum Ablauf des 31.12.2004 gestellt werden müssen, was unstreitig nicht geschehen ist.

Der Ersatzfähigkeit des so entstandenen Schadens in Höhe von insgesamt 7.500 DM, von dem 5.000 DM auf die Jahre 1998 und 1999 und damit auf den Beklagten zu 1) und 2.500 DM auf das Jahr 2000 und damit auf die Beklagte zu 2) entfallen, lässt sich nicht entgegenhalten, dass die Klägerin für die Wohnung im Obergeschoss **Erhaltungsaufwendungen als Werbungskosten von der Steuer abgesetzt und dadurch eine Verringerung der Steuerschuld herbeigeführt** habe.

Für 2000 sind ausweislich der Anlage V zur Einkommensteuererklärung solche Aufwendungen nicht geltend gemacht worden. Für 1998 und 1999 lassen zwar die jeweiligen Anlagen V zur Einkommensteuererklärung die Geltendmachung von Erhaltungsaufwendungen ersehen. Sie haben jedoch nicht zu Verringerungen der Steuerlast geführt. 1998 sind 708 DM und 7.932 DM, also insgesamt 8.640 DM, abgesetzt worden; nach dem im Steuerbescheid vom 20.3.2000 für das Jahr ausgewiesenen negativen Einkommen in Höhe von 13.845 DM hätten indes auch die Nichtberücksichtigung der Aufwendungen nicht zu einer Steuerlast der Klägerin führen können. Für 1999 sind in der Anlage V zur Einkommensteuererklärung Erhaltungsaufwendungen aus 1997 in Höhe von 7.932 DM ausgewiesen. Im Steuerbescheid vom 15.9.2000 ist für das Jahr ein negatives Einkommen der Klägerin in Höhe von 3.016 DM berücksichtigt, das sich ohne eine Absetzung der Erhaltungsaufwendungen als ein positives Einkommen in Höhe $(7.932 \text{ DM} - 3.016 \text{ DM} =) 4.916 \text{ DM}$ dargestellt hätte. Für ein so ermitteltes monatliches Einkommen in Höhe von $(4.916 \text{ DM} : 12 \text{ Monate} =) 409,50 \text{ DM}$ wäre – mit Ausnahme der Lohnsteuerklassen V und VI, für die eine Zugehörigkeit der Klägerin nicht dargetan ist – eine Steuerpflicht gleichfalls nicht entstanden.

e) Die unterbliebenen Hinweise der Beklagten auf die Eigenheimzulage sind als **ursächlich** für die Entstehung des Schadens der Klägerin anzusehen. Denn die Klägerin hätte, wäre sie darauf hingewiesen worden, die Eigenheimzulage rechtzeitig beantragt und vereinnahmt. **Das folgt daraus, dass in Fällen, in denen es eine bestimmte Möglichkeit aufklärungsrichtigen Verhaltens gibt, regelmäßig zu vermuten ist, dass der Geschädigte bei gehöriger Aufklärung so gehandelt hätte** (*BGH, NJW 2006, 2618, 2621; 2004, 2967, 2969; 2002, 2703, 2704; 1994, 512, 513 f; NJW-RR 1998, 1271, 1272; Palandt/Heinrichs, BGB 66. Aufl., § 280 Rdnr. 39*). Diese Vermutung gilt auch und namentlich im Regressprozess gegen Steuerberater (*BGH, NJW-RR 1992, 1110, 1115; Palandt/Heinrichs, a.a.O.*). Sie kommt der Klägerin hier zugute, da bei einer gehörigen Aufklärung ein anderes Verhalten als die Beantragung der Eigenheimzulage vernünftigerweise nicht in Betracht gekommen wäre.

Die Beklagten haben die zu ihren Lasten gehende Vermutung nicht zu entkräften vermocht. Die Übergabe von Rechnungsbelegen und Geltendmachung von Erhaltungsaufwendungen für die Wohnung im Obergeschoss deuten nicht da-

rauf hin, dass bei ordnungsgemäßer Aufklärung die Klägerin von einem Bezug der Eigenheimzulage abgesehen und an der Deklaration der Wohnung im Obergeschoss als fremdvermietet festgehalten hätte. Dem steht bereits entgegen, dass – wie dargestellt – die Absetzung von Erhaltungsaufwendungen nicht zu einer Verringerung der Steuerlast der Klägerin geführt hat. Ungeachtet dessen kann nicht, jedenfalls nicht mit hinreichender Sicherheit, ausgeschlossen werden, dass die Vorlage der Belege auf einer bloßen Unwissenheit der Klägerin beruht hat, die durch eine gehörige Aufklärung hätte behoben werden können. Dasselbe gilt für den Vortrag der Beklagten, dass die Klägerin in den Steuererklärungen für die Jahre ab 1998 die Bezeichnung der Wohnung im Obergeschoss als fremdvermietet nicht korrigiert hat. Auch dies kann ebenso auf bloßer Unwissenheit oder Nachlässigkeit beruhen und ist zur Herleitung weitergehender Schlussfolgerungen nicht geeignet. Folglich vermag es die Beklagten auch nicht zu entlasten, dass die Klägerin den darauf ergangenen Steuerbescheiden und Steuerrückzahlungen nicht widersprochen hat.

Den Beklagten kann auch nicht zugute gehalten werden, dass die Klägerin den Umzug in die Wohnung im Obergeschoss nicht mitgeteilt habe. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das so zutrifft oder ob, wie die Klägerin behauptet, der Umzug durch den Zeugen B. mitgeteilt worden ist. Denn auch ein Unterlassen der Offenlegung kann ohne weiteres darauf beruhen, dass die Klägerin infolge der unzureichenden Belehrung durch die Beklagten den Wohnungswechsel nicht als relevant erkannt und deshalb nicht mitgeteilt hat. Dem Vorbringen der Beklagten, dass die fehlende Mitteilung das Unterbleiben einer Aufklärung zur Eigenheimzulage herbeigeführt habe, kann nicht gefolgt werden, nachdem die Aufklärung schon 1996 und 1997 unterblieben ist, als die Klägerin noch die Wohnung im Erdgeschoss bewohnt hat.

f) Die Ansprüche der Klägerin sind **nicht verjährt**.

Für die Zeit bis 15.12.2004 gilt § 68 StBerG a.F., wonach der Anspruch des Auftraggebers auf Schadenersatz aus dem Steuerberatungsvertrag in drei Jahren von dem Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs an verjährt, gemäß Art. 229 §§ 12 Abs. 1, 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB fort. Danach hat – entgegen der Ansicht der Beklagten – die Verjährung nicht bereits mit dem Zugang oder der Rechtskraft der Einkommen-

steuerbescheide begonnen. **Bei einem Entgang von Steuervergünstigungen, zu denen auch die Eigenheimzulage zählt (BFH, DStR 2000, 1138, 1139; Wacker, a.a.O., Rdnr. 70 f vor § 1 und § 15 Rdnr. 25), entsteht die Beeinträchtigung der Vermögenslage des Berechtigten und damit der Schaden erst dann, wenn feststeht, dass die Voraussetzungen für die Gewährung der Zulage nicht erfüllt sind und nicht mehr erfüllt werden können (BGH, DStR 1996, 983; OLG Köln, DStR 1996, 723, 724). Das ist bei der Versäumung von Fristen der Ablauf des Tages, an dem für den Berechtigten spätestens hätte gehandelt werden müssen (Gehre, StBerG 4. Aufl., § 68 Rdnr. 8).**

Nachdem hier – wie dargestellt – der Bezug der Eigenheimzulage für 1998, 1999 und 2000 nur daran scheitert, dass die Klägerin nicht rechtzeitig innerhalb der 4-jährigen Festsetzungsfrist entsprechende Anträge gestellt hat, hat demzufolge die Verjährung im Hinblick auf die entgangene Eigenheimzulage für 1998 und 1999 mit dem Ablauf des 31.12.2002 und des 31.12.2003 begonnen. Da für die Zeit ab 15.12.2004 nach Art. 229 § 12 Abs. 1, § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB die §§ 194 ff BGB und damit die ebenfalls 3-jährige Verjährungszeit nach § 195 BGB gelten (vgl. Gehre/v. Borstel, StBerG 5. Aufl., § 67a Rdnr. 14), hat die Zustellung der Klage am 21.10.2005 nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu einer rechtzeitigen Hemmung der zu diesem Zeitpunkt noch nicht vollendeten Verjährung geführt.

Im Hinblick auf die Eigenheimzulage für 2000 hätte nach § 68 StBerG a.F. die Verjährung mit dem Ablauf des 31.12.2004, also erst nach dem in Art. 229 § 12 Abs. 1 Satz 2 EGBGB bezeichneten Zeitpunkt, begonnen. Daher gilt nach Art. 229 § 12 Abs. 1, § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB bereits ab 15.12.2004 die Verjährung nach §§ 195, 199 BGB; denn Art. 229 § 6 EGBGB ist auch auf Ansprüche anzuwenden, die erst nach dem Stichtag aus einem bereits davor zustande gekommenen Schuldverhältnis entstanden sind (BGH, NJW 2006, 44; 2005, 739, 740; Palandt/Heinrichs, a.a.O., Art. 229 § 6 EGBGB Rdnr. 2). Demzufolge ist auch insoweit die Verjährung bei der Zustellung der Klage am 21.10.2005 nicht vollendet gewesen und daher wirksam gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt worden.

g) Die Zinsansprüche der Klägerin bestehen gemäß §§ 288 Abs. 1, 286 BGB.

2. (...)

Haftung des Steuerberaters

- Rücknahme des Einspruchs
 - Erkennbare Erfolglosigkeit
 - Keine Weisung des Mandanten
- (OLG Naumburg, Urt. v. 21.9.2006 - 1 U 37/06)

Leitsatz:

Nimmt ein Steuerberater oder ein Rechtsanwalt einen Rechtsbehelf ohne Rücksprache mit dem Mandanten zurück, so liegt hierin kein Verstoß gegen vertragliche Pflichten, wenn der Rechtsbehelf nach dem dem Berater bekannten Sachstand keine Aussicht auf Erfolg hat, der Berater den Mandanten hierüber informiert hat und eine Kontaktaufnahme bis zum Ablauf verfahrensrechtlicher Erklärungsfristen gleichwohl erfolglos geblieben ist.

Aus den Gründen:

Die Berufung der Beklagten ist zulässig; insbesondere wurde sie form- und fristgemäß eingelegt und begründet. Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Das Landgericht hat der Klage zu Recht auch hinsichtlich der Positionen 4 und 5 der Rechnung der Klägerin vom 30.11.2001 stattgegeben; die hiergegen gerichteten Angriffe der Berufung vermögen eine andere Entscheidung nicht zu rechtfertigen. Im Ergebnis hat das Landgericht zu Recht darauf erkannt, dass die Widerklage der Beklagten unbegründet ist.

1. Entgegen der Ansicht der Beklagten hat das Landgericht bei seiner Entscheidung über die Klageforderungen das Verteidigungsvorbringen der Beklagten nicht übergangen. Der unstrittige Sachverhalt lässt jedoch bei zutreffender rechtlicher Bewertung keine andere Entscheidung als die getroffene zu.

1.1. Die von der Klägerin geltend gemachte **Gebühr für die Anfertigung der Gewerbesteuerzerlegungserklärung** für das Jahr 2000 ist ordnungsgemäß nach § 24 Abs. 1 Nr. 6 i.V.m. § 9 Abs. 1 und 2 StBGebV abgerechnet worden. Die Notwendigkeit der Abgabe dieser Erklärung ergibt sich aus § 28 Abs. 1 Satz 1 GewStG in der hier anzuwendenden Fassung vom 19.5.1999 (*alle Rechtsnormen zitiert nach juris*), wonach eine Zerlegung dann erforderlich ist, wenn im Erhebungsjahr mehrere Betriebsstätten in unterschiedlichen Gemeinden unterhalten werden, sowie aus § 14a GewStG, die eine Erklärungs-

pflicht des Gewerbesteuerschuldners für den Fall der Erforderlichkeit der Zerlegung vorsieht. Die vorgenannte Voraussetzung des § 28 Abs. 1 Satz 1 GewStG war für die Beklagte im Jahr 2000 unstrittig erfüllt; denn die Beklagte unterhielt zwei Autohäuser, eins in Q. und eins in der damals noch selbstständigen Gemeinde Lb.

Das lediglich pauschale Bestreiten der Beklagten hinsichtlich des in Ansatz gebrachten Gegenstandswertes in Höhe von 182.900 DM ist unwirksam. Die Klägerin hat substantiiert dargestellt, wie sie den Gegenstandswert ermittelt hat. Rechtlich ist der dargestellte Ansatz zutreffend: Da der Zerlegungsmaßstab nach § 29 GewStG die in den einzelnen Betriebsstätten gezahlten Arbeitslöhne sind, stellt § 24 Abs. 1 Nr. 6 StBGebV in der hier anzuwendenden Fassung vom 20.8.1998 folgerichtig auf deren Summe ab. Dass die von der Klägerin zugrunde gelegte Bezifferung fehlerhaft sei, hätte die Klägerin bereits in erster Instanz substantiiert bestreiten müssen, was hier selbst in zweiter Instanz nicht geschehen ist.

1.2. Die Klägerin hat auch einen Anspruch auf Zahlung der **Gebühr** für die Anfertigung der **Umsatzsteuerjahreserklärung** für die Beklagte für das Jahr 2000. Diese Gebühr hat sie ordnungsgemäß nach § 24 Abs. 1 Nr. 8 i.V.m. § 9 Abs. 1 und 2 StBGebV abgerechnet. Die Anfertigung dieser Erklärung war notwendig, weil für das Jahr 2000 die Organschaft des jetzigen Liquidators der Beklagten i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG u.a. hinsichtlich der Beklagten noch nicht festgestellt worden war. Die umsatzsteuerliche Organschaft für die drei Kapitalgesellschaften des Liquidators der Beklagten war ausweislich des Schreibens des Finanzamts E. vom 12.5.2000 erst ab dem 1.1.2001 umsatzsteuerwirksam, d.h., für das Jahr 2000 musste die Beklagte noch eine eigene Jahresumsatzsteuererklärung abgeben.

2. Das Landgericht hat die Widerklage der Beklagten zu Recht als unbegründet abgewiesen. Es fehlt hier jedoch bereits der Nachweis einer schuldhaften Pflichtverletzung der Klägerin im Rahmen ihrer steuerrechtlichen Vertretung der Beklagten im Widerspruchsverfahren betreffend den Antrag auf Aufhebung des Grunderwerbsteuerbescheids des Finanzamts L. vom 17.4.1997.

Die Beklagte sieht eine Pflichtverletzung darin, dass die Klägerin den von der Beklagten selbst eingelegten Widerspruch gegen den ablehnenden Bescheid vom 27.3.2000 am 30.10.2000 über-

haupt und zudem ohne vorherige Rücksprache mit dem damaligen Geschäftsführer der Beklagten zurückgenommen hat. Dem folgt der Senat nicht.

Das Finanzamt L. hatte der Beklagten mit Schreiben vom 12.10.2000 angekündigt, dass sie den Antrag auf Aufhebung des Grunderwerbsteuerbescheids abzuweisen beabsichtigt, und der Beklagten eine letzte Stellungnahmefrist innerhalb des Widerspruchsverfahrens gesetzt einschließlich der Aufforderung, den Widerspruch wegen der fehlenden Erfolgsaussichten auch zurückzunehmen. Die rechtlichen Ausführungen des Finanzamts waren zutreffend. Die Beklagte erhielt dadurch einen umfassenden Hinweis zur Rechtslage. Dieser Hinweis enthielt auch Ausführungen zu den Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG, für deren Erfüllung das Finanzamt keine tatsächlichen Anhaltspunkte sah. Angesichts dieses Schreibens waren weitere steuerrechtliche Hinweise der Klägerin für die Beklagte entbehrlich.

Die Beklagte hatte nach dem unstreitigen Sachstand dieses Rechtsstreits damals ebenfalls keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der vom Finanzamt zugrunde gelegte Sachverhalt unvollständig sein könnte. Insbesondere kannte die Klägerin damals unstreitig das Schreiben des Grundstücksverkäufers vom 17.9.1999 noch nicht. Deshalb ist es hier auch unerheblich, ob aus dem Inhalt dieses Schreibens ggf. auf einen Aufhebungsgrund i.S.v. § 16 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG zu schließen gewesen wäre.

Nachdem die Kontaktversuche der Klägerin mit dem damaligen Geschäftsführer der Beklagten **erfolglos geblieben waren**, hatte die Beklagte angesichts der ablaufenden Stellungnahmefrist zu entscheiden und konnte dabei nur auf den mutmaßlichen Willen der Mandantin abstellen. Objektiv sprach das Schweigen des damaligen Geschäftsführers der Beklagten dafür, dass er aus seiner Sicht keine Einwendungen gegen die Ausführungen des Finanzamts vorbringen konnte, insbesondere keine solchen tatsächlicher Art. Ohne begründete Einwendungen stand eine Zurückweisung des Widerspruchs zu erwarten.

Unter diesen Umständen sprach das Kosteninteresse der Beklagten objektiv für eine Rücknahme. Andere, gegen eine Rücknahme sprechende Umstände waren der Klägerin damals nicht bekannt.

(...)

Honorar des Testamentsvollstreckers

- Angemessenheit
- Fälligkeit
- Neue Rheinische Tabelle
- Aufwändige Grundtätigkeit
- Bruttovergütung
- Selbstkontrahierungsverbot, § 181 BGB
(LG Köln, Urt. v. 26.9.2006 – 18 O 140/05)

Leitsätze (d.Red.):

1. Die angemessene Testamentsvollstreckervergütung ist nicht nach der geleisteten Arbeitszeit, sondern nach der Neuen Rheinischen Tabelle abzurechnen.
2. Bezugsgröße ist der Bruttonachlass.
3. Eine aufwändige Grundtätigkeit kann bei zahlreichen Nachlassverbindlichkeiten gegenüber verschiedenen Gläubigern und zeitlich aufwändigen Verhandlungen vorliegen.
4. Ein freiberuflich tätiger Testamentsvollstrecker kann auch Umsatzsteuer verlangen.
5. Die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens hat der Testamentsvollstrecker zu beweisen. Sie kann aus dem Willen des Erblassers oder der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung abgeleitet werden.

Zum Sachverhalt:

Die Klägerinnen sind Erbinnen des am 20.10.2003 verstorbenen Dr. C3. Der Erblasser setzte sie in seinem Testament vom 23.12.2000 als Erbinnen von jeweils der Hälfte seines Nachlasses ein. Weiterhin dachte er in diesem Testament seiner Lebensgefährtin Hausrat, Einrichtung des Hauses sowie seinen PKW als Vermächtnis zu. Als Testamentsvollstrecker setzte er seinen Steuerberater, den Beklagten, und Herrn H. – der noch vor dem Erbfall selbst verstarb – ein; eine Vergütung wurde nicht geregelt. Die Parteien streiten um die Angemessenheit der Vergütung, die dem Beklagten für seine Tätigkeit als Testamentsvollstrecker zusteht.

Das AG Kerpen bestimmte den Beklagten mit Beschluss vom 24.10.2003 zum Testamentsvollstrecker. In der Folgezeit nahm der Beklagte als Testamentsvollstrecker im Wesentlichen folgende Aufgaben wahr:

Er ermöglichte die Fortführung der röntgenologischen Facharztpraxis des Erblassers und seiner Unternehmen N. GmbH & Co. KG und N. GmbH bis zum 31.3.2004, wobei die Erledigung der laufenden Routine-Verwaltungsarbeiten durch Frau Q., eine Mitarbeiterin der Steuerberaterpraxis des Beklagten, erfolgte, die dazu vor Ort tätig war und gesondert vergütet wurde. Die für die Fortführung praktisch verantwortlichen Ärzte stellten dem Nachlass 57.400 EUR in Rechnung.

Anfang April 2004 verkaufte er sowohl die Praxis als auch die Unternehmen, wobei die Klägerinnen an den Verkaufsverhandlungen beteiligt wurden. Der Praxiswert war zuvor von dem Wirtschaftsprüfer G1, der der Wirtschaftsprüfer- und Steuerberatersozietät des Beklagten angehört, mit 6.965.349 EUR berechnet worden. Der vereinbarte Kaufpreis lag bei 5.200.000 EUR. Ein anderweitiger Rechtsstreit vor dem Landgericht Köln (23 O 209/05) zwischen den Erwerbern und den Klägerinnen über die Zahlung des Restkaufpreises von 256.431,42 EUR (inkl. bis zum 14.10.2004 angefallener Verzugszinsen) wurde durch Vergleich beendet, in dem die Klägerinnen auf 43.215 EUR verzichteten.

Weiterhin regulierte der Testamentsvollstrecker die Nachlassverbindlichkeiten, insbesondere die darin enthaltenen Bankverbindlichkeiten sowie Unterhaltsforderung von Frau C2 und Frau C, den ehemaligen Ehefrauen des Erblassers. Auch das testamentarische Vermächtnis an die Lebensgefährtin des Erblassers erfüllte der Beklagte. Er führte Verhandlungen über den Umfang zu zahlender Vorfälligkeitsentschädigungen und beglich sie, soweit sie noch zu zahlen waren. Er trieb offene Arztrechnungen gegenüber Patienten ein. Darüber hinaus regulierte er die Erbfallkosten. Schließlich zahlte der Beklagte den Klägerinnen aufgrund des Erbfalls Lebens- und Unfallversicherungen des Erblassers im Wert von rund 700.000 EUR aus.

Der Beklagte sandte den Klägerinnen am 24.9.2004 einen mit „Entwurf“ bestempelten Rechenschaftsbericht über seine Tätigkeit bis zum 30.9.2004 zu. In diesem Schreiben setzte der Beklagte die Testamentsvollstreckergebühr auf 317.956 EUR fest. Diesen Wert ermittelte er auf Basis der als „Neue Rheinische Tabelle“ bekannten Vergütungsempfehlungen des Deutschen Notarvereins unter Zugrundelegung eines zum verwalteten Nachlass gehörenden Aktivvermögens („Bruttonachlass“) von 8.139.786 EUR. Daraus errechnete der Beklagte eine Grund-

vergütung in Höhe von 1,5% des Bruttonachlasses, zu der er gemäß der „Neuen Rheinischen Tabelle“ Zuschläge für einzelne Aufgaben addierte.

Der Berechnung der Gebühr legte der Beklagte folgende Einzelposten zugrunde: (...)

Die ermittelte Summe von 317.956 EUR zog der Beklagte am 24.9.2004 von einem von ihm verwalteten Nachlasskonto für sich ein. Die Klägerinnen forderten den Beklagten mit Schreiben vom 24.2.2005 mit Fristsetzung zum 10.3.2005 zur Rückzahlung von 277.956 EUR auf.

Im Laufe des Verfahrens hat der Beklagte den endgültigen Rechenschaftsbericht über die Testamentsvollstreckung vom 20.10.2003 bis zum 31.12.2004 beigebracht. Weiterhin hat er mit Rechnung vom 4.5.2005 seine Testamentsvollstreckergebühr auf 327.825,44 EUR erhöht, indem er von einem Nachlassbruttowert zum 14.7.2005 in Höhe von 1.187.065,48 EUR Honorar in Höhe von 0,415% berechnete (= 4.926,32 EUR) sowie Auslagenerstattung in der Zeit vom 21.10.2003 bis zum 12.5.2005 – Fahrtkosten, Kopien, Porto etc. – in Höhe von 3.577,80 EUR verlangte.

Die Klägerinnen sind der Ansicht, die vom Beklagten beanspruchte Vergütung sei unangemessen hoch. Der Vergleich der Höhe des Reinnachlasses (Nettonachlass nach Abzug aller Verbindlichkeiten) in Höhe von 263.511,22 EUR zur Höhe der Testamentsvollstreckergebühr von 327.825,44 EUR zeige, dass die Testamentsvollstreckergebühr nicht angemessen i.S.v. § 2221 BGB sei. Die Klägerinnen behaupten, dies sei vom Erblasser nicht beabsichtigt gewesen. Die angemessene Vergütung betrage lediglich 40.000 EUR; daraus ergibt sich die Klageforderung.

Die an sie aus Lebens- und Unfallversicherungen des Erblassers ausgezahlten rund 700.000 EUR dürften nicht berücksichtigt werden, denn sie gehörten formal nicht zum Nachlass und zudem sei dieser Betrag ihnen nicht persönlich zugute gekommen, weil damit – unstreitig – ihre aufgrund des Praxisverkaufs entstandene höhere Einkommensteuer beglichen wurde.

Die Klägerinnen sind weiterhin der Ansicht, bei der Ermittlung der Grundlage der angemessenen Vergütung sei der Reinnachlass zzgl. 40% der Schulden anzusetzen, also eine Kappungsgrenze für Schulden bei 40% zu ziehen, anstatt

den vollen Bruttonachlass als Bezugsgröße zu nehmen. Dies sei erforderlich, um der Besonderheit des Falles, dass ein hohes Maß an Verbindlichkeiten den Nachlass belastet, gerecht zu werden.

Keinesfalls angemessen sei, wenn der Beklagte zur Berechnung seiner Grundvergütung auf den vollen Bruttonachlass abstelle und dann zusätzlich Zuschlag für eine aufwändige Grundtätigkeit wegen der aufwändigen Regulierung der Nachlassverbindlichkeiten in Höhe von 4/10 des Grundbetrages, also 48.839 EUR, berechne, da auf diese Weise die Höhe der Nachlassverbindlichkeiten doppelt die Testamentsvollstreckervergütung erhöhe.

Auch die übrigen vom Beklagten angesetzten Zuschläge seien teils unberechtigt, teils überhöht. Soweit einer der Zuschläge für die Auseinandersetzung der Erbschaft und Auszahlung der Vermächtnisse angesetzt worden sei, sei zu berücksichtigen, dass – unstreitig – der Beklagte keine Erbauseinandersetzung zwischen den Klägerinnen durchführte und nur ein einziges Vermächtnis für die Lebensgefährtin des Erblassers abzuwickeln war, dessen betragsmäßiger Wert in Höhe von 19.801 EUR – unstreitig – geringer ist als der hierfür berechnete Zuschlag in Höhe von 24.419 EUR. Zudem sind die Klägerinnen der Ansicht, der Zuschlag dürfe sich – wenn überhaupt – nur auf die Höhe des Vermächtnisses als Bezugsgröße beziehen, aber nicht auf den Bruttonachlass. Außerdem dürfe die Umsatzsteuer nicht hinzugerechnet werden.

Die Unangemessenheit der vom Beklagten angesetzten Vergütung werde nach Ansicht der Klägerinnen dadurch weiter verschärft, dass der Beklagte wegen Steuerberaterdienstleistungen im Zusammenhang mit dem Nachlass – unstreitig – weitere 137.356,54 EUR berechnete und erhielt.

Auch ansonsten ist die Testamentsvollstreckung nach Ansicht der Klägerinnen nicht erfolgreich gewesen, denn der Beklagte habe die Praxis als wesentlichen Nachlassgegenstand unter Wert verkauft sowie erhebliche Kosten für den Nachlass verursacht, indem er in außerordentlich großem Umfang Gutachter, Hilfspersonen, Rechtsanwälte, Ärzte sowie seine Mitarbeiterin Frau Q. hinzugezogen habe. In diesem Zusammenhang weisen sie darauf hin, dass für Steuerberatung, Rechtsanwaltsdienstleistung und Leistungen der Ärzte unstreitig Kosten von insgesamt 254.058,50 EUR entstanden (einschließ-

lich der 137.356,54 EUR für eigene Steuerberatung durch den Beklagten). Nach ihrer Ansicht könne der Beklagte nicht für dieselben Tätigkeiten im Übermaß herangezogene Dritte bezahlen und für sich Zuschläge fordern.

Zudem sei entgegen der Angaben des Beklagten keinerlei Reingewinn in 2004 erzielt worden, weil nach dem Ergebnis einer Betriebsprüfung keine Rückstellungen für Vorfälligkeitsentschädigungen gebildet werden durften, so dass infolge Auflösung dieser Rückstellungen kein Gewinn anfiel. Der Beklagte könne daher auch nicht 10% eines nicht existierenden Gewinns als Honorar für die Praxisfortführung verlangen.

Auch nach einer stundenweisen Berechnung der Vergütung des Beklagten sei bei einem Arbeitsaufwand von 256 Stunden zu je 150 EUR eine Summe von etwa 40.000 EUR angemessen.

Jedenfalls sei die Vergütung zum 24.9.2004 noch nicht fällig gewesen und schon daher zurückzuzahlen. Dass die Testamentsvollstreckung zu jenem Zeitpunkt nicht beendet gewesen sei, zeige das Verhalten des Beklagten, da er danach weiter Tätigkeiten der Testamentsvollstreckung – gegen den Wunsch der Erbinnen – ausgeübt habe und sie mit seiner Rechnung vom 4.5.2005 auch berechne.

(Anträge ...)

Der Beklagte ist der Ansicht, dass die von ihm berechnete Vergütung angemessen ist. Die Berechnungsgrundlage der Vergütung sei mit dem vollen Bruttonachlass korrekt gewählt worden. Er behauptet, die Zuschläge zur Grundvergütung für einzelne Sonderaufgaben seien stets unter dem Durchschnitt angesetzt und der gut geleisteten Arbeit angemessen. Es habe einen erheblichen Zeitaufwand bei der Regulierung der Nachlassverbindlichkeiten gegeben sowie schwierige Verhandlungen mit den Gläubigern des Erblassers, z.B. von Krankenversicherungsträgern.

Der Beklagte ist der Ansicht, dass das von den Klägerinnen beklagte Ungleichgewicht zwischen Höhe ihres Reinnachlasses und der Testamentsvollstreckervergütung in der Höhe nicht gegeben sei, weil die Klägerinnen wegen des Erbfalls rund 700.000 EUR aus Lebens- und Unfallversicherungen des Erblassers erhielten, und daher sei ihnen aufgrund des Erbfalls insgesamt ein Betrag von rund 1,165 Mio. EUR zugeflossen. Sofern die Klägerinnen argumentierten, dass die

700.000 EUR aus Lebens- und Unfallversicherungen des Erblassers stammten und nicht berücksichtigt werden dürften, weil sie formal nicht zum Nachlass gehörten und damit nur die aus der Praxisveräußerung resultierende Einkommensteuer bedient wurde, müsse konsequenterweise diese Einkommensteuer in Höhe von – unstreitig – 848.000 EUR aus den Nachlassverbindlichkeiten herausgerechnet werden, denn der Verkauf sei durch die Klägerinnen veranlasst worden, nicht durch den Erblasser.

Dass der den Klägerinnen jeweils tatsächlich verbleibende Erbteil im Verhältnis zum Bruttosachverhalt so gering ausfalle, liege nicht an einer unsachgemäß betriebenen Testamentsvollstreckung oder einer unberechtigten Höhe der Testamentsvollstreckervergütung, sondern primär am Ausgabe- und Entnahmeverhalten des Erblassers zu Lebzeiten, der dadurch – unstreitig – ein negatives Kapitalkonto hinterlassen hat.

Der Vorwurf, die Testamentsvollstreckung sei nicht erfolgreich gewesen, sei unzutreffend, da ihm gelungen sei, die Höhe einzelner Nachlassverbindlichkeiten durch Verhandlungen ganz erheblich zu verringern, insbesondere die Höhe der Vorfälligkeitsentschädigungen bei vorzeitiger Rückzahlung von Darlehensverbindlichkeiten von 500.000 EUR auf rund 70.000 EUR zu senken.

Die Abweichung des für die Praxis erzielten Kaufpreises vom gutachterlich ermittelten Wert sei vor allem dem Zeitdruck und der mangelnden Zahl solventer Interessenten geschuldet gewesen und der Verkauf zu diesem Betrag ist – unstreitig – mit den Klägerinnen abgestimmt gewesen.

Der Beklagte ist der Ansicht, dass sein Vergütungsanspruch bei Entnahme des Geldes fällig war. Die danach ausgeübten Tätigkeiten seien einer Dauertestamentsvollstreckung i.S.d. § 2209 BGB gleichzusetzen.

Falls man seine Vergütung nach Arbeitszeit berechnen wolle, behauptet der Beklagte hierzu, er habe mehr als 1.000 Stunden Arbeit im Rahmen dieser Testamentsvollstreckung geleistet. Er ist der Ansicht, je Stunde seien 290 EUR zu vergüten.

Der Beklagte hat behauptet, in der Zeit, in der die Facharztpraxis nach dem Erbfall fortgeführt werden konnte, sei ein Reingewinn von 176.970 EUR erzielt worden.

Die zulässige Klage ist in Höhe von 112.590 EUR begründet.

Aus den Gründen:

I.

1. Die Klägerinnen haben gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB in Höhe von 112.590 EUR einen Zahlungsanspruch gegen den Beklagten, da er diesen Betrag, der ihm als Vergütung nicht geschuldet war, auf Kosten der Klägerinnen erlangt hat, indem er 317.956 EUR von einem Nachlasskonto des Erblassers, das den Klägerinnen aufgrund des Erbfalls zusteht, entnommen hat, obwohl die ihm zustehende angemessene Bruttovergütung 205.366 EUR beträgt.

Die vom Beklagten vorgenommene Berechnung seiner Vergütung im Rechenschaftsbericht und in der Rechnung vom 4.5.2006, auf die jeweils Bezug genommen wird, hält einer Überprüfung durch das Gericht nicht in allen Punkten stand.

Der Beklagte hat gemäß § 2221 BGB Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Als angemessen ist nach dieser Vorschrift diejenige Vergütung anzusehen, die sich nach Würdigung aller Umstände unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles an Art, Dauer und Umfang der zu erledigenden Aufgaben bemisst.

Zur Beurteilung der Angemessenheit sind maßgebend der dem Testamentsvollstrecker im Rahmen der Verfügung von Todes wegen nach dem Gesetz obliegende Pflichtenkreis, der Umfang der ihn treffenden Verantwortung und die von ihm geleistete Arbeit, wobei die Schwierigkeit der gelösten Aufgaben, die Dauer der Abwicklung oder der Verwaltung, die Verwertung besonderer Kenntnisse und Erfahrungen und auch die Bewährung einer sich im Erfolg auswirkenden Geschicklichkeit zu berücksichtigen sind (vgl. BGH, Urt. v. 28.11.1962 – V ZR 225/60, LM § 2221 BGB Nr. 2, Bl. 906; BGH, Urt. v. 26.6.1967 – III ZR 95/65, LM § 2221 BGB Nr. 5, Bl. 457 = NJW 1967, 2400; OLG Köln, Urt. v. 8.7.1993 – 1 U 50/92, ZEV 1994, 118, 119 = FamRZ 1994, 328).

a) Um den unbestimmten **Rechtsbegriff der Angemessenheit in § 2221 BGB** auszufüllen, gibt es einerseits in verschiedenen Tabellen den Ansatz, durch einen Prozentsatz, der sich auf den Nachlasswert als Bezugsgröße bezieht, die

Grundvergütung zu bestimmen und dann durch ggf. hinzutretende Zuschläge, die sich auf die Grundvergütung als Bezugsgröße beziehen, besondere Schwierigkeiten der Tätigkeit zu vergüten. Einzelheiten sind hier je nach Tabelle unterschiedlich. Andererseits gibt es den Ansatz, die Testamentsvollstreckergebühr nach der geleisteten Arbeitszeit zu berechnen. Dies wird in der Literatur teilweise befürwortet (vgl. Zimmermann, *Die angemessene Testamentsvollstreckervergütung*, ZEV 2201, 334; MünchKomm-BGB/Zimmermann 4. Aufl., § 2221 Rz. 17).

Die Rechtsprechung hat bisher die Bestimmung der angemessenen Testamentsvollstreckergebühr auf Basis von **Tabellen und Prozentsätzen vorgenommen** (vgl. BGH, Urt. v. 26.6.1967 – III ZR 95/65, NJW 1967, 2400; OLG Köln, Urt. v. 8.7.1993 – 1 U 50/92, NJW-RR 1994, 269 = OLGR Köln 1993, 297 = FamRZ 1994, 328 = ZEV 1994, 118). Dieser Ansatz wird auch in der Literatur teilweise befürwortet (vgl. Tiling, *Die Vergütung des Testamentsvollstreckers*, ZEV 1998, 331; Reimann, *Die Berechnung der Testamentsvollstreckervergütung nach den neueren Tabellen*, DStR 2002, 2008).

Der Bundesgerichtshof hat diese Vorgehensweise zuletzt bestätigt (vgl. BGH, Beschl. v. 27.10.2004 – IV ZR 243/03, ZEV 2005, 22). Dort wird ausgeführt, dass die Berechnung der Vergütung nach Bruchteilen des **Nachlasswerts** möglich und im Grundsatz der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden förderlich ist, indes solche Richtsätze – wie etwa die Rheinische Tabelle – nicht schematisch angewandt werden dürfen, weil sie in der Regel nur einen Anhaltspunkt für Fälle bieten, in denen der Testamentsvollstrecker die üblichen Aufgaben erfüllt. Ihrer Natur nach könne die Vergütung nur im Rahmen eines Ermessensspielraums bestimmt werden und obliege in erster Linie dem Tatrichter. Dass sich die Vergütung des Testamentsvollstreckers ausschließlich nach seinem Zeitaufwand zu richten habe, sei in Übereinstimmung mit den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen abzulehnen (vgl. BHG, a.a.O.; BGH, Urt. v. 28.11.1962 – V ZR 225/60, LM § 2221 BGB Nr. 2, Bl. 2, 5 f; BGH, Urt. v. 26.6.1967 – III ZR 95/65, NJW 1967; BGH, Urt. v. 24.11.1971 – IV ZR 228/69, WM, 1972).

Dieser Ansicht schließt sich das Gericht an. **Denn der Ansatz, auf Basis der bereits seit 1925 entwickelten verschiedenen Tabellen** – z.B. Rheinische Tabelle, Möhring'sche Tabelle, Klingelhöffer'sche Tabelle, Berliner Praxis, Eckelkemper'sche Tabelle und Neue Rheinische Tabelle – **von Prozentwerten in Bezug auf den**

Nachlasswert auszugehen, kann als gefestigt und aufgrund des bestehenden Ermessensspielraums des Prozessgerichts als sachgerecht angesehen werden. Dabei müssen die bereits eingangs genannten Kriterien der Rechtsprechung in die Ermessensentscheidung einfließen.

Eine Abrechnung nach Zeitaufwand würde neue Fragen aufwerfen, z.B. wie viele Stunden man angemessenerweise für eine bestimmte Tätigkeit benötigt, welcher Stundensatz angemessen ist. Insofern hat sich noch keine gefestigte Vorgehensweise herausgebildet, die Rechtssicherheit böte. Eine Abrechnung nach Zeitaufwand beseitigt auch das hier vorherrschende Problem einer Vergütungsberechnung bei Vorliegen eines stark überschuldeten Nachlasses nicht, insbesondere nicht das Problem, dass bei einem hohen Schuldenanteil die Vergütung den Wert des verbleibenden Reinnachlasses erheblich beeinträchtigen kann. Denn die Abwicklung vieler Verbindlichkeiten ist regelmäßig zeitaufwändig, so dass sich auch bei einer Abrechnung nach Arbeitszeit dasselbe Problem stellen kann, als wenn man auf den Bruttonachlass als Bezugsgröße abstellt.

Der von den Klägerinnen vorgeschlagenen Berechnung der Vergütung nach Arbeitszeitstunden wird daher nicht gefolgt. Vielmehr ist der Aspekt des Zeitaufwands lediglich einer von mehreren, die bei der Ermessensentscheidung berücksichtigt wurden.

b) Ebenso wenig war den Klägerinnen darin zu folgen, auf den Nettonachlass zzgl. eines bei 40% gekappten Schuldenanteils als Bezugsgröße abzustellen. Hierfür fand sich keine Rechtsgrundlage.

Vielmehr ist anerkannt und zutreffend, auf den **vollen Bruttonachlass als Bezugsgröße für die Vergütungsberechnung** in Prozentsätzen abzustellen, sofern – wie hier – die Abwicklung aller Verbindlichkeiten zu den Aufgaben des Testamentsvollstreckers gehört, **weil gerade die Schuldenregulierung zeitlich und inhaltlich aufwändig ist und sonst ein Testamentsvollstrecker bei Überschuldung eines Nachlasses u.U. keinerlei Vergütung erhielte** (vgl. BGH, Urt. v. 26.6.1967 – III ZR 95/65, NJW 1967, 2402; MünchKomm-BGB/Zimmermann 4. Aufl., § 2221 Rz. 8; Palandt/Edenhofer, BGB 64. Aufl., § 2221 Rz. 5 und 10; Tiling, *Die Vergütung des Testamentsvollstreckers*, ZEV 1998, 331 m.w.N. in Fn. 4; Reimann, *Die Testamentsvollstreckervergütung nach den Empfehlungen des Deutschen Notarvereins*, DNotZ 2001, 344, 348).

Ein Erbe kann mithin nicht die Vergütung eines Testamentsvollstreckers, der mit Abwicklung sämtlicher Verbindlichkeiten befasst ist, durch Ziehen einer willkürlichen Kappungsgrenze schmälern. Der Erbe kann lediglich eine Kappung seines Erbteils gemäß § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB vornehmen, sofern er sich durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung übermäßig benachteiligt sieht. Danach kann ein Erbe, wenn der ihm hinterlassene Erbteil von seiner Quote her – wie hier – größer als sein Pflichtteil ist, die Erbschaft wegen der Belastung mit der Testamentsvollstreckung ausschlagen und seinen Pflichtteil fordern. So sind die Klägerinnen jedoch nicht vorgegangen.

c) Als Ausgangspunkt ist das Gericht von der **Neuen Rheinischen Tabelle** ausgegangen. Zwar hat die Rechtsprechung bislang die Rheinische Tabelle herangezogen und sie sowie andere Tabellen (insbesondere die Möhring'sche, die Klingelhöffer'sche und die Berliner Praxis Tabelle) setzen sowohl bei der Grundvergütung als auch bei Höhe der Zuschläge deutlich niedriger an, so dass gegen die Neue Rheinische Tabelle spricht, dass sie insoweit im Vergleich zu sehr hohen Beträgen gelangt, die überhöht sein könnten (vgl. *Vergleichsberechnungen bei Reimann, Die Testamentsvollstreckervergütung nach den Empfehlungen des Deutschen Notarvereins, DNotZ 2001, 344, 348; Reimann, Die Berechnung der Testamentsvollstreckervergütung nach den neueren Tabellen, DStR 2002, 2008*).

Indes sind die Parteien bisher übereinstimmend von der Neuen Rheinischen Tabelle als Anhaltspunkt für die Vergütungsberechnung ausgegangen; die Klägerinnen bereits in der Klageschrift. Da zwischen Testamentsvollstrecker und Erben Vereinbarungen zu einer angemessenen Vergütung getroffen werden können (vgl. *Palandt/Edenhofer, BGB 64. Aufl., § 2221 Rz. 5*), hat sich das Gericht an der Neuen Rheinischen Tabelle orientiert.

d) Das Gericht hat folgende Beträge angesetzt, um insgesamt eine angemessene Vergütung zu ermitteln: (...)

Die **Grundvergütung** war vom Beklagten aufgrund der Neuen Rheinischen Tabelle zutreffend mit **1,5% des Bruttonachlasses bei 122.097 EUR** angesetzt worden. Da die Grundvergütung im Vergleich zu den anderen Tabellen damit bereits deutlich überdurchschnittlich war, hat das Gericht teils geringere Zuschläge angenommen, als der Beklagte berechnet hat, teils

Zuschläge gestrichen, um insgesamt zu einer angemessenen Vergütung zu gelangen.

e) Es war hier angemessen, Zuschläge anzusetzen, da aufgrund des Sachvortrags der Parteien feststeht, dass die mit der Testamentsvollstreckung verbundenen **Aufgaben über ein normales Maß hinausgingen**.

(1) Dabei erscheint die Ansicht, dass das **Normalmaß** der mit einer Testamentsvollstreckung verbundenen Aufgaben das sei, dass der Nachlass nur ein Konto, ein Wertpapierdepot und eine deutsche Rendite-Immobilie umfasst und „z.B. durch bloßes Einholen von Kontoauszügen, Grundbucheinsichten und Sichtung von Mietverträgen konstituiert ist“ (vgl. *Zimmermann, Die angemessene Testamentsvollstreckervergütung, ZEV 2201, 334, 336, 337; Empfehlungen des Deutschen Notarvereins, Die Vergütung des Testamentsvollstreckers*) und dies eine Vergütung von 1,5 bis 4% des Bruttonachlasses rechtfertigt und eine darüber hinausgehende Tätigkeit demnach bereits zusätzlich zu vergüten ist, nicht überzeugend. So hat sich der Beklagte auch nicht eingelassen.

Berücksichtigt man die für die Ermessensentscheidung durch die Rechtsprechung entwickelten Kriterien, nach denen es auf den dem Testamentsvollstrecker nach dem Gesetz obliegenden **Pflichtenkreis, den Umfang der ihn treffenden Verantwortung und die von ihm geleistete Arbeit ankommt, wobei die Schwierigkeit der gelösten Aufgaben, die Dauer der Abwicklung oder der Verwaltung, die Verwertung besonderer Kenntnisse und Erfahrungen und auch die Bewährung einer sich im Erfolg auswirkenden Geschicklichkeit zu berücksichtigen sind**, ergibt sich, dass mit der Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers bereits vom Ansatz her ein gewisses Maß an Komplexität verbunden wird, das über Einholen von Kontoauszügen, Grundbucheinsichten und Sichtung von Mietverträgen hinausgeht. Dafür spricht insbesondere auch die Höhe der Grundvergütung.

Es erscheint daher grundsätzlich bedenklich, darüber hinausgehende Tätigkeiten und Schwierigkeiten lediglich über das Bemessen von Zuschlägen zu vergüten. Jedenfalls ist es im vorliegenden Fall nicht angemessen, die weit über ein solches Maß hinausgehenden Tätigkeiten und gemeisterten Schwierigkeiten lediglich über das Bemessen von Zuschlägen zu vergüten. Vielmehr ist die Grundvergütung aufgrund ihrer Höhe als hauptsächliche Vergütung für die vom Beklagten geleistete Arbeit anzusehen.

(2) Für die „aufwändige Grundtätigkeit“ war ein **Zuschlag von 2/10** in Höhe von 24.419 EUR, für die „aufwändige Gestaltungsaufgabe“ war ein **Zuschlag von 2,5/10** in Höhe von 30.524 EUR angemessen. Hinzugerechnet zur Grundgebühr ergibt sich ein Betrag von 177.040 EUR netto, der im Hinblick auf Pflichtenkreis, Umfang, Schwierigkeit und Dauer der Aufgaben sowie Erfolg der Tätigkeit insgesamt angemessen ist.

Bei Bemessung dieser Zuschläge mit Blick auf die sich insgesamt ergebende Summe hat das Gericht die vom Beklagten dargelegten Tätigkeiten seiner Testamentsvollstreckung im Einzelnen berücksichtigt.

Es hat insbesondere berücksichtigt, dass der Beklagte ein **hohes Maß an Nachlassverbindlichkeiten** gegenüber verschiedenen Gläubigern zu regulieren hatte und hierzu zeitlich **aufwändige Verhandlungen** durchgeführt wurden. Weiterhin besonders berücksichtigt wurden die **von ihm organisierte mehrmonatige Fortführung der Facharztpraxis** des Erblassers und die folgende Durchführung der **Veräußerung der Praxis** als anspruchsvoller und schwieriger Schwerpunkt der Tätigkeit.

Es hat weiterhin besonders berücksichtigt, dass der Beklagte im Umfang von etwa **430.000 EUR Vorfälligkeitsentschädigungen abwenden konnte**, was als großer Erfolg zu bewerten ist. Es hat hierbei aber auch berücksichtigt, dass gerade eine an die Kreissparkasse in Höhe von 228.000 EUR zu zahlende Vorfälligkeitsentschädigung darüber abgewendet werden konnte, dass als Käufer der Facharztpraxis jemand ausgewählt wurde, der über diese Bank den Kaufpreis finanzierte – und der indes etwa 1,2 Mio. EUR weniger für die Facharztpraxis des Erblassers zahlte, als das Wertgutachten des Sozios des Beklagten ermittelt hatte (hierbei wurde das Umlaufvermögen im Wert von 500.000 EUR, das der Erwerber nicht für 5,2 Mio. EUR erwarb, sondern das den Klägerinnen erhalten blieb, berücksichtigt). Indes ist völlig offen, ob ein anderer Interessent mehr hätte bezahlen können, so dass das Gericht davon ausgeht, dass sich hier vorrangig das Risiko verwirklicht hat, innerhalb eines knappen, vorgegeben Zeitrahmens eine Kaufsache zu einem sehr hohen Kaufpreis veräußern zu müssen.

Bei der Bemessung dieser Zuschläge hat sich das Gericht weiterhin davon leiten lassen, dass die Klägerinnen zu Recht vorgebracht haben, dass, wenn der volle Bruttonachlass die Bemessungs-

grundlage der – hohen – Grundvergütung ist, es unangemessen ist, dieselben Verbindlichkeiten erneut und vor allem in erheblichem Maße erhöhend im Rahmen des Zuschlags „aufwändige Grundtätigkeit“, der die Grundvergütung als Bezugsgröße hat und so vom Bruttonachlass ausgeht, zu bewerten. Hier 2/10 anzusetzen, entsprach einer vermittelnden Position zwischen den Ansätzen der Parteien und war angemessen.

(3) Zutreffend von den Klägerinnen vorgebracht war weiterhin, dass bei Bemessung der Vergütung berücksichtigt werden muss, dass sowohl bei der Fortführung der Praxis als auch bei der Veräußerung der Praxis **Hilfspersonen** (Ärzte, Rechtsanwälte und Steuerberater), **die gesondert in Höhe von insgesamt 254.058,50 EUR vergütet wurden, hinzugezogen wurden**. Auch dies sind Kosten der Testamentsvollstreckung, die die Erbsinnen getragen haben und die in der Gesamtschau vergütungsmindernd zu berücksichtigen waren (*so auch Zimmermann, Die angemessene Testamentsvollstreckervergütung, ZEV 2001, 334, 338 a.E.*).

Zur **Hinzuziehung Dritter** war der Beklagte berechtigt und dass die Hinzuziehung dieser Hilfspersonen nicht erforderlich war, haben die Klägerinnen selbst nicht behauptet. Die Hinzuziehung Dritter zeigt auch die Komplexität der Aufgabe. Sie zeigt indes zugleich, dass der Beklagte insoweit teilweise eher eine beaufsichtigende Funktion innehatte.

In der Literatur wird insoweit teilweise diskutiert, Abschlüsse von der Grundvergütung vorzunehmen, soweit der Testamentsvollstrecker lediglich eine **beaufsichtigende Funktion** innehatte (*vgl. Reimann, Die Testamentsvollstreckervergütung nach den Empfehlungen des Deutschen Notarvereins, DNotZ 2001, 344, 353*). Dieser Gedanke wurde bei Ansatz der Zuschläge in einer Gesamtschau mindernd berücksichtigt.

Diese mindernde Berücksichtigung der Kosten für Hilfspersonen war auch gerade wegen der dem Beklagten gesondert vergüteten Steuerberatung in Höhe von 137.356,54 EUR angemessen, weil die vom Beklagten verwendete Neue Rheinische Tabelle bei den Zuschlagspositionen **eine eigene Position für Steuerangelegenheiten vorsieht, wo Steuerberaterleistungen durch Zuschläge von 2/10 bis 10/10 vergütet werden sollen**. Hier hätten demnach lediglich Kosten zwischen 24.419,40 EUR (2/10) und 122.097 EUR (10/10) anfallen können.

Dabei übersieht das Gericht nicht, dass nach den Empfehlungen des Deutschen Notarvereins nur durch den Erbfall entstandene, inländische Steuerfragen von dieser Zuschlagsposition umfasst sein sollen, nicht bereits zuvor entstandene oder danach entstehende oder ausländische Steuerangelegenheiten. Es bedarf hier keiner Entscheidung, ob diese Grenzziehung angemessen ist, jedenfalls ist der Beklagte hier nicht nur mit durch den Erbfall entstandenen Steuerangelegenheiten befasst gewesen, sondern auch mit einkommensteuerrechtlichen Sachverhalten, die eine zusätzliche Vergütung begründen.

Indes hat der Beklagte seine Steuerberaterleistungen insofern nicht differenziert abgerechnet, da in Betracht gekommen wäre, die für den Erbfall geregelten Steuerangelegenheiten innerhalb der Testamentsvollstreckertätigkeit zu berechnen und nur die einkommensteuerrechtlichen Sachverhalte gesondert neben der Testamentsvollstreckung abzurechnen. Nach den Kriterien der Rechtsprechung ist bei der Vergütungshöhe die **Verwertung besonderer Fachkenntnisse erhöhend zu berücksichtigen. Der Beklagte hat indes seine Tätigkeiten, die auf seinem Fachwissen beruhten, separat berechnet. Dies war mindernd zu berücksichtigen.**

(4) Zutreffend war weiterhin die Ansicht der Klägerinnen, dass der vom Beklagten für die **Abwicklung des Vermächtnisses der Lebensgefährtin** des Beklagten angesetzte Zuschlag von 2/10 der Grundgebühr in Höhe von 24.419,40 EUR angesichts des Werts des Vermächtnisses von 19.801 EUR unangemessen ist.

Da nur ein Vermächtnis vorlag und im Übrigen keine Aufgaben der Erbaueinandersetzung anfielen, ist diese Tätigkeit nicht durch einen gesonderten Zuschlag zu erfassen, sondern ist von Grundvergütung und den angesetzten Zuschlägen hinreichend abgegolten. Ob insoweit die Grundvergütung oder der Vermächtniswert die richtige Bezugsgröße gewesen wäre, bedarf daher keiner Entscheidung.

(5) Nicht geschuldet war weiterhin die **Entnahme von 10 % des Reingewinns aus dem Praxisbetrieb in 2004. Die insoweit im Wesentlichen leitende und beaufsichtigende Funktion des Beklagten ist durch die Nettovergütung von 177.040 EUR hinreichend abgegolten.**

Es liegt entgegen der am Rande geäußerten und nicht hinreichend dargelegten Ansicht des Beklagten **keine Dauervollstreckung** vor, da sie

nicht im Testament angeordnet wurde und auch nicht ausgeübt wurde.

Hinzu kommt, dass der Beklagte den Vortrag der Klägerinnen nicht bestritten hat, **in 2004 sei gar kein Gewinn erzielt worden**, weil nach dem Ergebnis der Betriebsprüfung keine Rückstellungen für Vorfälligkeitsentschädigungen gebildet werden durften, so dass infolge der Auflösung dieser Rückstellungen kein Gewinn anfiel. Es ist mithin aus prozessualen Gründen davon auszugehen, dass bilanziell kein Gewinn vorlag, von dem ein 10%-Anteil hätte entnommen werden können.

(6) Der Beklagte kann mangels Vorliegen einer Dauervollstreckung auch nicht **Erstattung seiner Auslagen** sowie seiner unter dem 4.5.2006 weiter berechneten Tätigkeiten verlangen. Bereits die Empfehlungen des Deutschen Notarvereins sehen eine Auslagenerstattung entsprechend wie im Auftragsrecht nur bei einer Dauervollstreckung vor (vgl. *Empfehlungen des Deutschen Notarvereins, Die Vergütung des Testamentsvollstreckers*).

Mit der Nachberechnung am 4.5.2006 setzt er sich auch zu seinem eigenen Vorgehen in Widerspruch, wonach seine Leistungen im Wesentlichen bei Entnahme der Vergütung erbracht waren und daher **fällig** waren.

Es erscheint vertretbar, **nach Abschluss der wesentlichen Leistungen einer Testamentsvollstreckung von einem fälligen Vergütungsanspruch auszugehen**, da ein Testamentsvollstreckter andernfalls wegen kleiner, noch anfallender abschließender Tätigkeiten u.U. unverhältnismäßig lange auf seine Vergütung, die grundsätzlich am Ende geschuldet ist, warten muss. Indes darf diese vorteilhafte Vorgehensweise, vor dem endgültigen Abschluss bereits nach Erbringen der wesentlichen Leistungen die Vergütung zu entnehmen, nicht zu der Annahme verleiten, nachfolgende Arbeit sei erneut zu berechnen.

f) Ob die an die Klägerinnen aus **Lebens- und Unfallversicherungen** des Erblassers ausgezahlten rund 700.000 EUR bei der Berechnung des von ihnen erhaltenen Erbteils zu berücksichtigen waren oder nicht, bedarf keiner Entscheidung. Denn die Höhe des von den Klägerinnen erhaltenen Reinnachlasses ist bei der Prüfung der Angemessenheit nicht in direkten Vergleich zur Höhe der Testamentsvollstreckervergütung zu setzen.

Stimmen in der Literatur vertreten zwar die Ansicht, dass im Ergebnis nur ein Betrag als angemessen gelten könne, der sowohl die Interessen der zahlungspflichtigen Person (in der Regel der Erben) wie auch die des Testamentsvollstreckers berücksichtigt (vgl. Zimmermann, *Die angemessene Testamentsvollstreckervergütung*, ZEV 2001, 334, 335). Das Gericht geht indes davon aus, dass die Interessen eines Erben angemessen und hinreichend gewahrt sind, wenn er nicht mehr zahlen muss, als er angemessenerweise schuldet. Die in diesem Sinne zu verstehenden Interessen der Klägerinnen wurden im vorliegenden Fall hinreichend gewahrt.

Ganz vorrangig hat sich die **Angemessenheitsprüfung** im Rahmen des § 2221 BGB an dem **Vergleich von Arbeitsleistung zu Vergütungshöhe** zu orientieren, wie den von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien für die Ermessensentscheidung zu entnehmen ist. **Die Höhe des Reinnachlasses, der den Erben verbleibt, wird nicht direkt mit der Vergütungshöhe verglichen**, da ein Testamentsvollstrecker unabhängig von dem Verschuldungsgrad eines Nachlasses eine seine Arbeitsleistung angemessen vergütende Entlohnung erwarten darf.

Insoweit hebt der Beklagte zutreffend hervor, dass es Sache des Erblassers ist, welchen Nachlass er seinen Erben hinterlässt. Ein Erbe kann dies nur hinnehmen oder die Erbschaft ausschlagen. Den Verschuldungsgrad korrigierend durch die Höhe der Testamentsvollstreckervergütung abzufedern, kommt nicht in Betracht, weil ein Erbe das Risiko eines verschuldeten Nachlasses trägt, nicht ein Testamentsvollstrecker.

g) Der Beklagte verlangt zu Recht eine **Bruttovergütung einschließlich Mehrwertsteuer**.

Während in der Rechtsprechung bisher die Ansicht vertreten wurde, dass die Umsatzsteuer nicht zusätzlich verlangt werden könne (vgl. KG, Urt. v. 10.12.1973 – 12 U 2115/72, NJW 1974, 752; OLG Köln, Urt. v. 8.7.1993 – 1 U 50/92, NJW-RR 1994, 269 = OLGR Köln 1993, 297 = FamRZ 1994, 328 = ZEV 1994, 118), kann jedoch **nach zutreffender Ansicht ein umsatzsteuerpflichtiger Testamentsvollstrecker auch Umsatzsteuer verlangen** (vgl. MünchKomm-BGB/Zimmermann 4. Aufl., § 2221 Rz. 15; Tiling, *Die Vergütung des Testamentsvollstreckers*, ZEV 1998, 331, 336).

Dieser Ansicht schließt sich die Kammer an, da es unbillig ist, einem als Privatperson handelnden

den Testamentsvollstrecker die volle Vergütung zu belassen, während ein **freiberuflich tätiger Testamentsvollstrecker** steuerpflichtig ist und insofern eine niedrigere Vergütung hinnehmen müsste.

Dagegen tritt das Argument, dass es aus Erbensicht ebenso unbillig ist, dass einem privat tätigen Testamentsvollstrecker weniger gezahlt werden muss als einem professionell tätigen, zurück, denn sie müssen ohnehin die Auswahl des Erblassers, wen er als Testamentsvollstrecker bestimmt, und die sich daraus ergebenden Konsequenzen, hinnehmen. Dazu gehört auch, hinnehmen zu müssen, bei einem vom Erblasser bestimmten, professionell tätigen Testamentsvollstrecker zusätzlich Umsatzsteuer zu schulden. Nach Ansicht der Kammer lässt sich dieser Interessengegensatz daher nur in diese Richtung auflösen.

Hinzu kommt, dass die Frage nach der angemessenen Vergütung immer dazu führen wird, dass man berücksichtigt, wie viel der Testamentsvollstrecker am Ende für seine Leistung erhält, so dass ohnehin – sei es ausdrücklich oder nur gedanklich – die Nettosumme überdacht wird. Es besteht daher kein Anlass, insoweit nicht transparent vorzugehen und nicht die Steuer offen auszuweisen.

h) Wird abschließend der **zeitliche Aspekt** einbezogen, wonach der Beklagte behauptet hat, etwa 1.000 Stunden Arbeit im Rahmen dieser Testamentsvollstreckung geleistet zu haben, entspricht die angesetzte Vergütung von 205.366 EUR – den Beklagtenvortrag insoweit als unstreitig unterstellt – einem **Stundenlohn von brutto rund 205 EUR** und ist auch insoweit angemessen.

Setzt man diesen Betrag ins Verhältnis zur üblichen, deutlich weniger aufwändigen und komplexen Tätigkeit eines Steuerberaters und zieht den Vergleich dazu, dass ein Steuerberater nach § 13 StBGebV – sofern keine Honorarabsprache getroffen wurde, die aber hier auch fehlt – maximal 92 EUR netto (= 106,72 EUR brutto) pro Stunde verlangen kann, erscheint die ermittelte Vergütungshöhe auch insoweit angemessen.

2. Der Entnahme fehlte in der im Tenor ersichtlichen Höhe auch **der rechtliche Grund**. Zwar reicht die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers grundsätzlich so weit, dass eine Verfügung auch dann wirksam ist, wenn sie der ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses

widerspricht (vgl. *MünchKomm-BGB/Zimmermann* 4. Aufl., § 2205 Rz. 59). **Weiterhin kann der Testamentsvollstrecker zur ausschließlichen Erfüllung einer Verbindlichkeit auch mit sich selbst kontrahieren, so z.B. zur Erfüllung eines fälligen Vergütungsanspruchs** (vgl. *MünchKomm-BGB/Zimmermann* 4. Aufl., § 2205 Rz. 84; *Palandt/Edenhofer, BGB* 64. Aufl., § 2205 Rz. 30). Jedoch setzt die Wirksamkeit von In-sich-Geschäften i.S.v. § 181 BGB – wie der Erfüllung eines fälligen Vergütungsanspruchs – beim wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Erblassers an, weil dieser Wille für den Umfang der Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers maßgeblich ist.

Wieweit der Erblasser dem Testamentsvollstrecker das Selbstkontrahieren gestattet hat, ist eine Frage der Auslegung der Verfügung von Todes wegen, insbesondere der Testamentsvollstreckeranordnung. Da jedoch der Erblasser den Testamentsvollstrecker von der Verpflichtung, den Nachlass ordnungsmäßig zu verwalten, nicht befreien kann, muss stets hinzutreten, dass das In-sich-Geschäft der ordnungsmäßigen Verwaltung nicht widerspricht, weil andernfalls die Vornahme des In-sich-Geschäfts unwirksam ist.

Dadurch tritt bei der Frage, ob die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers sich auf den Abschluss eines In-sich-Geschäfts erstreckt, der Gesichtspunkt der ordnungsmäßigen Verwaltung in den Vordergrund; denn wenn das Rechtsgeschäft ordnungsmäßig ist, dann ist regelmäßig auch die Gestattung durch den Erblasser anzunehmen, und wenn es ordnungsmäßiger Verwaltung nicht entspricht, dann erhielte der Testamentsvollstrecker auch durch eine vom Erblasser erteilte Gestattung keine Ermächtigung. **Es wird daher beim In-sich-Geschäft der Rahmen der Verfügungsmacht durch das Gebot der ordnungsmäßigen Verwaltung abgegrenzt** (vgl. *MünchKomm-BGB/Zimmermann* 4. Aufl., § 2205 Rz. 84 ff).

Die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens durch den Erblasser muss der Testamentsvollstrecker beweisen. Er kann den Beweis dadurch führen, dass er eine entsprechende Willensäußerung, wonach ihm das In-sich-Geschäft gestattet war, dertut oder dass er sich auf den Vollzug einer gültigen letztwilligen Verfügung des Erblassers beruft oder dass er das In-sich-Geschäft als ordnungsmäßige Verwaltungsmaßnahme ausweist (vgl. *MünchKomm-BGB/Zimmermann* 4. Aufl., § 2205 Rz. 87).

Kann der Testamentsvollstrecker diesen Beweis nicht führen, war das vorgenommene In-sich-Geschäft unzulässig und wird von seiner Rechtsmacht nicht umfasst. Das Rechtsgeschäft ist daher unwirksam (vgl. *MünchKomm-BGB/Zimmermann* 4. Aufl., § 2205 Rz. 88).

Hier kam nur in Betracht darzulegen, dass das In-sich-Geschäft eine ordnungsmäßige Verwaltungsmaßnahme ist, da weder eine Gestattung des Erblassers noch eine entsprechende letztwillige Verfügung des Erblassers vorlagen.

Da die vom Beklagten entnommene Vergütung in der im Tenor ersichtlichen Höhe – wie bereits ausgeführt – überhöht war, entsprach die Entnahme insoweit nicht der dem Beklagten obliegenden ordnungsgemäßen Verwaltung und war mithin schwebend unwirksam. Da die Klägerinnen als Erbinnen ihre nachträgliche Genehmigung der Entnahme versagten, konnte der Wirksamkeitsmangel nicht geheilt werden.

II.

Ob die Überentnahme darüber hinaus als eine schuldhafte Pflichtverletzung anzusehen ist, die zu Schadenersatz in Höhe der tenorierten Summe aus § 2219 Abs. 1 BGB verpflichtet und zudem einen Entlassungsgrund darstellt, bedarf keiner Entscheidung, da die Klägerinnen insoweit ein Verschulden bei der Berechnung der Vergütungshöhe nicht behauptet haben.

Soweit die Klägerinnen Ersatz des Zinsschadens wegen der vorzeitigen Entnahme aus § 2219 Abs. 1 BGB verlangen, da der Beklagte schuldhaft vor Fälligkeit die 317.956 EUR entnommen habe, kann nach oben verwiesen werden.

Es erscheint vertretbar, vor dem endgültigen Abschluss bereits nach Erbringen der wesentlichen Leistungen die Vergütung zu entnehmen. Erkennbar hat sich auch der Beklagte von diesem Gedanken leiten lassen. Dass ihm insoweit Fahrlässigkeit oder Vorsatz vorzuwerfen ist, ist nicht hinreichend dargetan.

III.

Die Zinsforderung ist begründet gemäß §§ 286 Abs. 1 Satz 1, 288 BGB.

(...)

GI Leitsätze

Unternehmenskauf/Due Diligence/Pflicht des Geschäftsführers/Unterrichtung des Aufsichtsrats/Mitverschulden

1. Bei der Haftung des Geschäftsführers nach § 43 GmbHG ist zu berücksichtigen, dass dem Geschäftsführer bei unternehmerischen Entscheidungen ein erhebliches Handlungsermessen zusteht (im Anschluss an BGHZ 135, 244, 257; BGH, DB 2002, 473). Diese Grundsätze gelten auch bei personellen Maßnahmen (hier bei einer Gehaltserhöhung für einen leitenden Mitarbeiter), die in den Kompetenzbereich des Geschäftsführers fallen und die jedenfalls subjektiv im Unternehmensinteresse vorgenommen und nicht von sachfremden Erwägungen getragen werden.

2. Das dem Geschäftsführer bei unternehmerischen Entscheidungen zuzubilligende weite Ermessen ist beim Erwerb eines anderen Unternehmens (hier eines weiteren Klinikbetriebs) überschritten, wenn die Grundlagen, Chancen und Risiken der Investitionsentscheidung nicht ausreichend aufgeklärt worden sind. Zumindest dann, wenn nicht ausreichende, gesicherte Erkenntnisse über das zu erwerbende Unternehmen vorhanden sind oder wenn vorhandene Informationen Unklarheiten aufweisen, wird eine umfassende „Due Diligence“ durchzuführen sein. Wird dies unterlassen, kommt bei einer zu erheblichen Verlusten führenden Fehl-investition eine Geschäftsführerhaftung in Betracht.

3. Ist bei der GmbH ein vorhandener Aufsichtsrat in die Entscheidung über den Unternehmenserwerb eingebunden, haben die Geschäftsführer den Aufsichtsrat über die für die Erwerbsentscheidung wesentlichen Umstände vollständig und sachlich zutreffend zu informieren. Eine Verletzung dieser Pflicht kann auch darin liegen, dass der Ablauf der vorausgegangenen Kaufvertragsverhandlungen sowie die eigenen Erwägungen für eine zunächst erfolgte grundlegende Ablehnung der Investitionsentscheidung gegenüber dem Aufsichtsrat unvollständig und unrichtig dargestellt worden sind.

4. Der Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung der Informationspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat und dem eingetretenen Schaden (Erwerb des verlustbringenden Klinikbetriebs) ist nicht empirisch festzustellen und kann insbesondere nicht (ex post) durch Zeugenvernehmung der Aufsichtsratsmitglieder festgestellt werden. Für den Kausal- und Zurechnungs-

zusammenhang ist vielmehr entscheidend, wie ein verantwortlich handelndes, seine Aufsichtsfunktion sorgfältig wahrnehmendes Aufsichtsratsmitglied sich verhalten hätte und welche Entscheidung bei vollständiger, zutreffender Information von ihm zu erwarten gewesen wäre.

5. Werden gebotene unternehmerische Entscheidungen zur Begrenzung des Schadens in der Form kontinuierlich auflaufender Jahresverluste in Millionenhöhe unterlassen, muss sich die GmbH ein eventuelles Mitverschulden, sei es über die Person des Mitgeschäftsführers, über den Aufsichtsrat oder die Gesellschafterversammlung, im Verhältnis zum Schadenersatzpflichtigen Geschäftsführer nicht zurechnen lassen, soweit es um ein eventuelles Mitverschulden in dem Zeitraum geht, in dem der in Anspruch genommene Geschäftsführer weiterhin im Amt gewesen ist und Verantwortung für die GmbH getragen hat. Ein der GmbH zuzurechnendes Mitverschulden kommt im Verhältnis zu dem auf Schadenersatz in Anspruch genommenen Geschäftsführer erst für die Zeit nach dessen Ausscheiden als Geschäftsführer in Betracht.

(OLG Oldenburg, Urt. v. 22.6.2006 - 1 U 34/03, DB 2006, 2511 = BB 2007, 66)

GI Hinweise

Handbuch Managerhaftung

Managerhaftung ist kein Modethema. Sie wird von den Mitgliedern des Vorstands, von den Geschäftsführern und von den Mitgliedern des Aufsichtsrats als reales Risiko verstanden – und nicht ohne Grund. Manager tragen zwar nicht das unternehmerische Risiko, aber sie haben im Verhältnis zur Gesellschaft, zu den Gesellschaftern und zu Dritten für schuldhaftes Pflichtverletzungen einzustehen. Das ist jedenfalls der Ausgangspunkt. Und weil die Schäden nicht selten sehr groß sind, gilt dies auch für entsprechende Forderungen.

Das Handbuch ist umfassend angelegt. Zunächst werden in einem Überblick die Haftung von Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat bei den unterschiedlichen Rechtsformen dargestellt, angefangen bei der Aktiengesellschaft und der GmbH über die Genossenschaft bis hin zum Verein. Aber eingefangen werden auch Fragestellungen, die in der allgemeinen Diskussion bisweilen zu kurz kommen, wie etwa die Pro-

bleme der Darlegungs- und Beweislast, die Vorstands- und Aufsichtsratshaftung im Konzern, die Versicherbarkeit der Managerhaftung, die D&O-Versicherung und die Haftung des Abschlussprüfers.

Sodann werden – gleichsam als Herzstück des Handbuchs – die wichtigsten unternehmerischen Risikobereiche von Experten aus der Beratungspraxis im Blick auf die Haftung des Managers analysiert:

- Geschäftsverteilung und Delegation
- Produktverantwortung
- M&A-Transaktionen
- Schutzrechtsverletzungen und Wettbewerbsverstöße
- Neue Verantwortlichkeiten rund um das Thema Compliance
- Zuwendungen an Dritte
- Geldbußen
- Krise und Insolvenz
- Fehlerhafte Kapitalmarktinformationen
- Ordnungsgemäße Bilanzierung
- Kartellrecht
- Umweltrecht
- Steuerrecht
- Sozialversicherungsrecht.

Krieger/Schneider (Hrsg.): Handbuch Managerhaftung – Risikobereiche und Haftungsfolgen für Vorstand, Geschäftsführer, Aufsichtsrat, herausgegeben von RA Prof. Dr. Gerd Krieger und Prof. Dr. Uwe H. Schneider, bearbeitet von 39 namhaften Experten aus Wissenschaft und Praxis, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2007, 1.015 Seiten, Lexikonformat, gebunden, 149,- €, ISBN 978-3-504-40076-7

Aktuelle Fragen des Gesellschaftsrechts

Die Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (VGR) hat sich zum Ziel gesetzt, über neue Entwicklungen im Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht zu informieren, und bietet Wissenschaft und Praxis eine Plattform für den Meinungs- und Erfahrungsaustausch. Der Band enthält die überarbeiteten und aktualisierten Vorträge der Jahrestagung 2006.

Grenzüberschreitende Verschmelzungen sind aufgrund der Aktivitäten des Gesetzgebers ein aktuelles Thema; RA Dr. Krause zeigt die gesellschaftsrechtlichen Aspekte dieser Verschmelzungen auf, WP/StB Prof. Dr. Prinz die steuerrechtlichen unter Berücksichtigung des SEStEG. Der Abgrenzung zwischen Gesellschaftsrecht und

Insolvenzrecht, insbesondere der Zuständigkeitsfrage, widmet sich Prof. Dr. Hirte, RA Prof. Rattunde ergänzt den Beitrag um einen Erfahrungsbericht zu Praxisproblemen bei der Sanierung einer börsennotierten AG. Mit Prof. Dr. Altmeppen und RA Dr. Pentz setzen sich ein Wissenschaftler und ein Praktiker mit dem Referentenentwurf des MoMiG auseinander und geben Denkanstöße für die weitere Reformdiskussion.

Eine Zusammenfassung der aktuellen höchstgerichtlichen Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht durch den Vorsitzenden Richter am BGH Prof. Dr. Wulf Goette gehört zum festen Programm jeder Jahrestagung. Abgerundet werden die Beiträge durch Diskussionsberichte, die einen Einblick in die Vielfalt der zu den einzelnen Themen vertretenen Meinungen geben.

Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.): Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2006, 2007, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2007, 226 Seiten, DIN A 5, brosch., 54,80 €, ISBN 978-3-504-62712-6

Allgemeine Verkaufsbedingungen

Allgemeine Geschäftsbedingungen dienen der Vereinfachung der Abwicklung von Massenverträgen. Dieses Buch bietet Hilfestellung bei der Formulierung von VerkaufsAGBs. Es enthält Klauseln zu

- Geltungsbereich
- Angebot – Angebotsunterlagen
- Preise – Zahlungsbedingungen
- Lieferzeit
- Gefahrenübergang
- Mängelgewährleistung
- Gesamthaftung
- Eigentumsvorbehaltssicherung
- Gerichtsstand – Erfüllungsort.

Jede Klausel ist ausführlich kommentiert und mit weiterführenden Hinweisen zu Literatur und Rechtsprechung versehen.

Der Band wendet sich an Unternehmensjuristen, Geschäftsführer mittelständischer oder größerer Firmen, Rechtsanwälte und Steuerberater.

Beck'sche Musterverträge Band 4, Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Allgemeine Verkaufsbedingungen – 6. überarbeitete Auflage 2007, Verlag C.H. Beck, VII, 218 Seiten, kartoniert, mit CD-ROM, 21,50 €, ISBN 978-3-406-56383-6

Gefahr erkannt, Gefahr gebannt.

Der Job des Managers wird von Mal zu Mal riskanter. Weil die Pflichten von Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat rasant zunehmen und sich in einem unübersehbaren Dschungel von Spezialgesetzen verstecken.

Jetzt dürfen Manager und ihre Berater endlich aufatmen. Denn dieses neue Handbuch namhafter Experten aus Wissenschaft und Praxis zeigt, wie groß der Pflichtenkatalog ist und wie man das Haftungsrisiko im Job auf jeden Fall vermeidet. Als Vorstand, Geschäftsführer, Aufsichtsrat. Als Manager in einer AG, GmbH, Genossenschaft, SE, Stiftung oder im Verein.

Neben einem allgemeinen Teil über



Krieger/Uwe H. Schneider (Hrsg.) **Handbuch Managerhaftung** Risikobereiche und Haftungsfolgen für Vorstand, Geschäftsführer, Aufsichtsrat. Herausgegeben von RA Prof. Dr. Gerd Krieger und Prof. Dr. Uwe H. Schneider. Bearbeitet von 39 namhaften Experten aus Wissenschaft und Praxis. 1.015 Seiten Lexikonformat, 2007, gbd. 149,- €. ISBN 978-3-504-40076-7

alle wichtigen Grundsatzfragen, die in der öffentlichen Diskussion oft zu kurz kommen, stoßen Sie auf das Kernstück des Handbuchs: Hier werden von dem jeweiligen Top-Spezialisten aus der Beratungspraxis alle besonders haftungsträchtigen unternehmerischen Risikobereiche einzeln dargestellt. Zum Beispiel Wettbewerbsverstöße, Geldbußen, Produktverantwortung. Da wird kein Risikobereich ausgespart. Da kommt kein Aspekt zu kurz. Das ist neu und wirklich einzigartig.

Gefahr erkannt, Gefahr gebannt. Mit dem Handbuch Managerhaftung. Überzeugen Sie sich selbst. Mit einer Leseprobe. www.otto-schmidt.de

----- **Bestellschein** ausfüllen und faxen (02 21) 9 37 38-9 43 ----- ✂

☒ Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Krieger/Uwe H. Schneider (Hrsg.) **Handbuch Managerhaftung** gbd. 149,- € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-40076-7

Name

Straße

PLZ

Ort

Telefon

Fax

Datum

Unterschrift

5/07

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln



Die „Rente mit 67“ ist beschlossene Sache – aber nur, was Leistungen aus der gesetzlichen Rentenkasse betrifft. Für künftige Betriebsrenten hat die Neuregelung unter Umständen erhebliche Auswirkungen, die insbesondere bei einem Arbeitgeberwechsel zu beachten sind.

Darüber hinaus finden Sie einige Informationen zur Abgeltungssteuer. Hier beschäftigen wir uns mit der Frage: Inwieweit sind Versicherungskunden mit der Einführung der Abgeltungssteuer ab 2009 im Vorteil?

Aktuell:

Die Zeitschrift GI erscheint ab der November-Ausgabe 2007 in neuer Optik. Denn mit der Entstehung der neuen Marke HDI-Gerling hat sich auch das Corporate Design unseres Unternehmens geändert. Was die Inhalte angeht, bleibt aber alles beim Alten: Wir informieren Sie nach wie vor über die aktuelle Rechtsprechung in Haftungs- und Honorarfragen der Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte.

Eine weiterhin informative Lektüre wünscht Ihnen

Ihre GI-Redaktion

GI-HOTLINE

(02 21) 1 44-51 55

Bitte senden Sie Ihre Anfragen zu folgenden Themen an die oben stehende Fax-Nummer: Adressänderungen · Nachbestellung von einzelnen GI-Heften · Anforderung einzelner GI-Urteile (bitte Jahrgang und Seitenzahl angeben).

IMPRESSUM

GI Gerling Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe
ISSN 1430-550 X

Herausgeber:

Gerling
Marketing Freie Berufe
50597 Köln
Telefax: (02 21) 1 44-51 55

Redaktion:

Dr. Jürgen Gräfe, Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Steuerrecht
Fachanwalt für Versicherungsrecht
(verantwortlich für den Inhalt)

Erscheinungsweise:

6-mal im Jahr, jeweils am
10. des Monats

Verlag:

Verlag Dr. Otto Schmidt KG,
Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln

Layout und Satz:

Type Connection,
Lechenicher Str. 29, 50374 Erftstadt

Druck:

Boyens Offset,
Wulf-Isebrand-Platz 1-3, 25746 Heide