ren Zeitpunkt anderen Gesellschaftern das Recht zur Entnahme fiktiver Steuern eingeräumt worden war, muß dies unter sonst gleichen Bedingungen auch dem jetzt entnahmewilligen Gesellschafter gestattet sein.

Kann dem Gesellschaftsvertrag kein eindeutiger Vorrang der Liquiditätsinteressen der Gesellschaft entnommen werden, so ist auf die Wertung in § 122 Abs. 1 HGB sowie die Grundsätze über die Treupflicht der Gesellschafter zurückzugreifen. Die gesellschaftsvertragliche Regelung hat zwar den Anspruch des persönlich haftenden Gesellschafters auf Auskehrung des Jahresgewinns in zulässiger Weise beschränkt. Sie deckt aber den Problembereich ungleich hoher Steuerentnahmen der Gesellschafter nicht ab. Der Gesellschaftsvertrag ist daher insoweit ergänzungsbedürftig. Die Ergänzung muß sich im Rahmen der angeführten Wertungen bewegen. Der Gesellschafter darf sich bei der Entnahme fiktiver Steuern nicht ohne weiteres über das Liquiditätsinteresse (§ 122 Abs. 1 HGB) der Gesellschaft hinwegsetzen und hat dabei das Gebot der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Mit Rücksicht auf das Gleichbehandlungsgebot ist auch die bisherige Steuerentnahmepraxis zu beachten. Damit sind im Einzelfall die begründeten Einzelinteressen des Gesellschafters an der Entnahme fiktiver Steuern mit den Liquiditätsinteressen der Gesellschaft unter Berücksichtigung der seitherigen Entnahmepraxis abzuwägen. Nach dem Ergebnis der konkreten Einzelwertung wird dann ein Auszahlungsanspruch fiktiver Steuern entsprechend dem Abwägungsergebnis anzuerkennen sein. Gleiches gilt wohl auch für ein fiktives Steuerentnahmerecht des Kommanditisten. Dem steht nicht entgegen, daß die wohl herrschende Meinung die Schranke des § 122 Abs. 1 HGB für den Kommanditisten nicht anerkennt[10]). In § 122 Abs. 1 HGB wird man aber gleichwohl die Ausprägung einer allgemeinen aus der Treuebindung erwachsenden Regel sehen können[11]). Auf die Treupflicht der übrigen Gesellschafter kann sich der Kommanditist ebenso berufen wie auf die Geltung des Gleichbehandlungsgebotes. Eine differenzierende Behandlung von persönlich haftenden Gesellschaftern und Kommanditisten erscheint daher nicht geboten. Im Ergebnis wird daher ein Entnahmerecht fiktiver Steuern für den Kommanditisten in gleicher Weise anzuerkennen sein wie für die persönlich haftenden Gesellschafter.

3. Steuerentnahmerecht bei Verlust des Ehegatten

Ein auf den ersten Blick vergleichbarer Fall ist gegeben, wenn der Gesellschafter zwar keine eigenen negativen Einkünfte mit den Einkünften aus seiner Beteiligung saldiert, ihm aber die Verluste seines Ehegatten durch eine Zusammenveranlagung gemäß § 26b EStG zugerechnet und mit seinen eigenen Einkünften verrechnet werden. Gleichwohl liegt der Fall hier anders. Die gemeinsame Veranlagung der Eheleute ist ein steuerrechtliches Wahlrecht. Nach § 26 Abs. 1 EStG können nicht dauernd getrennt lebende Ehegatten zwischen einer gemeinsamen Veranlagung und einer getrennten Veranlagung wählen. Sollten sich die Ehegatten getrennt veranlagen, wäre in jedem Fall ein Steuerentnahmerecht gemäß der vertraglichen Regelung gegeben. Der Gesellschafter kann in diesem Fall die auf seine Beteiligung entfallenden Steuern ohne weiteres entnehmen. Damit hat aber die Verhinderung des Gesellschafters zur Entnahme fiktiver Steuern zu Lasten des Darlehenskontos seine Ursache nicht in einer Entnahmebeschränkung des Gesellschaftsvertrages, sondern in der höchst persönlichen Entscheidung des Gesellschafters bezüglich der Ausübung seines steuerlichen Wahlrechts. Eine andere Frage ist es sicher, ob es aus Sicht der Gesellschaft sinnvoll ist, den Gesellschafter zu einer einkommensteuerlichen Getrenntveranlagung zu zwingen. Indes kann die Gesellschaft beziehungsweise ihre Gesellschafter auch dieses Recht nicht schrankenlos ausüben. Es kann nämlich nicht übersehen werden, daß dem Gesellschafter je nach seinem persönlichen Steuertarif durch die Getrenntveranlagung gemäß § 32a EStG wegen der Anwendung des Grundtarifs statt des bis zum Ende der Progressionskurve deutlich niedrigeren Splitting-Tarifs Nachteile entstehen können. Der dem Gesellschafter durch die Getrenntveranlagung möglicherweise entstehende Nachteil ist dann die Differenz zwischen dem Steuerbetrag aus der Grundtabelle und dem Steuerbetrag nach dem Splitting-Tarif. Der Grundsatz der Treupflicht der Gesellschafter gebietet es auch hier, auf berechtigte Vermögensinteressen des Gesellschafters Rücksicht zu nehmen und vermeidbare Nachteile von ihm fernzuhalten. Daher ist dem Gesellschafter ein Recht zur Entnahme fiktiver Steuern einzuräumen, um ihn nicht zu einer eigenen Vermögensschädigung im Fall der Getrenntveranlagung zu zwingen. Allerdings bedarf es hier nicht der gleichen Abwägung wie in dem Fall, daß es sich um eigene verrechenbare negative Einkünfte des Gesellschafters handelt. Soweit das Liquiditätsinteresse der Gesellschaft wegen der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht ohnehin vorrangig ist, ist die Abwägung der Interessen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter der Höhe nach bereits konkretisiert. Das Interesse des entnahmewilligen Gesellschafters geht nämlich lediglich dahin, durch eine Getrenntveranlagung nicht schlechter gestellt zu sein als bei einer Besteuerung nach dem Splitting-Tarif. Die Höhe des Rechts zur Entnahme fiktiver Steuern besteht daher in der Differenz zwischen dem sich aus der Grundtabelle und der Splitting-Tabelle ergebenden Steuerbetrag der sich unter Zugrundelegung des Gewinnanteils des Gesellschafters ergibt. Diesen Betrag kann der Gesellschafter dann von seinem Darlehenskonto entnehmen. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz kann sich außerdem wie für den persönlich haftenden Gesellschafter unter Berücksichtigung der bisherigen Steuerentnahmepraxis in der Gesellschaft ein Recht zur Entnahme fiktiver Steuern ergeben. Die entsprechenden Modalitäten hängen dann wieder vom Einzelfall, insbesondere von der bisherigen Entnahmepraxis ab.

10) Vgl. *Baumbach/Duden/Hopt*, HGB, 27. Aufl., § 169 Anm. 1 C m. w. N.

11) Vgl. *Schilling* in Staub, HGB, § 169 Anm. 4; *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, Seite 28.

Rechtsanwalt Dr. Jürgen Machunsky, Göttingen

Steuerbegünstigte Kapitalanlagen: Haftung von Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern bei Prospekterstellung, Prospektprüfung, Treuhandschaft und Anlageberatung

In jüngster Zeit sind mehrere Entscheidungen ergangen, die sich mit der Haftungsverantwortung von Wirtschaftsprüfern/Steuerberatern im Zusammenhang mit deren Tätigkeit bei Bauherrenmodellen und geschlossenen Immobilienfonds[1]) befassen. Dies gibt Anlaß, den derzeitigen Stand der Rechtsprechung in diesem Bereich zusammenzufassen[2]). Der nachfolgende Beitrag bietet

1) HansOLG Hamburg vom 23. 12. 1986, DB 1987 S. 480; BGH vom 11. 3. 1987, DB 1987 S. 1247; BGH vom 4. 3. 1987, DB 1987 S. 1293; BGH v. 1. 4. 1987, DB 1987 S. 1295.

2) Aus der Literatur vgl. *Bihr*, Zum Berufsrecht und zur Haftung der Steuerberater in Zusammenhang mit deren Beteiligung am Bauherrenmodell, DStR 1984 S. 229; *Hopt*, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers (Teil-II-Prospekt und Auskunftshaftung), WPg 1986 S. 498 ff.; *Prautsch*, Zur Prospekthaftung von Wirtschaftsprüfern bei der Publikums-KG, WPg 1985 S. 653; *Späth*, Pflichten- und Haftungsumfang des im Zusammenhang mit der Beteiligung des Mandanten an Abschreibungsgesellschaften zur Beratung hinzugezogenen Steuerberaters, DStR 1982 S. 509.

dabei keine geschlossene Darstellung aller Anspruchsvoraussetzungen[3]), sondern greift vorrangig die berufsspezifischen Besonderheiten heraus.

Der Wirtschaftsprüfer/Steuerberater kann im Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit in unterschiedlicher Form mit steuerbegünstigten Kapitalanlagen befaßt sein. Nachfolgend wird die Haftungsverantwortung in den Hauptfunktionsbereichen — Prospekterstellung, Prospektprüfung, Treuhandschaft und Anlageberatung — dargestellt.

I. Prospektierung und Gutachten/Prospekthaftung

Ein wesentlicher Tätigkeitsbereich von Wirtschaftsprüfern/Steuerberatern bei steuerbegünstigten Kapitalanlagen besteht darin, daß diese Gutachten über die steuerliche und wirtschaftliche Konzeption erstellen, welche in den Prospekt Eingang finden oder ansonsten am Prospektentwurf mitwirken. Es fragt sich, inwieweit sich aus dieser Tätigkeit Haftungsansprüche gegen den Wirtschaftsprüfer/Steuerberater ableiten lassen.

1. Haftungsgrundlagen

ragliche Ansprüche geschädigter Kapitalanleger gegen den Wirtschaftsprüfer/Steuerberater bestehen bei dieser Fallkonstellation nicht, da es an den entsprechenden vertraglichen Beziehungen fehlt[4]).

Als weitere Anspruchsgrundlage für geschädigte Kapitalanleger kommt das von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsinstitut der Prospekthaftung in Betracht. Prospekthaftungsansprüche bestehen, wenn der Anleger durch falsche, unvollständige oder irreführende Prospektangaben zur Zeichnung der Kapitalanlage bewegt wird[5]). Es handelt sich hierbei um eine typisierte Vertrauenshaftung aus Verschulden bei Vertragsschluß.

Haftungsadressaten von Prospekthaftungsansprüchen sind vorrangig „die Initiatoren, Gründer und Gestalter der Gesellschaft, soweit sie das Management bilden und beherrschen und die Personen, die hinter der Anlagegesellschaft stehen und neben der Geschäftsleitung besonderen Einfluß ausüben und deshalb Mitverantwortung tragen"[6]). Daneben können sich nach der ständigen Rechtsprechung des BGH Prospekthaftungsansprüche auch gegen Rechtsanwälte/Wirtschaftsprüfer/Steuerberater richten, die — wie oben beschrieben — an der Prospekterstellung mitgewirkt haben[7]). Die Haftung besteht allerdings nur dann — anders als bei Initiatoren — wenn die Wirtschaftsprüfer/Steuerberater namentnach außen in Erscheinung getreten sind[8]). Gegen den nicht namentlich genannten Gutachter richten sich also keine Prospekthaftungsansprüche.

Im Einzelfall kann allerdings auch der ungenannte Gutachter dem Anleger aus § 826 BGB wegen sittenwidriger Schädigung auf Schadensersatz haften. Dies kann dann der Fall sein, wenn Fehler im Gutachten auf grob leichtfertiges Verhalten zurückzuführen sind, woraus sich schließen läßt, daß der Wirtschaftsprüfer/Steuerberater die Schädigung des Anlegers zumindest billigend in Kauf genommen hat[9]).

2. Umfang der Haftungsverantwortung

Die Reichweite der Einstandspflicht des Wirtschaftsprüfers/Steuerberaters für die Prospektangaben hängt wesentlich davon ab, inwieweit sich aus ihren Erklärungen eine Garantie für die Richtigkeit dieser Angaben entnehmen läßt. Der steuerliche Gutachter hat also z. B. für die Richtigkeit der steuerlichen Angaben einzustehen, nicht aber für die objektbezogenen Daten etc. Im Grundsatz haften diese Berufsangehörigen also nicht für die Richtigkeit aller im Prospekt enthaltenen Angaben[10]). Exemplarisch soll nachfolgend die Haftung für die steuerlichen Angaben dargestellt werden. Die steuerlichen Angaben müssen richtig sein und die Rechtslage bei Prospekterstellung zutreffend wiedergegeben[11]). Die Prospektherausgeber bzw. die Garanten für die steuerliche Konzeption haben aber nicht im Sinne einer Garantie dafür einzustehen, daß diese Steuervorteile auch tatsächlich eintreten. Ändert sich die Rechtslage durch neue Gesetzesvorschriften oder Verwaltungserlasse, so trifft die Prospektherausgeber und sonstige Verantwortliche hierfür keine Haftungsverantwortung[12]). Insbesondere der Treuhänder kann aber verpflichtet sein, die Anleger unverzüglich auf diese Gesetzesänderung hinzuweisen, damit diese sich in ihren Dispositionen auf die veränderte Situation einstellen können[13]). Ebenso ist der Treuhänder verpflichtet, auf eine veränderte Rechtslage bei danach erfolgenden Vertragsabschlüssen zu reagieren[13a]).

Umstritten ist die Frage, ob im Prospekt auf mögliche Zweifel am steuerlichen Konzept und entsprechende Bedenken der Finanzbehörden hingewiesen werden muß. Das OLG München vertritt die Auffassung, daß sich Initiatoren bei umstrittener Rechtslage (nicht höchstrichterlich geklärt) auf den Standpunkt stellen dürften, daß die Verlustzuweisungen steuerlich anerkannt würden. Bei einem neu entwickelten Konzept bedürfe es keines Hinweises darauf, daß die steuerlichen Rechtsfragen noch nicht abschließend geklärt seien, da dies offenkundig sei[14]). Nach Meinung anderer Oberlandesgerichte ist dagegen im Prospekt auf Bedenken der Finanzbehörden gegen das Konzept hinzuweisen[15]). Der Anleger sei in der Regel daran interessiert, sich an einem unproblematischen Modell zu beteiligen, bei dem die erstrebten Steuervorteile ohne langwierige und im Ergebnis ungewissse Auseinandersetzungen mit den Finanzbehörden zu erreichen sind[16]). Dieser Auffassung hat sich der BGH nunmehr in einer aktuellen Entscheidung angeschlossen[16a]).

Der letzteren Auffassung ist im Grundsatz zuzustimmen. Für die Anlageentscheidung hat es schon Qualität, ob ein steuerliches Konzept durch die Rechtsprechung und Verwaltungspraxis abgesichert ist oder nicht. Über ernsthafte Bedenken der Finanzbehörden oder gar eine entgegenstehende Verwaltungspraxis (Erlasse) ist der Anleger auf jeden Fall aufzuklären. Die Auffassung der Finanzbehörden mag falsch sein; aber eben diese Finanzbehörden entscheiden über die Anerkennung. Schon unter Liquiditätsgesichtspunkten ist es für den Anleger von Bedeutung, ob die Steuervorteile sofort problemlos anerkannt werden, oder ob er diese erst in langwierigen Prozessen durchsetzen kann.

Diese Aufklärungspflicht hat aber auch Grenzen. Gerade bei neu entwickelten Modellen ist nicht auf jeden theoretischen Zweifel am steuerlichen Konzept und nicht auf jede abweichende Literaturmeinung hinzuweisen. Entsprechendes mag für die Bedenken vereinzelter Finanzbehörden gelten, wenn diese Bedenken offensichtlich unbegründet sind[17]). Bei überwiegender Ablehnung durch die Finanzbehörden oder gar allgemeiner ablehnender Verwaltungsmeinung ist hierüber in jedem Fall aufzuklären, mag die Verwaltungsmeinung auch noch so unbegründet sein.

---

3) Vgl. die umfassende Darstellung bei *Werner/Machunsky*, Rechte und Ansprüche geschädigter Kapitalanleger, 2. Aufl., Göttingen, 1988.

4) Denkbar sind allerdings im Innenverhältnis Regreßansprüche des Initiators/Auftraggebers.

5) Vgl. hier nur BGH vom 22. 5. 1980, DB 1980 S. 1591.

6) BGH vom 6. 10. 1980, DB 1981 S. 1275; BGH vom 14. 1. 1985, WM 1985, S. 534, 535; BGH vom 17. 2. 1986, WM 1986 S. 583, 584 = VersR 1986 S. 699.

7) BGH vom 22. 5. 1980, DB 1980 S. 1591; BGH vom 21. 11. 1983, DB 1984 S. 288; BGH vom 14. 4. 1986, WM 1986 S. 904, 906.

8) BGH vom 14. 4. 1986, WM 1986 S. 904, 906.

9) BGH vom 14. 4. 1986, WPg 1986 S. 904, 906.

10) BGH vom 21. 11. 1983, DB 1984 S. 288.

11) Vgl. nur OLG Düsseldorf, NJW-RR 1986 S. 320, 321; *Koeble* in Rechtshandbuch Immobilien, Bd. I, Kapitel 19, Rdn. 31.

12) BGH vom 27. 10. 1983, BauR 1984 S. 70, 72; OLG Frankfurt v. 27. 1. 1988, DB 1988 S. 437 = KaRS 1988 S. 52.

13) BGH vom 27. 10. 1983, DB 1984 S. 338 = BauR 1984 S. 70, 72.

13a) OLG Hamm v. 19. 2. 1988, KaRS 1988 S. 50.

14) OLG München vom 19. 4. 1983, OLGZ 1983 S. 461, 462.

15) OLG Köln vom 22. 5. 1981, WM 1982 S. 23, 24; OLG Düsseldorf vom 18. 4. 1985, NJW-RR 1986 S. 320, 321; zustimmend *Koeble*, a.a.O.

16) OLG Düsseldorf, NJW-RR 1986 S. 320, 321.

16a) BGH vom 30. 10. 1987, DB 1988 S. 176.

17) Offengelassen bei OLG Düsseldorf vom 18. 4. 1985, NJW-RR 1986 S. 320, 321.