
Datum: 05.11.2003
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 25. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 25 U 104/02
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2003:1105.25U104.02.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 8 O 419/01

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 16. Juli 2002 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 8. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt,

1.

an die Klägerin zu 1. einen Betrag von 198.250,-- € nebst 4% Zinsen seit dem 5.9.2001 zu zahlen, und zwar Zug um Zug gegen Abtretung von etwaigen, erstrangigen Erstattungsansprüchen (Einkommenssteuer, Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag, Nachzahlungszinsen) der Klägerin zu 1. und ihres Ehemanns C gegenüber dem Finanzamt T zur Steuernummer #####1 für das Jahr 1995 in gleicher Höhe und Abtretung darauf entfallender etwaiger Ansprüche auf Erstattungszinsen,

2.

an den Kläger zu 2. einen Betrag von 161.250,-- € nebst 4% Zinsen seit dem 5.9.2001 zu zahlen, und zwar Zug um Zug gegen Abtretung von etwaigen, erstrangigen Erstattungsansprüchen (Einkommenssteuer, Solidaritätszuschlag, Nachzahlungszinsen) des Klägers zu 2. gegenüber dem Finanzamt M zur Steuernummer

#####/##### für das Jahr 1995 in gleicher Höhe und Abtretung darauf entfallender etwaiger Ansprüche auf Erstattungszinsen,

3.

an die Klägerin zu 3. einen Betrag von 181.250,-- € nebst 4% Zinsen seit dem 5.9.2001 zu zahlen, und zwar Zug um Zug gegen Abtretung von etwaigen, erstrangigen Erstattungsansprüchen (Einkommenssteuer, Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag, Nachzahlungszinsen) der Klägerin zu 3. und ihres Ehemanns S gegenüber dem Finanzamt N zur Steuernummer #####/##### für das Jahr 1995 in gleicher Höhe und Abtretung darauf entfallender etwaiger Ansprüche auf Erstattungszinsen,

4.

an die Klägerin zu 4. einen Betrag von 166.250,-- € nebst 4 % Zinsen seit dem 5.9.2001 zu zahlen, und zwar Zug um Zug gegen Abtretung etwaiger Erstattungsansprüche (Einkommenssteuer, Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag, Nachzahlungszinsen) der Klägerin zu 4. und ihres Ehemanns T2 gegenüber dem Finanzamt N zur Steuernummer #####/##### für das Jahr 1995 in gleicher Höhe und Abtretung darauf entfallender etwaiger Ansprüche auf Erstattungszinsen,

5.

an die Kläger zu 1. - 4. zur gesamten Hand 303.000,-- € nebst 4% Zinsen seit dem 5.9.2001 zu zahlen, und zwar Zug um Zug gegen Abtretung von etwaigen, erstrangigen Erstattungsansprüchen (Gewerbsteuer, Nachzahlungszinsen) der Kläger zu 1. - 4. gegenüber der Stadt C2 - Kassenzeichen ##### und ##### für das Jahr 1995 in gleicher Höhe und Abtretung darauf entfallender etwaiger Ansprüche auf Erstattungszinsen.

6.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, den Klägern alle weiteren Schäden zu ersetzen, welche diesen dadurch entstehen, dass das Finanzamt T die von ihnen in der Grundstücksgemeinschaft C GbR entwickelte Tätigkeit als gewerblich und die hieraus fließenden Einkünfte als Einkünfte aus Gewerbebetrieb eingestuft hat (Steuernummer der GbR #####2 Finanzamt T).

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen:

die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten des Beklagten

die Kläger zu 1. bis 4. als Gesamtschuldner zu 10 %,

die Klägerin zu 1. allein zu weiteren 6 %,

der Kläger zu 2. allein zu weiteren 7 %,

die Klägerin zu 3. allein zu weiteren 11 %,

die Klägerin zu 4. allein zu weiteren 6 % und

der Beklagte zu 60 % und

die außergerichtlichen Kosten der Klägerin zu 1. diese selbst zu 36 % und der Beklagte zu 64 %,

die außergerichtlichen Kosten des Klägers zu 2.

dieser selbst zu 38 % und der Beklagte zu 62 %,

die außergerichtlichen Kosten der Klägerin zu 3.

diese selbst zu 42 % und der Beklagte zu 58 % und

die außergerichtlichen Kosten der Klägerin zu 4.

diese selbst zu 37 % und der Beklagte zu 63 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Jede Partei darf die gegen sie gerichtete Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

1

Auf die tatsächlichen Feststellungen der angefochtenen Entscheidung wird Bezug genommen. Soweit der Senat abweichende Feststellungen trifft, wird im folgenden darauf eingegangen. Für das weitere Vorbringen der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und ihrer Anlagen verwiesen.

2

Dass der Beklagte die Auskunft gegeben hat, er sei absolut sicher, dass der Verkauf keine ertragssteuerlichen Folgen habe, ist zwischen den Parteien unstrittig. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass das im Widerspruch zu seiner weiteren Äußerung im Rahmen der Überlegung zur Einholung einer verbindlichen Auskunft des Finanzamtes, man solle keine schlafenden Hunde wecken, steht. Das schriftsätzliche Vorbringen der Parteien liefert keine nachvollziehbare Erklärung für diese Äußerung. Nachvollziehbar ist allerdings die Erklärung

3

des Beklagten im Senatstermin vom 6.12.2002, wonach der Beklagte mögliche Probleme bei einem - am Bau tätigen - Gesellschafter - der Kläger zu 2. ist Architekt - gesehen hat. Es ist allerdings nicht feststellbar, dass er das so gesagt oder seine Äußerung näher in diese Richtung erläutert hat. Mithin ist davon auszugehen, dass die Auskunft des Beklagten im Anschluss an seine rechtliche Prüfung, er sei absolut sicher, dass der Verkauf keine ertragssteuerlichen Folgen habe, die für die Kläger maßgeblich war.

Diese Auskunft bedeutet im Ergebnis eine Pflichtverletzung.

4

Auf der einen Seite dürfte das Risiko der Annahme gewerblichen Grundstückshandels 5 aufgrund des Verkaufs aus Sicht des Beratungszeitpunktes (etwa Oktober/November 1995) zwar gering gewesen sein. Die Auffassung der Finanzverwaltung zu diesem Zeitpunkt ergab sich aus dem BFM-Schreiben vom 20.12.1990. Danach konnten bei "anderen Objekten" auch weniger als vier Verkäufe einen gewerblichen Grundstückshandel begründen, wobei im Schreiben der Schluss gezogen ist: "Dies bedeutet, dass z.B. ein gewerblicher Grundstückshandel vorliegen kann, wenn ein Steuerpflichtiger lediglich zwei Fabrikgrundstücke oder zwei Eigentumswohnungen und ein Fabrikgrundstück veräußert" [Tz. 9, gemeinsame Grundsätze]. Die Finanzverwaltung ging also davon aus, dass es mindestens zweier Verkäufe bedurfte, um einen Handel zu begründen. Auch in der Rechtsprechung der Finanzgerichte findet sich - soweit ersichtlich - bis Ende 1995 kein Fall, in dem gewerblicher Grundstückshandel aufgrund Verkaufs nur eines Grundstücks angenommen worden wäre. So ging es auch im Fall der Entscheidung des Niedersächsischen Finanzgerichts, EFG 1994, 262, um den Verkauf zweier und das zudem innerhalb kurzer Zeit mit Supermärkten bebauten und verkauften Grundstücke. Soweit die Kläger auf die Entscheidung des Finanzgerichts Hamburg, EFG 1992, 662, verweisen, liegt der dortige Sachverhalt völlig anders als der hiesige. Zum einen hat das FG dort in erster Linie auf den Verkauf eines Grundstücks und mehrerer Grundstücksmiteigentumsanteile abgestellt, also auch auf Wiederholung. Im übrigen ist das FG nur davon ausgegangen, dass ggf. die Veräußerung eines Großobjekts - dort: mehr als 100 Wohnungen in acht Häusern bzw. vier mehrgeschossigen Wohnblocks - gewerblich sein kann. Ein Verkauf nur eines Grundstücks dürfte im übrigen in aller Regel keinen gewerblichen Grundstückshandel begründen können, weil es mangels Wiederholung bzw. Wiederholungsabsicht an der Nachhaltigkeit fehlt, ältere Rechtsprechung z.B. BFH/NV 1987, 92, neuere Rechtsprechung z.B. BFH DStR 2002, 759, Schmidt, EStG, § 15 Rz. 6 mit zahlreichen Nachweisen. Die Annahme von Nachhaltigkeit einer einmaligen Betätigung hat die Rechtsprechung des BFH für möglich gehalten, wenn diese in der Absicht ausgeübt wird, sie zu wiederholen oder wenn sie sich auf andere Weise als durch Wiederholung als nachhaltig darstellt, die schon genannte Entscheidung BFH/NV 1987, 92, BFH/NV 1994, 20. Für eine dem Beklagten bekannte Wiederholungsabsicht ist nichts vorgetragen.

Auf der anderen Seite gab es aber auch, abgesehen von der zitierten allgemeinen 6 Rechtsprechung, dass sich eine Tätigkeit auf andere Weise als durch Wiederholung als nachhaltig darstellen könne, - soweit ersichtlich - jedenfalls keine finanzgerichtliche, erst recht keine höchstgerichtliche Entscheidung, die Gewerblichkeit in einem dem vorliegenden Fall ähnlichen Fall verneint hätte. Das ist nach Auffassung des Senats ausschlaggebend. Mangels einer die Auffassung des Beklagten bestätigenden obergerichtlichen Entscheidung der Finanzgerichte war nicht völlig auszuschließen, dass die Finanzverwaltung gewerbliche Tätigkeit aus einer Errichtung zum Zwecke der Veräußerung herleiten würde (Nachhaltigkeit auch ohne Wiederholung, Veräußerungsabsicht wegen Verkaufs vor Ablauf von fünf Jahren), wie es der BFH in BStBl. II 1996, 303 und ihm folgend dann auch die Finanzverwaltung im vorliegenden Fall getan haben.

Der Beklagte durfte das Ausbleiben steuerlicher Konsequenzen deshalb nicht als sicher hinstellen. 7

Eine andere Frage ist, ob den Klägern daraus ein Schaden entstanden ist. Im Ergebnis ist dafür entscheidend, ob die Vermögenslage der Kläger besser aussähe, wenn der Beklagte die Pflichtverletzung nicht begangen, sondern nur, was richtig gewesen wäre, darauf hingewiesen hätte, dass nach der damaligen Rechtslage eine Besteuerung nicht zu erwarten sei. 8

Das hängt zunächst davon ab, was die Kläger bei einer solchen Auskunft getan hätten. Dafür gibt es keine Vermutung. Die Kläger hätten bei einer derartigen Auskunft Chancen und Risiken abzuwägen gehabt. Nach der Einschätzung des Klägers zu 2. rechnete sich das Objekt auch ohne Verkauf und wäre deshalb nicht verkauft worden. Ein noch so geringes Steuerrisiko wollten die Kläger - so die Erklärung ihres Rechtsanwalts im Senatstermin vom 6.12.2002 - nicht eingehen. Das ist angesichts der bei einer Realisierung eines wenn auch geringen Steuerrisikos anfallenden hohen Steuerlast nachvollziehbar und wird deshalb vom Senat zu Grunde gelegt. Damit ist zunächst festzustellen, dass die Kläger das Grundstück nicht in 1995 verkauft hätten. 9

Ob bei zutreffender Auskunft des Beklagten zunächst eine verbindliche Auskunft der Finanzverwaltung eingeholt worden wäre, bedarf angesichts dessen keiner Klärung. Denn nach dem Vorbringen des Klägervertreters im Senatstermin vom 6.12.2002 hätte eine verbindliche Auskunft ergeben, dass ein Verkauf in 1995 steuerschädlich gewesen wäre, hätte also dieselbe Folge - Unterbleiben des Verkaufs - gezeitigt. 10

Nicht feststellen lässt sich entgegen den Feststellungen des Landgerichts und entgegen dem mit den letzten in der Berufungsinstanz verfestigten Behauptung der Kläger indessen, dass die Kläger das Grundstück kurz nach Ablauf der Fünf-Jahres-Frist in 1996 verkauft hätten. 11

Entgegen der Darstellung des streitigen Vorbringens der Kläger im angefochtenen Urteil haben diese bereits in erster Instanz - jedenfalls nach ihrem schriftsätzlichen und nach dem im Termin vom 10.12.2001 protokollierten Vorbringen - nicht behauptet, bei korrekter Beratung hätten sie das Grundstück sieben Monate später verkauft. Im Gegenteil: Die Kläger haben vorgetragen, sie hätten zu einem späteren Zeitpunkt oder auch gar nicht verkauft, wobei sie einen späteren Verkauf auf das Ende einer verlängerten Mietzeit oder auf einen gar nicht näher definierbaren Zeitpunkt angenommen haben, GA 62. 12

Auch in der Berufungsinstanz ist offen geblieben, ob und ggf. wann die Kläger, auf ein Risiko möglicher Steuern hingewiesen, verkauft hätten. Einem Verkauf in 1996 steht - neben dem ursprünglich anderen schriftsätzlichen Vorbringen - schon das Ergebnis Anhörung des Klägers zu 2. entgegen. Der Senat hat nun gerade wissen wollen, wie die Kläger gehandelt hätten, wenn ihnen ein Steuerrisiko bekannt gemacht worden wäre. Ein Steuerrisiko bestand auch in 1996, da weder die Finanzverwaltung noch die finanzgerichtliche Rechtsprechung den Fünf-Jahres-Zeitraum als starre Grenze angesehen haben. Einen Verkauf unter diesen Bedingungen hat der Kläger zu 2. verneint. Das entspricht auch ohne Berücksichtigung der Anhörung des Klägers zu 2. den Gegebenheiten. Wenn die Kläger, wie sie vortragen und wovon auszugehen ist, jegliches steuerliches Risiko scheuten, kam ein Verkauf auch nach Ablauf von fünf Jahren nicht in Betracht. Die Frage der Nachhaltigkeit wird durch den Zeitablauf nicht berührt. Was die Veräußerungsabsicht betrifft, ist der Fünf-Jahres-Zeitraum - wie gesagt - immer nur als Indiz für Veräußerungsabsicht bei Beginn der Tätigkeit, nicht aber als fixe Grenze angesehen worden. Abgesehen davon hat der Zeuge N2 in erster Instanz bekundet, es sei gängige Geschäftsmethode von F gewesen, einen Standort durch Pacht 13

anzufahren und bei positiver Entwicklung zu überlegen, ob man kaufen solle. Diese Strategie von F reicht aus, zu vermuten, dass sie den mit F verbundenen Ehemännern der Klägerinnen zu 3. - ihr Ehemann war Geschäftsführer der F GmbH - und der Klägerin zu 4. - ihr Ehemann war Bevollmächtigter der N3, einer 100%igen Tochter der F [der von den Klägern überreichte BP-Bericht GA12f] und damit den Klägern wohl kaum verborgen geblieben ist. Damit wären die Kläger aber auch bei einer Veräußerung in 1996 Gefahr gelaufen, daß ihr Vortrag, eine Veräußerung sei ursprünglich nicht beabsichtigt gewesen, von den Finanzbehörden nicht anerkannt worden wäre.

Von daher ist davon auszugehen, dass der Kausalverlauf offen ist. Es spricht nichts 14
ausreichendes dafür, dass die Kläger in 1996 verkauft hätten, es erscheint möglich, dass die Kläger zu irgend einem späteren Zeitpunkt verkauft hätten oder aber auch das Grundstück behalten hätten. (Dabei geht der Senat davon aus, dass ein Verkauf in den Jahren 1996 ff steuerfrei gewesen wäre. Denn es ist nicht ersichtlich, warum sich der einmalige Verkauf eines Grundstücks als nachhaltige und damit gewerbliche Tätigkeit darstellen sollte. Entsprechend sind auch die Parteien, was sich für die Kläger aus der von ihnen überreichten Klagebegründung im finanzgerichtlichen Verfahren ergibt, der Auffassung es fehle – auch für 1995 – am Kriterium der Nachhaltigkeit).

Ob den Klägern bei dieser Sachlage ein Schaden entstanden ist, hängt davon ab, ob sich 15
ihre Vermögenslage insgesamt günstiger darstellte, wenn der Verkauf unterblieben wäre, vgl. BGH WM 1998, 142f, BGH WM 1996, 1101ff. Im Prinzip lässt sich das nur dann beurteilen, wenn jede denkbare Sachverhaltsalternative durchgespielt und die sich aus ihr ergebende Vermögenslage im Vergleich zu der gegebenen Vermögenslage betrachtet wird. Denn bei mehreren Alternativen tatsächlichen Verhaltens kann ein etwaiger Schaden nur unter Zugrundelegung der für den Anspruchssteller ungünstigsten Alternative bemessen werden. Es ist indessen davon auszugehen, dass die Kläger, so ein Verkauf beispielsweise in 1999 oder 2000 möglich gewesen wäre, sich dabei nicht schlechter hätten stellen wollen, als wenn sie die Immobilie behalten hätten.

Diese Überlegung der Schadensbetrachtung zu Grunde gelegt, ist davon auszugehen, dass 16
die Kläger keinen Weg (zwischenzeitlicher Verkauf "unter Wert") gewählt hätten, der sie schlechter gestellt hätte, als es beim Behalten der Immobilie bis heute der Fall gewesen wäre. Der Schaden der Kläger lässt sich demnach schätzen, indem die Vermögenslage ohne Verkauf bei Behalten der Immobilie bis heute und die Vermögenslage aufgrund des stattgefundenen Verkaufs in 1995 verglichen wird.

Die Vermögenslage aufgrund des Verkaufs sieht - geschätzt - so aus:

17

Kaufpreis		6.783.597,-- DM
Darlehensablösung		
Darlehen I	./. 1.069.320,43 DM	
Darlehen II	./. 1.778.952,97 DM	
Disagioerst.	+ 77.122,03 DM	
		= ./. 2.771.151,37 DM
Vorfälligkeits- entschädigung		./. 138.820,-- DM
1. Zwischensumme		3.873.624,63 DM

18

Anlagezins bis zur Steuerzahlung ./.. Steuern		+ 542.850,-- DM
2. Zwischensumme		4.416.474,63 DM

Dabei beruhen die für Kaufpreis, Darlehensablösung, Disagioerstattung und Vorfälligkeitsentschädigung angesetzten Beträge auf dem unstreitigen bzw. belegten (GA331, 332, 337) Vorbringen der Kläger. Richtig ist, dass bei der Betrachtung entgegen dem Hinweisbeschluss des Senats vom 28.3.03 der Rückfluss des Darlehens abgezogen werden muss, da es darauf ankommt, was die Kläger nach dem Verkauf "in der Tasche" hatten. Den Anlagezins für die Zeit ab Zufluss des Kaufpreises bis zur Zahlung der Steuern, also einen Zeitraum von rund fünf Jahren, hat der Senat mit 6 % p.a. geschätzt und ist dabei von einem gerundeten Anlagebetrag von 3.850.000,-- DM (pro Kläger 962.500,-- DM) ausgegangen. Der Schätzung von 6 % liegt der Zinssatz für langfristige festverzinsliche Anlagen - vergleichbar einem Mietobjekt, aus dem langfristig Rendite gezogen werden soll - zugrunde, der sich Ende 1995/Anfang 1996 sowohl nach der vom Beklagten überreichten Auskunft der Sparkasse I [GA234] als auch nach den Berichten der Deutschen Bundesbank (Kapitalmarkstatistik September 2003, Übersichtstabellen, dort: festverzinsliche Wertpapiere) wie auch nach den von den Klägern in Bezug genommenen ...-Renditen (*internetadresse*) bei 6 % oder knapp darüber bewegte. Ob die Kläger eine höhere Rendite erzielt haben - wie der Beklagte behauptet - ist unerheblich. Renditen, die aus Anlagegeschick oder besonderem Glück des Geschädigten bei der Anlage herrühren, entlasten den Schädiger nicht. Abgesetzt davon sind die darauf von den Klägern mit 53 % angegebenen Steuern.

Der sich unter der zweiten Zwischensumme ergebende Betrag entspricht 2.258.107,62 €. 20 Davon abzusetzen ist zunächst die von den Klägern gezahlte Gewerbesteuer einschließlich Zinsen mit 470.755,13 €, so dass ein Betrag von 1.787.352,49 € verbleibt. Auf jeden der Kläger entfallen aufgrund der Beteiligung zu je 25 % davon 446.838,12 €.

Unter Berücksichtigung der sich der Höhe nach aus den Anträgen ergebenden jeweiligen Steuerbelastung (Einkommensteuer, Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag u. Nachzahlungszinsen) der Kläger ergibt sich dann hinsichtlich der tatsächlichen Vermögenslage

für die Klägerin zu 1.:		
		446.838,12 €
Steuer		./.. 305.006,42 €

22

		141.831,70 €
Anlagezins darauf bis heute		+ 11.998,96 €
Vermögen		153.830,66 €
Gerundet:		153.000,-- €
für den Kläger zu 2.:		

23

	446.838,12 €
Steuer	/./ 270.869,81 €
	175.968,31 €
Anlagezins darauf bis heute	+ 14.886,92 €
Vermögen	190.855,23 €
Gerundet:	190.000,-- €
für die Klägerin zu 3.:	
	446.838,12 €
Steuer	/./ 289.732,57 €
	157.105,55 €
Anlagezins darauf bis heute	+ 13.291,13 €
Vermögen	170.396,68 €
Gerundet:	170.000,-- €
Für die Klägerin zu 4.:	
	446.838,12 €
Steuer	/./ 275.474,67 €
	171.363,45 €
Anlagezins darauf bis heute	+ 14.497,35 €
Vermögen	185.860,80 €
Gerundet:	185.000,-- €

Für den Anlagezins sind insoweit wie oben 6 % abzüglich einer Steuerquote von 53% für 3 Jahre angesetzt. Dabei ist mangels anderweitigen Vortrags davon ausgegangen, dass die Kläger ausreichend liquide Mittel hatten, die Steuerforderungen zu begleichen, so dass es bei der Rendite einer Anfang 1996 gewählten, langfristigen und festverzinslichen Anlage verbleibt. Die von der Klägerin zu 3. mit den Anträgen zu 3.5 - 3.7 bezifferten Steuerbeträge sind nicht in die Berechnung eingeflossen. Nach der Berufungserwiderung, die die entsprechende Verurteilung des Landgerichts dahin korrigiert haben will, dass Zug um Zug gegen Abtretung von Steuererstattungsansprüchen für das Jahr 1996 geleistet werden soll, handelt es sich offenbar um in 1996 angefallene Steuern. Was für 1996 angefallene Steuern mit der Veräußerung in 1995 zu tun haben sollten, ist indessen nicht vorgetragen.

Die Vermögenslage ohne Verkauf sieht - geschätzt - so aus:

Grundstück	4.522.597,-- DM
Restdarlehen rund	/./ 1.180.000,-- DM
Vermögen fikt.:	3.342.597,-- DM

Das entspricht 1.709.042,71 €, wovon auf jeden der Kläger 427.260,68 €, also rund 427.000,-- € entfallen.

28

Was den Grundstückswert betrifft, ist der Vortrag des Beklagten zugrunde gelegt, der unter näherer Erläuterung vorgetragen hat, das Grundstück sei heute höchstens noch 2/3 des seinerzeit erzielten Kaufpreises wert. Dem sind die Kläger nicht näher entgegen getreten und haben zudem - vor dem Hintergrund ihrer zuletzt vertretenen Behauptung, es wäre 1996 verkauft worden, konsequent - die Auffassung vertreten, es komme nicht darauf an. Die Restvaluta des Darlehens hat der Senat entsprechend dem Vorschlag des Prozessbevollmächtigten der Kläger im letzten Senatstermin durch Fortführung dessen Berechnung (GA283) errechnet, d.h. ohne Berücksichtigung etwaiger Änderungen nach Ablauf der Zinsbindungsfrist. Unter Zugrundelegung des in den Darlehensverträgen ausgewiesenen Rückzahlungsbeginns (30.3.92) errechnet sich per 30.3.03 eine Restvaluta von 1.313.951,-- DM und per 30.3.04 eine solche von 1.052.011,-- DM, so dass sich das fiktive Restdarlehen zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in etwa auf den geschätzten Betrag belaufen hätte.

Bei der Ermittlung der fiktiven Vermögenslage wäre grundsätzlich das hinzuzurechnen, was die Kläger bei einer Weitervermietung durch die Mieteinnahmen nach Abzug von Zins und Tilgung, Aufwendungen auf die Mietsache und Steuern erwirtschaftet hätten. Dazu lassen sich - auch im Wege der Schätzung - keine Feststellungen zu Gunsten der Kläger treffen. Der Senat hat im Hinweisbeschluss vom 28.3.03 - auf den insoweit Bezug genommen wird - darauf hingewiesen, wie eine solche Rendite errechnet werden könnte. Die Kläger sind darauf nicht näher eingegangen. Der von ihnen errechnete Liquiditätsüberschuss von rund 174.000,-- DM p.a. ist nicht nachvollziehbar, da dabei Steuern und Aufwendungen auf die Mietsache keine Berücksichtigung finden. Im übrigen ergibt sich aufgrund des Vortrages der Kläger, die Miete sei in 1992 auf rund 540.500,-- DM netto p.a. geändert worden, zwar eine Verschiebung gegenüber dem Hinweisbeschluss. Andererseits ist aber auch die im Beschluss angesetzte AfA nicht zutreffend. Vielmehr ergibt sich aus Anlage 1 zum Betriebsprüfungsbericht, auf den der Beklagte verwiesen hat, eine Abschreibung von rund 27.000,-- DM (also nicht 2 %, sondern 1 %) ab 1995. Darüber hinaus hat der Beklagte vorgetragen, im Laufe der Jahre hätten sich höhere Betriebskosten ergeben, wozu die Kläger nur erwidert haben, es sei einerlei, ob 10.000,-- DM oder 20.000,-- DM angefallen wären.

Damit errechnet sich der Schaden der Kläger

31

32

für die Klägerin zu 1. mit		
Vermögen tats.	153.000,-- €	
Vermögen fiktiv	427.000,-- €	
Differenz		274.000,-- €
für den Kläger zu 2. mit		
Vermögen tats.	190.000,-- €	
Vermögen fiktiv	427.000,-- €	
Differenz		237.000,-- €
für den Kläger zu 3. mit		

33

Vermögen tats.	170.000,-- €	
Vermögen fiktiv	427.000,-- €	
Differenz		257.000,-- €
und für die Klägerin zu 4. mit		
Vermögen tats.	185.000,-- €	
Vermögen fiktiv	427.000,-- €	
Differenz		242.000,-- €

Dem Einwand des Beklagten, es sei kein Schaden entstanden, weil die Festsetzung nicht 34 endgültig sei bzw. die Kläger hätten den Schaden mindern müssen, indem sie eine Zahlung auf die Steuerschuld hätten unterlassen und Aussetzung der Vollziehung beantragen müssen, ist nicht zu folgen. Im Gegenteil: Die Kläger waren aus keinem Gesichtspunkt gehalten, fällige Steuerforderungen nicht zu zahlen. Anderes gibt auch die vom Beklagten herangezogene Entscheidung BGH NJW 1993, 113f nicht her. Dort ging es darum, ob der Gläubiger ohne Steuerzahlung bei Angriff gegen die Steuerforderung Zahlung oder nur Freistellung verlangen kann. So liegt die Sache hier aber nicht. Die Kläger haben die Steuerforderungen unstreitig gezahlt. Auch das Argument des Beklagten, er müsse bei Zahlung in Vorlage treten, verfängt unter Schadensminderungsgesichtspunkten nicht. Das wird dadurch ausgeglichen, dass dem Beklagten durch die Abtretung etwaiger Erstattungsforderungen auch die darauf entfallenden Nebenforderungen (Erstattungszinsen) zustehen. Dem ist im Tenor Rechnung getragen.

Entsprechend den Ausführungen des Klägervertreters im letzten Senatstermin, wonach ein 35 etwa niedriger als der den Anträgen entsprechende Schadensbetrag ggf. anteilig zugesprochen werden solle, verteilt der Senat den "Gesamtschaden" (274.000,-- € + 237.000,-- € + 257.000,-- € +

242.000,-- € = 1.010.000,-- €) im Verhältnis der in den Anträge zu 1. - 4. bezifferten Beträge 36 (mit Ausnahme der bei der Schadensberechnung nicht berücksichtigten Beträge aus Ziff. 3.5 - 3.7) zu dem unter Ziff. 5 geltend gemachten Anspruch zur gesamten Hand. Bei einem gerundeten Verhältnis von 70% zu 30% entfallen auf den unter Ziff. 5. zur gesamten Hand geltend gemachten Anspruch 303.000,-- €. Zieht man den damit pro Kläger mit 75.750,-- € abgegoltenen Schaden von den den Klägern jeweils entstandenen Schäden ab, errechnet sich für die Klägerin zu 1. ein restlicher Schadensbetrag von 198.250,-- €, für den Kläger zu 2. ein restlicher Schadensbetrag von 161.250,-- €, für die Klägerin zu 3. ein restlicher Schadensbetrag von 181.250,-- € und für die Klägerin zu 4. ein restlicher Schadensbetrag von 166.250,-- €. Im übrigen hat der Senat die Anträge zusammengefasst.

Die zugesprochenen Zinsen ergeben sich aus § 291 BGB a.F.

37

Der Klageantrag zu Ziff. 6. ist begründet, weil nicht auszuschließen ist, daß den Klägern 38 weiterer Schaden durch die Belastung mit Kosten in dem noch nicht abgeschlossenen finanzgerichtlichen Verfahren entstehen.

Der Feststellungsantrag zu Ziff. 7. ist entgegen der Auffassung des Landgerichts 39 unbegründet. Ein Erstattungsanspruch ergibt sich nur, wenn die Kläger im finanzgerichtlichen Rechtsstreit, der nur die steuerlichen Folgen des vom Finanzamt angenommenen

gewerblichen Grundstückshandels betrifft, obsiegen. Wenn sie verlieren, gehen die Zug um Zug vorzunehmenden Abtretungen ins Leere, so dass es der unter Ziff. 7. beantragten und vom Landgericht erkannten Feststellung nicht bedarf. Welche theoretischen Erstattungen sich aus anderen steuerlichen Veränderungen ergeben sollten - so der Vortrag in der Klageschrift - ist nicht näher vorgetragen und auch nicht ersichtlich.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 97 ZPO, die zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Ziff. 10, 711 ZPO.