

AktG Rn. 11; Fleischer, in: Spindler/Stilz, a. a. O. § 85 AktG Rn. 9).

V. Ausblick

Zwar sieht § 24 II 1 GenG die Bestellung von Vorstandsmitgliedern durch die Generalversammlung vor, was auch den genossenschaftlichen Grundsätzen der Selbstkontrolle und der Selbstverwaltung entspricht. Dies kann allerdings dazu führen, dass in einer Generalversammlung die Vorstandswahl von spontanen Stimmungen und nicht allein von Sachargumenten geprägt wird. Nicht nur bei Kreditgenossenschaften, sondern generell bei Genossenschaften mit hoher wirtschaftlicher Bedeutung bieten sich daher Satzungsklauseln an,

kraft derer die Zuständigkeit für die Bestellung von Vorstandsmitgliedern auf den Aufsichtsrat übertragen wird, auch damit sich dieser vorab in einem Auswahlverfahren intensiv von der Fachkunde und Zuverlässigkeit des Mitglieds überzeugen kann, das für ein Vorstandsamt vorgesehen ist. Für die Bestellung durch den Aufsichtsrat spricht auch, dass dieser bei Vakanzen im Vorstand ein neues Vorstandsmitglied schneller und auch kostengünstiger bestellen kann im Vergleich zu einer – ggf. außerordentlichen – Generalversammlung. Kann indes auch ein Aufsichtsrat in dringenden Fällen nicht die erforderliche Anzahl an Vorstandsmitgliedern bestellen, bleibt die Möglichkeit, die gerichtliche Bestellung eines Notvorstands zu beantragen gemäß § 85 AktG analog. ■

Rechtsprechung zum Cum-Ex-Skandal – Rechtsanwaltschaftung

Rechtsanwälte Jürgen Heilbock, LL.M (Georgetown) und Dr. Dennis Geissler, Partner im Bereich Corporate Litigation, avocado rechtsanwälte, Frankfurt am Main

Dieser Beitrag schließt unmittelbar an die Veröffentlichung „Rechtsprechung zum Cum-Ex-Skandal – der Fall Sarazin“ (GWR 2019, 120) an. Dort ging es um die Haftung der Kreditinstitute. Dieser Beitrag widmet sich der Haftung der beratenden Rechtsanwälte.

Das OLG Düsseldorf (Urt. v. 12.3.2018, 9 U 179/16, BeckRS 2018, 31126) hat eine Rechtsanwaltssozietät wegen fehlerhafter Rechtsberatung im Zusammenhang mit dem Cum-Ex-Skandal zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von € 13,5 Mio verurteilt.

I. Einführung

Der Gesamtschaden des deutschen Fiskus durch Cum-Ex soll im zweistelligen Milliardenbereich liegen (vgl. Handelsblatt v. 16.3.2015, 36 f.). In der Folge haben Cum-Ex-Geschäfte größere Strafverfahren und Schadensersatzprozesse ausgelöst. Der bisherigen Verteidigungslinie beteiligter Banken und Berater, wonach die Gesetzeslage lückenhaft gewesen sei, ist der I. Senat des BFH (Urt. v. 24.8.2011, I R 85/10 (NV), BeckRS 2012, 94421) zumindest nicht gefolgt: „Der Gesetzeswortlaut belässt sonach keinen Zweifel daran, dass die Erstattung nicht nur erfordert, dass die Abzugsteuer einbehalten, sondern dass sie tatsächlich an das Finanzamt abgeführt worden sein muss. (...) Wortlaut, Regelungszweck und Sachzusammenhang der Vorschrift sind sonach eindeutig: Ohne eine vorhergehende Abführung der Abzugsteuer kann eine Erstattung nicht erfolgen“. Andere Gerichte hatten über die Frage eines damit verbundenen Gestaltungsmissbrauchs nicht ausdrücklich entschieden (BFH, I R 2/12, BeckRS 2014, 96005 = GWR 2014, 534 [Roth]; FG Hessen, 4 K 1684/14, BeckRS 2016, 94589), aber Bedenken angemeldet. Das OLG Stuttgart (5 U 98/17, GWR 2019, 120 [Heilbock/Geissler]) verurteilte die Bank Sarazin zuletzt wegen fehlerhafter Anlageberatung zur Zahlung von Scha-

densersatz in Höhe von € 45,0 an den Drogisten Müller (dazu Heilbock/Geissler, GWR 2019, 120).

II. Die Auswirkungen des Urteils des OLG Düsseldorf

1. Sachverhalt

Die Klägerin prüfte Anfang 2011 den Erwerb einer Beteiligung an A. Das Geschäftsmodell der A bestand darin, über weitere zwischengeschaltete Gesellschaften, Investitionen eines US-amerikanischen Pensionsfonds in deutsche Dividentitel zu finanzieren. Der erstrebte Gewinn sollte insbesondere aus einer Optimierung der deutschen Kapitalertragsteuer generiert werden. Die Klägerin beauftragte die beklagte Sozietät, die u. a. auf Steuerrecht spezialisiert ist, damit, diese Optimierung gutachterlich zu prüfen und insbesondere die Frage zu beantworten, ob Ansprüche auf Erstattung der Kapitalertragsteuer entstünden. Im April 2011 legte die Beklagte ihr Gutachten vor und kam zu dem Ergebnis, dass es Art. 10 Abs. 3 Buchst. b DBA USA/Deutschland ermögliche, dass Dividenden, die ein US-amerikanischer Pensionsfonds von deutschen Kapitalgesellschaften beziehe, keiner deutschen Besteuerung unterworfen seien. Der deutsche Staat habe einbehaltene Kapitalertragsteuern daher nach § 50 d Abs. 1 EStG auf Antrag zu erstatten (OLG Düsseldorf, 9 U 179/16, BeckRS 2018, 31126). Auf Grundlage dieser Begutachtung überwies die Klägerin über die GbR D € 13.5 Mio. an die A, die nach Aufdeckung des Cum-Ex-Skandals im Jahr 2015 liquidiert werden musste.

Die Klägerin verlangte in der Folgezeit aus abgetretenem Recht der D Ersatz des Zeichnungsschadens vom Beklagten wegen fehlerhafter Rechtsberatung. So hätte die D nicht in die A investiert, wenn der Beklagte auf die rechtlichen Risiken und insbesondere darauf hinge-

wiesen hätte, dass ein Erstattungsanspruch des US-amerikanischen Fonds daran scheitern könne, dass sich die tatsächliche Abführung der Steuer nicht nachweisen ließe. Jedenfalls hätte der Beklagte darüber informieren müssen, dass er auf Grundlage des ihm bekannten Sachverhalts keine verlässliche Aussage über die Steuererstattung treffen könne, da zu dieser Zeit nicht auszuschließen war, dass der Fonds möglicherweise in Geschäfte involviert sein würde, die eine Erstattung von Kapitalertragsteuern nicht ermöglichen. Schließlich sei die D als ein mit der Klägerin auf Gesellschafterebene verbundenes Unternehmen in den Schutzbereich des Anwaltsvertrages einbezogen.

Der Beklagte trat den Vorwürfen der Klägerin entgegen. So habe die Abhängigkeit der Erstattungspflicht nach § 50 d EStG vom Nachweis der Abführung nach der damaligen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG nicht nahegelegen. Außerdem sei der Klägerin das Risiko einer Nichtabführung der Steuer aus dem Fondsprospekt allemal bekannt gewesen, was jedenfalls die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für den Schaden ausschließe. Jedenfalls aber seien deutsche Gerichte nicht zuständig, weil sich die Beklagte nicht nach § 39 ZPO rügelos eingelassen habe.

2. Entscheidung des OLG Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf verurteilte den Beklagten zur Zahlung des begehrten Schadensersatzes und hob die gegenläufige Entscheidung des LG Düsseldorf auf, welches die Klage aus prozessualen Gründen abgewiesen hatte (9 U 179/16, BeckRS 2018, 31126). Der Schadensersatz sei begründet, allerdings nur Zug um Zug gegen Übertragung der streitgegenständlichen Aktien an die Sozietät.

Der Rechtsweg zu den deutschen Gerichten sei eröffnet, weil sich die Beklagte rügelos eingelassen habe. Die internationale Zuständigkeit ergebe sich deshalb aus Art. 24 S. 1 LugÜ. § 39 ZPO sei nur dann anwendbar, wenn die beklagte Partei ihren Wohnsitz nicht in einem Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommens habe (vgl. BGH, Urt. v. 19.5.2015, XI ZR 27/14, BeckRS 2015, 12005 = NJW 2015, 2667). Nach Art. 24 S. 1 LugÜ genüge zur Zuständigkeitsbegründung die bloße Einlassung auf das Verfahren. Von einer solchen Einlassung sei bereits dann auszugehen, wenn die beklagte Partei die Zuständigkeitsrüge nicht spätestens in der Stellungnahme erhebe, die nach dem innerstaatlichen Prozessrecht als das erste Verteidigungsvorbringen vor dem angerufenen Gericht anzusehen sei. Zuständigkeitsbegründend sei bereits eine rügelose Einlassung in der Klageerwidmung (vgl. BGH, Urt. v. 19.5.2015, XI ZR 27/14, BeckRS 2015, 12005 = NJW 2015, 2667). Nach diesen Grundsätzen seien die deutschen Gerichte mit Eingang der Klageerwidmung des Beklagten zuständig geworden. In dieser habe der Beklagte umfassende und ausführliche Einwendungen in der Sache erhoben, ohne die internationale Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zu beanstanden (OLG Düsseldorf, 9 U 179/16, BeckRS 2018, 31126).

Die Beklagte habe ihre Pflichten zur Beratung aus dem mit der Klägerin geschlossenen Anwaltsvertrag verletzt

und habe daher Schadenersatz zu leisten. Ein Rechtsberater sei grundsätzlich zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet. Unkundige habe er über die Folgen ihrer Erklärungen zu belehren und vor Irrtümern zu bewahren. Dazu habe er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant eine sachgerechte Entscheidung treffen könne (BGH, Urt. v. 1.3.2007, IX ZR 261/03, BeckRS 2007, 9908 = NJW 2007, 2485). Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn eine konkrete Fragestellung vorgegeben sei. Könne ein rechtlicher Gesichtspunkt die Entscheidung beeinflussen, so dürfte er von dem verantwortlichen Berater nicht verschwiegen werden (BGH, Urt. v. 8.12.2005, IX ZR 188/04, BeckRS 2006, 1185 = NJW-RR 2006, 557). Diesen Anforderungen sei der Beklagte nicht nachgekommen, obwohl ihm nach eigener Darstellung im Grundsatz bekannt gewesen sei, dass Cum-Ex darauf basiere, dass (zumindest buchhalterisch) eine doppelte wirtschaftliche Eigentümerstellung entstehe und es daher zur Ausstellung von zwei Steuerbescheinigungen komme, obwohl die Kapitalertragsteuer nur einmal abgeführt wird.

Soweit sich der Beklagte mit der Argumentation verteidigte, dass ihm die Strukturen der beabsichtigten Optimierung im Einzelfall nicht bekannt gewesen seien, hätte er darauf hinweisen müssen. Er hätte auch die Frage, ob der US-amerikanische Pensionsfonds die auf deutsche Dividenden einbehaltene Kapitalertragsteuer zuzüglich Solidaritätszuschlag wieder erstattet bekomme, nicht „im Ergebnis...“ bejahen dürfen.

Ein deutlicher Hinweis auf die mit Cum-Ex verbundene Problematik, wonach die Kapitalertragsteuer regelmäßig vom ausschüttenden Unternehmen einzubehalten und für Rechnung des Dividendenbeziehers abzuführen ist und dies möglicherweise mit der Dokumentation korreliert, war dem Gutachten der Beklagten nicht zu entnehmen. Die Beratung sei damit fehlerhaft gewesen. Es spiele keine Rolle, ob der Rechtsanwalt die mit Cum-Ex verbundenen Risiken und die Gestaltung in seiner eigenen Sphäre für vertretbar halte. Es könne deshalb dahinstehen, ob der Berater auf das Risiko einer Rechtsprechungsänderung hätte hinweisen müssen.

Die von der Beklagten angeführte Rechtsprechung zu § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG sei nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar. Sie betreffe einen (rein) inländischen Sachverhalt, der noch dazu nichts mit § 50 d EStG zu tun habe. Die Beklagte hätte vielmehr auf die ausdrücklich § 50 d I EStG betreffende Rechtsprechung, etwa BFH, Urt. v. 24.8.2011, I R 85/10 (BeckRS 2012, 94421) eingehen müssen.

Die Pflichtverletzung begründe auch einen eigenen Schadensersatzanspruch der D, die in den Schutzbereich des Beratungsvertrages falle. Die Beklagte habe gewusst, dass die Klägerin die Investitionsentscheidung unter Umständen nicht selbst umsetzen, sondern einer mit ihr auf Gesellschafterebene verbundenen Gesellschaft überlassen wollte. Maßgeblich sei, dass die Beklagte damit einverstanden war, dass das zu erstellende

Gutachten Grundlage für eine Investitionsentscheidung über € 13,5 Mio. war.

Die D habe gemäß § 249 I BGB gegenüber dem Beklagten einen Anspruch auf Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten sei. Ohne die Falschberatung durch den Beklagten hätte die D nicht für € 13,5 Mio. eine Beteiligung an der A erworben. Der Beratungsfehler der Beklagten sei daher für den Erwerb der Beteiligung kausal. Der Senat betonte, keinen Zweifel daran zu haben, dass die D bei pflichtgemäßer Beratung die Beteiligung nicht erworben hätte. Aus dem Grundsatz der Naturalrestitution folge damit ein Anspruch auf Übernahme der Folgen der Anlageentscheidung durch die Beklagte, also auf Zahlung des Anlagebetrages Zug um Zug gegen Übertragung der erlangten 135.000 Aktien.

Auch sei kein Mitverschulden der D erkennbar. Es spiele keine Rolle, ob die in allgemeinen steuerrechtlichen Fragen fachkundigen Gesellschafter der D das in der Formulierung des § 50 d EStG begründete Risiko selbst hätten erkennen können. Die Revision wurde nicht zugelassen, da die hierfür in § 543 Abs. 2 ZPO niedergelegten Voraussetzungen nicht gegeben seien.

3. Kernaussage des Urteils

Der Senat hat deutlich zum Ausdruck gebracht, dass eine anwaltliche Rechtsberatung darauf gerichtet sein muss, dem Mandanten eigenverantwortliche und sachgerechte Entscheidungen zu ermöglichen (OLG Düsseldorf, 9 U 179/16, Urt. v. 12.3.2018, BeckRS 2018, 31126). Daher sei über die Sach- und Rechtslage vollständig und nicht nur selektiv (und erst recht nicht auf Grundlage eigener Risikoeinschätzungen des Rechtsberaters!) aufzuklären. Könne ein rechtlicher Gesichtspunkt die Entscheidung eines vernünftigen Auftraggebers beeinflussen, so dürfe dieser nicht verschwiegen werden (BGH, IX ZR 188/04, Urt. v. 8.12.2005, BeckRS 22006, 1185 = NJW-RR 2006, 557). Ein Rechtsanwalt dürfe erst recht nicht darauf vertrauen, dass ein (wohl) unbegründeter Erstattungsanspruch nur aufgrund verschiedener Unzulänglichkeiten im Verwaltungsverfahren zur Auszahlung komme, ohne deutlich auf das Risiko einer Aufdeckung, ggf. Strafbarkeit und eines Rückzahlungsanspruchs hinzuweisen. Eine vollständige Beratung hätte eines klaren Hinweises auf die Möglichkeit einer illegalen Rechtsgestaltung bedurft.

III. Fazit

Eine entscheidende Frage im Rahmen der gerichtlichen Aufarbeitung der Cum-Ex-Geschäfte ist die zivilrecht-

liche Haftung. Das OLG Düsseldorf zieht involvierte Rechtsberater in die (kurze) Reihe der Haftungsadressaten. Die Kernbotschaft des Urteils ist wenig überraschend. Es ist keine neue Erkenntnis, dass Rechtsberater pflichtwidrig handeln, wenn sie auf erkennbare Risiken nicht hinweisen (siehe etwa BGH, Urt. v. 13.2.2003, IX ZR 62/02, BeckRS 2003, 2646 = NJW-RR 2003, 1035). Dabei musste das Gericht nicht einmal auf die steuerrechtliche Kernfrage bei Cum-Ex eingehen. Es genügte die Feststellung, dass Cum-Ex riskant ist. Auf die Frage der Legalität von Cum-Ex und den Einfluss der eigentlichen Treiber, „Erfinder“ und Nutznießer von Cum-Ex kam es nicht an. Schlussendlich läuft die Entwicklung darauf hinaus, dass jeder Berater, der vor der Anlageentscheidung nicht ausdrücklich auf die mit Cum-Ex verbundenen Risiken hingewiesen hat, haftet. Ob die Anleger und die eigentlichen „Erfinder“ von Cum-Ex (auch) haften, werden weitere Prozesse in der Zukunft erst noch zeigen.

Überraschend ist sicherlich die Einordnung des Rechtsberatungsvertrages als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Schließlich hätte es einer offensichtlichen oder expliziten und nicht nur einer wirtschaftlichen Einbeziehung Dritter bedurft (BGH, Urt. v. 7.12.2017, IX ZR 25/17, BeckRS 2017, 141717 = DStRE 2018, 1334). Das Gericht legt den Rechtsberatungsvertrag damit weit aus. Es nähert sich dabei gefährlich nah der Rechtsprechung zum Schutzbereich eines Wirtschaftsprüferauftrages bei Anlageprospekten an (BGH, Urt. v. 8.6.2004, X ZR 283/02, BeckRS 2004, 8037), ohne die offensichtlichen Unterschiede zu berücksichtigen.

Auch die Frage des Mitverschuldens der Klägerin wird nur oberflächlich angerissen, was zuletzt daran lag, dass der genaue Prüfungsauftrag der Klägerin an den Rechtsanwalt nicht hinreichend gewürdigt wurde. So ist zuletzt unklar geblieben, ob eine Einordnung aller zivil- und steuerrechtlichen Risiken überhaupt dem Prüfungsauftrag entsprach. Schließlich hätte dieser auch so verstanden werden können, dass nur eine Untersuchung des strafrechtlichen Risikos zu begutachten war. Dann aber hätte es der Aufklärung der Frage bedurft, ob ein Mitverschulden der Klägerin darin lag, dass sie sich lediglich über strafrechtliche Risiken für ihre Organe aufklären ließ. Im Übrigen stellt sich die Frage, ob das Geschäftsmodell Cum-Ex – das im Einzelfall daraus bestehen kann, dass es ohne relevante Erträge zu hohen Ausschüttungen kommt – nicht per se eine Bösgläubigkeit begründet und beauftragte Gutachten auf dieser Grundlage eher der Rechtfertigung vor Ermittlungs- und Steuerbehörden dienen. ■