

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 675, 276 Cc, Hc

Zu den Pflichten eines sog. Mittelverwendungstreuhänders innerhalb eines "Bauherrenmodells" (im Anschluß an Senatsurteil BGHZ 102, 220).

BGH, Urt. v. 11. Mai 1989 - VII ZR 12/88 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 12/88

URTEIL

Verkündet am
11. Mai 1989
Seelinger-Schardt
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Dr. Bernd B[REDACTED], Ba[REDACTED]straße [REDACTED], Ha[REDACTED]
2. Karin B[REDACTED], ebenda,
3. Franz T[REDACTED], V[REDACTED]-Be[REDACTED]straße [REDACTED], K[REDACTED]
4. Jürgen S[REDACTED], Ge[REDACTED]berg [REDACTED], Dr[REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

5. Hans-Georg Sch[REDACTED], Cr[REDACTED]straße [REDACTED], Dü[REDACTED],
6. Otto H[REDACTED], Am Kr[REDACTED], Wi[REDACTED]
7. Inge H[REDACTED], ebenda,

Kläger und Berufungsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED] und Dr. [REDACTED]
[REDACTED] -

g e g e n

den Rechtsanwalt Ulrich H. L[REDACTED], G[REDACTED] Allee [REDACTED],
Dü[REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

WI

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 1989 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Bliesener, Prof. Dr. Walchshöfer, Dr. Thode und Dr. Haß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger zu 1) bis 4) wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 10. Dezember 1987 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage der Kläger zu 1) bis 4) abgewiesen worden ist.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 25. April 1985 wird, soweit sie sich gegen die Kläger zu 1) bis 4) richtet, zurückgewiesen.

Von den Gerichtskosten und den außergerichtlichen Kosten des Beklagten im ersten Rechtszug haben der Beklagte 79 %, die Kläger zu 1) und 2) zusammen 5 %, der Kläger zu 3) 1 %, der Kläger zu 4) 1 %, der Kläger zu 5) 7 % und die Kläger zu 6) und 7) zusammen 7 % zu tragen.

Von den außergerichtlichen Kosten der Kläger im ersten Rechtszug haben zu tragen:

der Beklagte 93 % der Kosten der Kläger zu 1) und 2), 65 % der Kosten des Klägers zu 3) und



66 % der Kosten des Klägers zu 4); alle übrigen Kosten die jeweiligen Kläger selbst.

Von den Gerichtskosten und den außergerichtlichen Kosten des Beklagten im Berufungsverfahren haben zu tragen:

der Beklagte 88 %, der Kläger zu 5) 6 % und die Kläger zu 6) und 7) zusammen 6 %.

Von den außergerichtlichen Kosten der Kläger im Berufungsverfahren haben zu tragen:

der Beklagte die Kosten der Kläger zu 1) bis 4) und die Kläger zu 5) bis 7) ihre eigenen Kosten selbst.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat der Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger, Bauherren im Rahmen eines Bauherrenmodells, verlangen von dem Beklagten, der als sogenannter Mittelverwendungstreuhandler tätig war, Schadensersatz wegen einer angeblich pflichtwidrigen Honorarüberweisung an die Generalübernehmerin.

Aufgrund des notariellen Treuhandangebotes der BTG-Treuhand GmbH (künftig: BTG) vom 22. Mai 1981 wurden die Kläger Bauherren der Bauherrengemeinschaft J.. Die Kläger zu 1) und 2) erwarben insgesamt sechs Wohneinheiten, die Kläger zu 3) und 4) je eine Wohneinheit. Durch diesen Vertrag bevollmächtigten die Kläger die BTG u.a. zum Abschluß eines Generalübernehmervertrages und zum Abschluß einer "Treuhand- und Kontrollvereinbarung" mit Rechtsanwalt U. L., dem Beklagten dieses Verfahrens.

Anfang September 1981 schloß die BTG als Vertreterin der Kläger mit dem Beklagten eine solche Treuhand- und Kontrollvereinbarung, durch die der Beklagte damit beauftragt wurde, die "Treuhand- und Kontrolltätigkeit für die Bauherrengemeinschaft" im Rahmen der "finanzielle(n) Abwicklung des Bauvorhabens über Rechtsanwaltsanderkonten vorzunehmen". Dieser Vertrag enthält u.a. folgende Regelungen:

" § 2

1. ...

2. Herr Rechtsanwalt U. H. L. kann nur über die zugunsten der Bauherren eingerichteten Rechtsanwalts-Anderkonten in Übereinstimmung mit den Mittelverwendungs- und Zahlungsplänen sowie den abgeschlossenen Verträgen verfügen. ...

§ 3

Herr Rechtsanwalt L. ist nur an die Weisungen der Bauherren, nicht aber an Weisungen der BTG GmbH & Co. KG gebunden".

Das Bauvorhaben wurde abweichend von der Planung, die vorsorglich eine Bauzeit von je sechs Monaten in den Jahren 1982 und 1983 vorgesehen hatte, innerhalb der 6-monatigen Bausaison Anfang Juni 1982 fertiggestellt. Am 23. Juni 1982 übersandte die BTG dem Beklagten den Entwurf eines Generalübernehmervertrages mit der G.-GmbH zur Überprüfung. Mit Telex vom 7. Juli und Schreiben vom 14. Juli 1982 teilte der Beklagte der BTG u.a. mit, sie sei nach den ihr im Treuhandvertrag erteilten Vollmachten grundsätzlich berechtigt, einen Generalübernehmervertrag abzuschließen, allerdings dürfe sich dieser Vertrag nur auf Leistungen beziehen, die der Generalübernehmer tatsächlich erbracht habe, er dürfe keine Leistungen enthalten, die Gegenstand der Treuhandverträge und der Baubetreuungsverträge seien. Am 12. Juli 1982 hatte die G.-GmbH den Klägern ihre Vergütung in Höhe von 16,5 % der Baukosten zuzüglich Mehrwertsteuer in Rechnung gestellt. Am selben Tag überwies der Beklagte die folgenden Beträge von den von ihm verwalteten Anderkonten an die G.-GmbH:

Für die Kläger zu 1) und 2) insgesamt	289.930,01 DM,
für den Kläger zu 3)	38.537,94 DM und
für den Kläger zu 4)	38.604,27 DM.

Es liegt ein schriftlicher Vertrag zwischen der BTG und der G.-GmbH vor, der das Datum vom 20. August 1981 trägt.

Über den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und über den Grund und Zweck dieses Vertrages streiten die Parteien.

Über das Vermögen der G.-GmbH ist Anfang des Jahres 1985 das Konkursverfahren eröffnet worden, bezüglich der BTG ist ein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens gestellt.

Das Landgericht hat, nachdem es die Verfahren gegen die BTG und die G.-GmbH abgetrennt hat, den Beklagten verurteilt, als Gesamtschuldner mit der BTG und der G.-GmbH an die Kläger zu 1) und 2) 270.044,97 DM, an den Kläger zu 3) 32.851,89 DM und an den Kläger zu 4) 33.160,66 DM nebst Rechtshängigkeitszinsen zu zahlen. Im übrigen hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Klage der Kläger 1) bis 7) insgesamt abgewiesen.

Mit ihrer - angenommenen - Revision, die der Beklagte zurückzuweisen bittet, erstreben die Kläger zu 1) bis 4) die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Zahlungsansprüche der Kläger seien nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil der für die einzelnen Wohnungseinheiten vereinbarte Gesamtaufwand auch unter Berücksichtigung der von dem Beklagten an den Generalübernehmer gezahlten Vergütung nicht überschritten worden sei. Entgegen der vom Beklagten vertretenen Ansicht seien durch die Festpreisvereinbarungen Rückzahlungen an die Kläger in den Fällen nicht ausgeschlossen, in denen - wie hier - der Gesamtaufwand unterschritten werde. Nr. 15 des Treuhandvertrages sehe vor, daß bei Beendigung des Bauvorhabens die Konten der Bauherren geschlossen und bestehende Guthaben an die Treugeber ausgekehrt würden.

2. Diese Auslegung, die auch von der Revision - als den Klägern günstig - nicht angegriffen wird, ist nicht zu beanstanden. Das Oberlandesgericht hat dabei den für die Festpreisvereinbarung maßgeblichen Sachverhalt hinreichend gewürdigt; das Auslegungsergebnis läßt Rechtsfehler nicht erkennen.

II.

1. Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen etwaiger Schadensersatzansprüche der Kläger mit im wesentlich folgenden Erwägungen verneint:

Eine Pflichtverletzung des Beklagten wäre nur dann gegeben, wenn er aus ihm bekannt gewordenen Umständen hätte ersehen können, daß der G.-GmbH keine Vergütung zustehen würde. Unter diesen Voraussetzungen hätte er, ungeachtet der ihm vorgelegten Generalübernehmerverträge und der mit Prüfvermerken versehenen Rechnungen, die Überweisungen an die G.-GmbH nicht vornehmen dürfen. Zu einer rechtlichen Würdigung der Umstände wäre er in diesem Fall verpflichtet gewesen. Die Beweisaufnahme habe nicht ergeben, daß dem Beklagten bekannt gewesen sei oder hätte bekannt sein müssen, daß die nach dem 23. Juni 1982 abgeschlossenen und auf den 20. August 1981 zurückdatierten schriftlichen Generalübernehmerverträge nur dazu gedient hätten, das nach Abschluß des Bauvorhabens verbliebene Guthaben zugunsten des erst nachträglich eingeschalteten Generalübernehmers abzuschöpfen.

Obwohl dem Beklagten zumindest erkennbar gewesen sei, daß die schriftlichen Verträge zurückdatiert worden seien, könne nicht festgestellt werden, daß er im Zeitpunkt der Überweisung gewußt habe oder hätte wissen müssen, daß die G.-GmbH weder aufgrund der vorgelegten Verträge noch aus anderen Rechtsgründen Zahlung der in Rechnung gestellten Beträge habe verlangen können. Die Behauptung des Beklagten, bereits im September 1981 seien mündliche Generalübernehmerverträge geschlossen worden, sei durch die Beweisaufnahme nicht bewiesen. Es ließe sich allerdings auch nicht feststellen, daß die mündlichen Verträge, wie die Kläger behaupten, nicht abgeschlossen worden seien. Angesichts dieses Beweisergebnisses könne zugunsten der Kläger unterstellt

werden, daß der Beklagte verpflichtet gewesen sei, die sich aus den schriftlichen Generalübernehmerverträgen ergebenden Forderungen den Klägern mitzuteilen und ihre Weisung vor einer Verfügung über das Guthaben abzuwarten. Es sei nämlich nicht auszuschließen, daß die Kläger aufgrund der möglicherweise im September 1981 abgeschlossenen mündlichen Verträge verpflichtet gewesen wären, den Beklagten anzuweisen, die Beträge an die G.-GmbH zu überweisen.

2. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme und dem eigenen Vortrag des Beklagten liegen die Voraussetzungen einer schuldhaften positiven Forderungsverletzung des Beklagten vor.

a) Maßstab dafür, ob der Beklagte mit der Überweisung der Beträge an den Generalübernehmer gegen seine Pflichten verstoßen hat, ist der ihm durch den Treuhändervertrag übertragene Pflichtenkreis (Senatsurteil BGHZ 102, 220, 224/227). Dem sogenannten Mittelverwendungstreuhänder obliegt es, die Vermögensinteressen seiner Treugeber dadurch zu wahren, daß er die Verwendung der anvertrauten Mittel kontrolliert. Er muß, wenn die vertraglich vereinbarten Voraussetzungen vorliegen, die Überweisung unverzüglich vornehmen; er muß allerdings bei erkennbaren Risiken für die Sicherstellung der Mittel sorgen und die Treugeber vor der Überweisung über die Risiken aufklären und beraten (Senatsurteil vom 19. Juni 1986 - VII ZR 25/85 = ZfBR 1986, 220, 221 f = BauR 1986, 590, 591; Koeble, Zur Haftung des Treuhänders bei Bauherrenmodellen, Festschrift für Hermann

Korbion (1986), 215, 222 m.w.N.). Der Umfang des dem Treuhänder obliegenden Pflichten einschließlich seiner Kontroll- und Beratungspflichten hängt auch und maßgeblich davon ab, welche Vorstellungen den Treugeber nach den Umständen des Einzelfalles, vor allem nach der Vertragsgestaltung erkennbar dazu veranlaßt haben, dem Treuhänder die Treuhandenschaft zu übertragen (Senatsurteil BGHZ 102, 220, 224/226 m.w.N.).

b) Aus den Treuhandvereinbarungen zwischen den Klägern und der BTG sowie dem Treuhand- und Kontrollvertrag zwischen den Klägern und dem Beklagten ist ersichtlich, daß die Treugeber den Beklagten auch und gerade deshalb als Treuhänder eingeschaltet haben, weil er in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt über die für eine wirksame Kontrolle erforderlichen juristischen Kenntnisse und unabhängige Stellung gegenüber dem allgemeinen Treuhänder, der BTG, verfügte. Aufgrund dieser erkennbaren Vorstellung der Treugeber war der Beklagte in Zweifelsfällen dazu verpflichtet, die Rechtslage zu prüfen und die Treugeber vor der Überweisung über die jeweiligen Risiken aufzuklären. Die Pflicht des Beklagten ist mittelbar in § 3 des Treuhand- und Kontrollvertrages geregelt, der festlegt, daß der Beklagte nur den Weisungen der Treugeber und nicht denen der BTG unterworfen ist.

Diese Bestimmung schützt in Fällen risikobelasteter Überweisungen die Interessen sowohl der Treugeber als auch des Treuhänders. Ihr Sinn und Zweck ist es, in der genannten Situation den Treugebern die Entscheidung darüber vorzubehalten, ob die Überweisung ausgeführt werden soll oder nicht. Diese Entscheidung, die auch dem Interesse des Treu-

händers dient, ihn vor etwaigen Schadensersatzansprüchen der Treugeber zu schützen, können die Treugeber nur treffen, wenn der Treuhänder sie in Zweifelsfällen vor einer Überweisung über die Sach- und Rechtslage sowie die Risiken unterrichtet und sie berät.

c) Gegen diese Pflicht hat der Beklagte schuldhaft verstoßen. Nach den besonderen Umständen des Falles war für den Beklagten erkennbar, daß die Überweisungen aufgrund der unklaren Rechtslage mit Risiken verbunden waren. Im Zeitpunkt der Rechnungsstellung durch den Generalübernehmer waren dem Beklagten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Umstände bekannt, aus denen die unklare vertragliche Lage ersichtlich war. Schon der ungewöhnliche Umstand, daß die BTG nach dem 23. Juni 1982, also nach Abschluß der Bauarbeiten, versuchte, schriftliche Generalübernehmerverträge zwischen dem Generalübernehmer und den Bauherren abzuschließen, begründete für einen Rechtsanwalt erkennbar die Gefahr von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien über die Berechtigung des Vertragsabschlusses, den Inhalt des Vertrages und über die gegenseitigen vertraglichen Verpflichtungen.

Die Gefahr eines Konfliktes zwischen den Klägern und dem Generalübernehmer über den Grund und die Höhe des Honoraranspruchs wurde - für den Beklagten als Rechtsanwalt ebenfalls erkennbar - noch dadurch deutlich erhöht, daß die BTG mit den schriftlich abgeschlossenen Generalübernehmerverträgen versuchte, zusätzlich zu den angeblich im Jahre 1981 mündlich abgeschlossenen Verträgen nachträglich weitere

Vertragsgrundlagen zu schaffen. Die Behauptung des Beklagten, die schriftlichen Verträge hätten nur dazu gedient, die ursprünglich mündlich abgeschlossenen Verträge festzulegen, vermag ihn nicht zu entlasten. Diese Behauptung findet weder in den ihm übersandten Vertragsentwürfen noch in seinen Antwortschreiben an die BTG eine Stütze.

Im Hinblick auf das für ihn überschaubare Konflikt-risiko hätte der Beklagte ohne vorherige Aufklärung der Kläger und ihrer entsprechenden Anweisung das Geld von den Anderkonten nicht an den Generalübernehmer überweisen dürfen, weil er mit der Überweisung das Prozeßrisiko einer etwaigen gerichtlichen Auseinandersetzung und das Risiko der Insolvenz des Generalübernehmers auf die Kläger verlagerte. Von einer vorherigen Aufklärung und Beratung der Kläger hätte der Beklagte hier nur dann absehen dürfen, wenn zweifelsfrei festgestanden hätte, daß die Kläger aufgrund der ihnen bekannten und von ihnen nicht bestrittenen mündlichen Verträge dazu verpflichtet waren, das Honorar an den Generalübernehmer zu zahlen.

III.

1. Der Schaden, den der Beklagte durch seine Pflichtverletzung verursacht hat, besteht in den von ihm an den Generalübernehmer überwiesenen Beträgen. Ein Schaden in Höhe der überwiesenen Beträge wäre den Klägern nur dann nicht entstanden, wenn feststehen würde, daß sie verpflichtet waren, die von dem Generalübernehmer verlangte Vergütung zu

zahlen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts läßt sich nicht klären, ob die Kläger verpflichtet waren, die Vergütung an den Generalübernehmer zu zahlen. Das Risiko einer derartigen unklaren Sach- und Rechtslage muß der Beklagte tragen, weil die Prüfungs- und Aufklärungspflicht des Beklagten, gegen die er verstoßen hat, gerade den Schaden, der eingetreten ist, verhindern sollte.

Die Interessenlage ist ähnlich wie in den Fällen, in denen durch die Verletzung einer Aufklärungs- und Beratungspflicht unklar bleibt, wie sich der Aufzuklärende bei gehöriger Erfüllung der Aufklärungspflicht verhalten hätte. Eine solche Unklarheit geht zu Lasten des Aufklärungspflichtigen, weil es gerade mit zu dem mit der Aufklärungspflicht verfolgten Zweck gehört, darüber Klarheit zu schaffen (vgl. etwa BGHZ 61, 118, 123; 64, 46, 51; 72, 92, 106; 89, 95, 105; BGH NJW 1978, 41, 42; 1980, 2186, 2187; 1984, 1688, 1689; erst neuerdings wieder Urteile vom 14. März 1988 - II ZR 302/87 = WM 1988, 1031; vom 5. Mai 1988 - I ZR 151/86 = ZIP 1988, 866, 867 und vom 28. März 1989 - VI ZR 157/88 - zur Veröffentlichung bestimmt; vgl. ferner Emmerich in MünchKomm, 2. Aufl., Vor § 275 BGB Rdn. 153).

Auch hier diente die Pflicht des Beklagten als Mittelverwendungstreuhänder, die Kläger über das Risiko aufzuklären, ob eine Vergütung an den Generalübernehmer zu zahlen ist, und rechtzeitig von ihnen entsprechende Weisungen einzuholen, auch dazu, Klarheit eben über die infrage stehende Vergütungspflicht der Kläger zu schaffen und die Kläger nicht durch voreilige Überweisung der geforderten Beträge in

eine ungünstige Prozeßlage zu bringen. Gerade das Gegenteil hat der Beklagte durch Verletzung seiner Pflichten bewirkt. Auch dafür muß er deshalb einstehen.

2. Der Beklagte haftet für den Schaden neben der BTG und der G.-GmbH (Generalübernehmer) als Gesamtschuldner, falls die BTG und die G.-GmbH ebenfalls haften sollten, weil die Verpflichtung aller drei Schuldner unabhängig vom Rechtsgrund dem selben Erfüllungsinteresse der Kläger dienen.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats besteht ein Gesamtschuldverhältnis, wenn der eine Schuldner wegen einer Eigentumsverletzung nach § 823 BGB und der andere Schuldner aus § 816 BGB haftet (BGHZ 52, 39, 44). In einer weiteren Entscheidung hat der Senat ein Gesamtschuldverhältnis angenommen, in dem zwei Schuldner Ersatz zu leisten hatten, der eine Schuldner wegen einer Eigentumsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB, der andere, weil er einer vertraglichen Verpflichtung gegenüber dem Eigentümer, dessen Eigentum vor Beeinträchtigungen Dritter zu schützen, schuldhaft nicht nachgekommen ist (BGHZ 59, 97, 99 ff). Die Annahme des Gesamtschuldverhältnisses in diesen beiden Entscheidungen beruht auf der Erwägung, daß die Verpflichtungen der jeweiligen Schuldner nach der maßgeblichen Interessenlage der jeweiligen Gläubiger grundsätzlich inhaltsgleich sind.

b) Diese Voraussetzungen für ein Gesamtschuldverhältnis sind hier ebenfalls gegeben. Der Treuhänder, die BTG, haftet nach dem Vortrag der Kläger - wie der Beklagte - aus positi-

ver Forderungsverletzung. Die Kläger behaupten, die mündlichen Generalübernehmerverträge seien nicht abgeschlossen worden, die schriftlichen Verträge seien Scheinverträge, die nur dazu gedient hätten, das Guthaben der Bauherren abzuschöpfen, das durch die verkürzte Bauzeit entstanden sei. Der Generalübernehmer haftet möglicherweise aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil es nach dem Vortrag der Kläger an einem Rechtsgrund für die Zahlungen fehlt. Die Verbindlichkeiten der drei Schuldner sind nach dem vom Senat zur Gesamtschuldnerschaft entwickelten Grundsätzen inhaltsgleich, denn sie dienen dem selben Zweck der Gläubiger, der Rückführung der an den Generalübernehmer unberechtigtweise gezahlten Vergütung in das Vermögen der Kläger.

IV.

Den Klägern steht als Schadensersatz der jeweils zu ihren Lasten von dem Beklagten an den Generalübernehmer überwiesene Betrag einschließlich des Mehrwertsteueranteils zu. Eine Berücksichtigung der Steuervorteile, die die Kläger infolge der Schädigung durch den Beklagten erlangt haben, kommt hier - entgegen der Ansicht des Beklagten - nicht in Betracht.

1. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Steuern, die der Geschädigte infolge der Schädigung erspart, nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung zugunsten des Geschädigten zu berücksichtigen (Senatsurteile, BGHZ 74, 103, 113/114; vom 25. Februar 1988

- VII ZR 152/87 = ZfBR 88, 135 = BauR 88, 347, 348 m.w.N.). Derartige Steuervorteile sind jedoch nicht nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen, wenn der Geschädigte die Schadensersatzleistung versteuern muß. In welcher Höhe sich die Versteuerung der Ersatzleistung auswirkt, ist nicht erheblich, weil es unter diesen Umständen unbillig wäre, etwaige dem Geschädigten verbleibende Steuervergünstigungen, die der Staat dem Geschädigten aus einem besonderen Anlaß gewährt hat, dem Geschädigten zu entziehen, um den Schädiger zu entlasten (Senatsurteil BGHZ 74, 103, 116). Auf dieser Grundlage hat der Senat in seinem Urteil vom 25. Februar 1988 (aaO) entschieden, daß ein Bauherr, der von einem im Rahmen eines Bauherrenmodells tätig gewordenen Treuhänder die Erstattung von Aufwendungen verlangen kann, die er als Werbungskosten geltend gemacht hat, sich die damit verbundenen steuerlichen Vorteile nicht anrechnen zu lassen braucht, weil er den Rückempfang der Aufwendungen nachversteuern muß.

2. Hier ist es letztlich ebenso. Die Kläger haben aufgrund ihrer Option für die Regelbesteuerung nach dem Umsatzsteuergesetz für die Herstellungskosten, zu denen auch die Vergütung für den Generalübernehmer zählt, die Vorsteuer erstattet erhalten. Mit der Ersatzleistung durch den Beklagten müssen sie den Anteil der Vorsteuererstattung an das Finanzamt zahlen, die der Höhe des Schadensbetrages entspricht. Nach § 17 Abs. 1 i.V.m. § 15 Abs. 1 UStG ist das zuständige Finanzamt berechtigt und verpflichtet, in Fällen nachträglicher Entgeltsminderung die Vorsteuer um den Betrag zu Lasten des Vorsteuerberechtigten zu berichtigen, der auf die

Entgeltsminderung entfällt (Vogel/Reinisch/Hoffmann, UStG, § 17 Rdn. 32). So ist es hier. Die Ersatzleistung des Beklagten, die gemäß § 422 Abs. 1 BGB Erfüllungswirkung auch gegenüber dem Generalübernehmer hat, führt zu einer Entgeltsminderung, denn als Entgeltsminderung sind alle Beträge anzusehen, die der Vorsteuerberechtigte als Preis für die Herstellung bezahlt hat und die ihm zurückgewährt werden (Hartmann/Metzenmacher, UStG, 6. Aufl., § 17 Rdn. 11; Peter, UStG, § 17 Rdn. 8 f).

3. Die Ersatzleistung des Beklagten führt außerdem in Zukunft zu einer erhöhten Einkommensteuerpflicht der Kläger, weil mit der Leistung durch den Beklagten die Herstellungskosten vermindert werden, die für die AfA-Bemessungsgrundlage nach § 7 EStG maßgeblich sind. Ermäßigungen der Herstellungskosten sind vom Zeitpunkt ihres Eintritts in der Weise zu berücksichtigen, daß die AfA-Bemessungsgrundlage für die Zukunft um den Ermäßigungsbetrag herabgesetzt wird (Hermann/Heuer/Raupach, EStG, § 7 Rdn. 132; Schmidt, EStG, 7. Aufl., § 7 Rdn. 6 d). Das führt für die verbleibende Nutzungsdauer zu einem verminderten Steuervorteil für die betreffenden Bauherren. Die Steuervorteile, die sie durch die erhöhten Abschreibungen der Vergangenheit erlangt haben, werden dadurch allerdings nicht beeinträchtigt. Nach den vom Senat entwickelten Grundsätzen zur Anrechenbarkeit von steuerlichen Vorteilen (BGHZ 74, 103, 116; Urteil vom 25. Februar 1988 aaO) können diese Vorteile in Hinblick auf die zukünftigen steuerlichen Nachteile nicht zugunsten des Beklagten berücksichtigt werden.

V.

Das angefochtene Urteil kann, soweit es die Kläger zu 1) bis 4) betrifft, danach nicht bestehen bleiben. Es ist insoweit aufzuheben und die Berufung der Beklagten, soweit sie sich gegen die Kläger zu 1) bis 4) richtet, mit der Kostenfolge aus den §§ 91, 92, 97 ZPO zurückzuweisen.

Girisch

Bliesener

Walchshöfer

Thode

Haß