

# MITTEILUNGSPFLICHT FÜR GRENZÜBERSCHREITENDE STEUERGESTALTUNGEN

## HANDLUNGSPFLICHTEN AUCH FÜR RECHTSANWÄLTINNEN UND RECHTSANWÄLTE

RECHTSANWÄLTIN UND STEUERBERATERIN SILVIA SPARFELD, M.A.\*

*Mit DAC 6 sollen die Mitgliedstaaten Informationen über potenziell aggressive grenzüberschreitende Steuer-gestaltungen erhalten. Das deutsche „Mitteilungspflicht-Umsetzungsgesetz“ trat zum 1.1.2020 in Kraft, die Vorschriften sind ab dem 1.7.2020 anzuwenden. Die Mitteilungspflicht trifft auch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Ausnahmen mit Blick auf die anwaltliche Verschwiegenheit sind nicht vorgesehen. Die Autorin gibt einen Überblick über die wesentlichen Eckpunkte und Problembereiche.*

### I. EINLEITUNG

Am 25.5.2018 hat der Europäische Rat die Richtlinie (EU)2018/822 des Rates zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU bezüglich des verpflichtenden automatischen Informationsaustauschs im Bereich der Besteuerung über meldepflichtige grenzüberschreitende Gestaltungen (DAC 6)<sup>1</sup> verabschiedet.<sup>2</sup> Sie ist am 25.6.2018 in Kraft getreten.<sup>3</sup> Ziel der Richtlinie ist es, den Mitgliedstaaten Informationen über potenziell aggressive grenzüberschreitende Steuerplanungen zu verschaffen. Dabei geht es ausschließlich um die Mitteilung von legalen Anwendungen der Steuergesetze, welche zu Steuervorteilen führen, die nach dem Gesetz zwar ausdrücklich vorgesehen sind, die der Gesetzgeber aber nicht im Ausmaß der konkreten Nutzung gesehen hat oder so nicht beabsichtigt hat. Durch die Mitteilungspflicht sollen die Mitgliedstaaten solche Strukturen frühzeitig erkennen, um dann durch eine Anpassung der Gesetze die nicht gewünschten Steuervorteile beseitigen zu können.

Art. 2 DAC 6 verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Richtlinie bis spätestens 31.12.2019 in nationales Recht umzusetzen und die Kommission hierüber in Kenntnis zu setzen. Der deutsche Gesetzgeber ist dieser Verpflichtung mit Gesetz vom 21.12.2019<sup>4</sup> nachgekommen. Hieraus ergeben sich auch für Rechtsanwälte zusätzliche Pflichten in Form von Mitteilungen an die Finanzbehörden. Aufgrund der Unbestimmtheit der maßgeblichen Kennzeichen sind hiervon nicht nur Rechtsanwälte in größeren Kanzleien betroffen – vielmehr kann diese Pflicht auch jeden Rechtsanwalt und jede Rechtsanwältin in kleineren Kanzleien oder in einer Einzelkanzlei treffen.

\* Die Autorin ist Rechtsanwältin, Steuerberaterin und Fachanwältin für Steuerrecht in München und Mitglied des Ausschusses Steuerrecht der BRAK.

<sup>1</sup> Directive on Administrative Cooperation – 6. Änderung der Richtlinie 2011/16/EU.

<sup>2</sup> ABl. Nr. L 139 v. 5.6.2018, 1, ber. 2019 L 31, 108.

<sup>3</sup> Art. 3 RL (EU)2018/822.

<sup>4</sup> BGBl. 2019 I, 2875.

Die Verpflichtung zur anwaltlichen Verschwiegenheit der Rechtsanwälte nach § 43a BRAO und nach § 2 BO-RA schützt insoweit nicht. Denn der deutsche Gesetzgeber hat gerade nicht von der in der Richtlinie vorgesehenen Möglichkeit, Personen, die zur gesetzlichen Verschwiegenheit verpflichtet sind, von der Mitteilungspflicht auszunehmen, Gebrauch gemacht. Daher sollten sich alle Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte mit den neuen gesetzlichen Bestimmungen auseinandersetzen, um im Einzelfall prüfen zu können, ob eine Mitteilungspflicht besteht.

Die nachfolgende Darstellung kann nur einen ersten Überblick über die wesentlichen Eckpunkte vermitteln – eine detaillierte kritische Auseinandersetzung mit dem Gesetz kann hierdurch nicht ersetzt werden.

### II. GESETZGEBUNGSVERFAHREN

Obwohl bereits seit Mitte 2018 die Frist zur Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht feststand, hat sich der deutsche Gesetzgeber erst recht spät mit der Umsetzung befasst. Zwar hatte das Bundesministerium der Finanzen (BMF) den obersten Finanzbehörden der Länder bereits im September 2018 einen Arbeitsentwurf für die Einführung einer Mitteilungspflicht für grenzüberschreitende Sachverhalte vorgelegt. Bis zu einem Regierungsentwurf dauerte es dann noch bis zum Oktober 2019.<sup>5</sup>

Am 30.1.2019 hatte das BMF den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung der Pflicht zur Mitteilung<sup>6</sup> von Steuergestaltungen zur Umsetzung der EU-Richtlinie in die Ressortabstimmung gebracht. Dieser Entwurf ging deutlich weiter, als in der EU-Richtlinie vorgesehen; denn er enthielt neben der Mitteilungspflicht von grenzüberschreitenden Steuergestaltungen eine Ausweitung auf die Mitteilungspflicht rein nationaler Steuergestaltungen.<sup>7</sup>

Nach zahlreichen kritischen Stimmen insbesondere der Berufskammern und der Fachliteratur wurde dann im September 2019 der Referentenentwurf des BMF veröffentlicht, welcher erfreulicherweise die Ausweitung auf eine Mitteilungspflicht rein nationaler Steuergestaltungen nicht mehr vorsah. Obwohl die Empfehlungen der Ausschüsse für die BR-Sitzung am 8.11.2019<sup>8</sup> erneut die Aufnahme der Mitteilungspflicht nationaler Steuer-

<sup>5</sup> BR-Drs. 489/19 v. 10.10.2019.

<sup>6</sup> In der Literatur wird überwiegend von „Anzeige“ bzw. „Anzeigepflicht“ gesprochen; DAC 6 verwendet die Begriffe „Meldung“ und „Meldepflicht“.

<sup>7</sup> Vgl. § 138j RefE v. 30.1.2019.

<sup>8</sup> BR-Drs. 489/1/19 v. 28.10.2019.

gestaltungen vorsahen, wurde diese im Gesetzesentwurf der Bundesregierung<sup>9</sup> nicht wieder aufgenommen. Auch der Empfehlung der Ausschüsse an den Bundesrat, eine Entschließung zu fassen, welche vorsieht, dass sich der Bundesrat dafür ausspricht, zügig eine Mitteilungspflicht auch für nationale Steuergestaltungen zu fassen,<sup>10</sup> kam der Bundesrat – soweit ersichtlich – bislang nicht nach. Das bedeutet aber nicht, dass das zukünftig auch so bleiben wird.

Am 12.12.2019 hat der Bundestag den von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzesentwurf angenommen.<sup>11</sup> Der Bundesrat hat dem Gesetz am 20.12.2019 zugestimmt.<sup>12</sup> Das „Mitteilungspflicht-Umsetzungsgesetz“ wurde am 30.12.2019 im Bundesgesetzblatt verkündet.<sup>13</sup>

### III. FRISTEN

Gemäß Art. 2 I 2 RL (EU) 2018/822 sind die nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie ab 1.7.2020 anzuwenden. Unabhängig davon ist jeder Mitgliedstaat verpflichtet, darüber hinaus erforderliche Maßnahmen zu ergreifen, um intermediäre und relevante Steuerpflichtige zur Vorlage von Informationen über mitteilungspflichtige grenzüberschreitende Gestaltungen zu verpflichten, deren erster Schritt zwischen dem 25.6.2018, d.h. dem Tag des Inkrafttretens der Änderungsrichtlinie, bis zum 30.6.2020 umgesetzt wurde.<sup>14</sup> Solche Informationen für zurückliegende Maßnahmen sind bis zum 31.8.2020 offenzulegen. Faktisch müssen somit grenzüberschreitende Steuergestaltungen in dem Zeitraum vom 25.6.2018 bis zum 30.6.2020 rückwirkend nachgemeldet werden.

Gemäß Art. 10 des Mitteilungspflicht-Umsetzungsgesetzes tritt dieses am 1.1.2020 in Kraft. Die neuen Regelungen in der ab 1.1.2020 geltenden Fassung sind ab dem 1.7.2020 in allen Fällen anzuwenden, in denen das nach § 138f II AO maßgebliche Ereignis nach dem 30.6.2020 umgesetzt wurde.<sup>15</sup> Nach § 138f II AO ist die Mitteilung der grenzüberschreitenden Steuergestaltung innerhalb von 30 Tagen nach Eintritt des ersten der folgenden Ereignisse zu übermitteln:

- Die grenzüberschreitende Steuergestaltung wird zur Umsetzung bereitgestellt,
- der Nutzer der grenzüberschreitenden Steuergestaltung ist zu deren Umsetzung bereit oder
- mindestens ein Nutzer der grenzüberschreitenden Steuergestaltung hat den ersten Schritt der Umsetzung dieser Steuergestaltung gemacht.

<sup>9</sup> BT-Drs. 19/14685 v. 4.11.2019.

<sup>10</sup> BR-Drs. 649/1/19.

<sup>11</sup> BR-Drs. 649/19.

<sup>12</sup> BR-Drs. 649/19 (Beschluss).

<sup>13</sup> BGBl. 2019 I, 2875.

<sup>14</sup> Art. 8ab Abs. (12) RL (EU)2018/822.

<sup>15</sup> § 33 EGAO i.d.F. des Mitteilungspflicht-Umsetzungsgesetzes.

Die vorgenannte 30-Tages-Frist entspricht den Vorgaben gemäß DAC 6.<sup>16</sup>

Sofern eine grenzüberschreitende Steuergestaltung nach dem 24.6.2018, aber vor dem 1.7.2020 umgesetzt wird, beträgt die Frist zur Mitteilung zwei Monate nach dem 30.6.2020.<sup>17</sup> Mitteilungen für solche Gestaltungen müssen somit bis zum 31.8.2020 erfolgen. Auch diese Regelung steht im Einklang mit den Vorgaben von DAC 6.<sup>18</sup>

### IV. ERFASSTE STEUERARTEN

Von der Mitteilungspflicht umfasst sind sämtliche Steuerarten mit Ausnahme der Umsatzsteuer, der Zölle und der Verbrauchsteuern.<sup>19</sup> Auch Sozialversicherungsabgaben sind nicht erfasst. Transaktionen und Gestaltungen, die ausschließlich Auswirkungen auf Umsatzsteuer, Zölle und/oder Verbrauchsteuern haben, lösen somit keine Mitteilungspflicht aus.

Geographisch besteht keine Einschränkung auf inländische Steuern. Es ist ausreichend, wenn der steuerliche Vorteil in einem der beteiligten Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder in einem Drittstaat erzielt wird.<sup>20</sup>

### V. MITTEILUNGSPFLICHT

Die Mitteilungspflicht grenzüberschreitender Steuergestaltungen wird in den neuen §§ 138d-138k AO geregelt. Daneben enthält das Mitteilungspflicht-Umsetzungsgesetz noch zusätzliche Änderungen weiterer Gesetze, welche aufgrund dessen erforderlich wurden.

#### 1. WELCHE GESTALTUNGEN MÜSSEN ANGEZEIGT WERDEN?

Der Anwendungsbereich von DAC 6 zielt auf die Meldung von „potenziell aggressiven grenzüberschreitenden Steuerplanungsgestaltungen“ ab.<sup>21</sup> Eine Aneinanderreihung auslegungsbedürftiger Begriffe. Die Gesetzesbegründung zum Mitteilungspflicht-Umsetzungsgesetz verzichtet auf das Attribut „potenziell aggressiv“ und spricht von „bestimmten als relevant eingestuft“ Steuergestaltungen. Auch diese Wortwahl entbehrt der erforderlichen Klarheit.

Was unter grenzüberschreitender Steuergestaltung zu verstehen ist, regelt § 138d II AO.

<sup>16</sup> Vgl. Art. 8ab (7) RL (EU)2018/822.

<sup>17</sup> § 33 II EGAO.

<sup>18</sup> Vgl. Art. 8ab (12) RL (EU)2018/822.

<sup>19</sup> Art. 2 II RL 2011/16/EU des Rates v. 15.2.2011 über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung und zur Aufhebung der Richtlinie 77/799/EWG; vgl. auch Begr. zum Entwurf des Mitteilungspflicht-Umsetzungsgesetzes, BT-Drs. 19/14685; § 138d II Nr. 1 AO.

<sup>20</sup> § 138d III 2 AO; vgl. auch Begr. RegE, BT-Drs. 19/14685.

<sup>21</sup> Vgl. Erläuterung der Gründe in Tz. (3) bis (6) DAC 6; vgl. auch Begr. RegE, BT-Drs. 19/14685.

## a) GRENZÜBERSCHREITEND

Für das Tatbestandsmerkmal „grenzüberschreitend“ kommt es darauf an, dass Personen aus mehreren Mitgliedstaaten oder aus einem Mitgliedstaat der EU und einem Drittstaat beteiligt sind. Es reicht z.B. aus, wenn nicht alle an der Gestaltung Beteiligten in demselben Steuerhoheitsgebiet ansässig sind oder mindestens einer der Beteiligten gleichzeitig in mehreren Steuerhoheitsgebieten ansässig ist.

## b) BEGRIFF DER „STEUERGESTALTUNG“

Um eine „Steuergestaltung“ i.S.v. § 138d AO handelt es sich u.a., wenn diese mindestens ein Kennzeichen i.S.v. § 138e I AO aufweist und von welcher „ein verständiger Dritter unter Berücksichtigung aller wesentlichen Fakten und Umstände vernünftigerweise erwarten kann, dass der Hauptvorteil oder einer der Hauptvorteile die Erlangung eines steuerlichen Vorteils i.S.v. § 138d Abs. 3 AO ist.“<sup>22</sup> Wieder eine Aneinanderreihung auslegungsbedürftiger Begriffe, die im konkreten Fall als „Relevanztest“ (Main benefit-Test) bezeichnet wird.<sup>23</sup>

Die Kennzeichen i.S.v. § 138e I AO orientieren sich im Wesentlichen an den Kennzeichen (Hallmarks) der Richtlinie.<sup>24</sup> Sie sind verhältnismäßig klar umschrieben. Im Einzelnen sind dies:

1. Die Vereinbarung einer Vertraulichkeitsklausel, die dem Nutzer oder einem anderen an der Steuergestaltung Beteiligten eine Offenlegung, auf welche Weise aufgrund der Gestaltung ein steuerlicher Vorteil erlangt wird, gegenüber anderen Intermediären oder den Finanzbehörden verbietet, oder die Vereinbarung einer Vergütung, die in Bezug auf den steuerlichen Vorteil der Steuergestaltung festgesetzt wird, wenn also die Vergütung von der Höhe des steuerlichen Vorteils abhängt oder wenn die Vereinbarung die Abrede enthält, die Vergütung ganz oder teilweise zurückzuerstatten, falls der mit der Gestaltung zu erwartende steuerliche Vorteil ganz oder teilweise nicht erzielt wird.
2. Eine standardisierte Dokumentation oder Struktur der Gestaltung, die für mehr als einen Nutzer verfügbar ist, ohne dass sie für die Nutzung wesentlich individuell angepasst werden muss.
3. Gestaltungen, die zum Gegenstand haben, dass
  - a) ein an der Gestaltung Beteiligter unangemessene Schritte unternimmt, um ein verlustbringendes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar zu erwerben, die Haupttätigkeit dieses Unternehmens zu beenden und dessen Verluste dafür zu nutzen, seine Steuerbelastung zu verringern, einschließlich der Übertragung der Verluste in ein anderes Steuerhoheitsgebiet oder der zeitlich näheren Nutzung dieser Verluste;

<sup>22</sup> § 138 II Nr. 3 lit. a AO.

<sup>23</sup> Beim Vorliegen eines Kennzeichens nach § 138d II Nr. 3 lit. b AO ist ein Relevanztest nicht erforderlich.

<sup>24</sup> Vgl. Anh. IV DAC 6.

- b) Einkünfte in Vermögen, Schenkungen oder andere nicht oder niedriger besteuerte Einnahmen oder nicht steuerbare Einkünfte umgewandelt werden;
- c) Transaktionen durch die Einbeziehung zwischen geschalteter Unternehmen, die keine wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, oder Transaktionen, die sich gegenseitig aufheben oder ausgleichen, für zirkuläre Vermögensverschiebungen genutzt werden;
- d) der Empfänger grenzüberschreitender Zahlungen zwischen zwei oder mehr verbundenen Unternehmen in einem Steuerhoheitsgebiet ansässig ist, das keine Körperschaftsteuer erhebt oder einen Körperschaftsteuersatz von 0 % oder nahe 0 % hat, oder
- e) die grenzüberschreitende Zahlung zwischen zwei oder mehr verbundenen Unternehmen in ein Steuerhoheitsgebiet erfolgt, in dem der Empfänger ansässig ist, soweit dieses Steuerhoheitsgebiet die Zahlung vollständig von der Steuer befreit oder einer steuerlichen Präferenzregelung unterwirft.

Der Begriff der Steuergestaltung ist weit zu verstehen.<sup>25</sup>

## c) STEUERLICHER VORTEIL

Ein steuerlicher Vorteil liegt vor, wenn durch die Steuergestaltung Steuern erstattet, Steuervergütungen gewährt oder erhöht oder Steueransprüche entfallen oder verringert werden sollen, die Entstehung von Steueransprüchen verhindert werden soll oder die Entstehung von Steueransprüchen in andere Besteuerungszeiträume oder auf andere Besteuerungszeitpunkte verschoben werden soll.<sup>26</sup> Ein steuerlicher Vorteil liegt auch vor, wenn er außerhalb des Geltungsbereichs des Mitteilungspflicht-Umsetzungsgesetzes entstehen soll.<sup>27</sup> **Bemerkung:** Der Begriff des steuerlichen Vorteils i.S.v. § 138d AO ist nicht deckungsgleich mit dem Begriff des Steuervorteils i.S.d. § 370 AO.<sup>28</sup>

Von den oben genannten Kennzeichen dürfte in der Praxis die standardisierte Dokumentation bzw. standardisierte Struktur von besonderer Relevanz sein. Auch wenn der Gesetzgeber gemäß seiner Gesetzesbegründung auf Fälle wie „Goldfinger“ oder den „Einsatz von Finanzierungsgesellschaften“ abstellt, lässt sich die Beschreibung dessen, was als Struktur zu verstehen ist, auch auf alltägliche Fälle anwenden.

### Beispiel 1:

*Ein Mandant aus einem Drittland beabsichtigt, in München oder Frankfurt/M. eine GmbH zu gründen. Die Beratung des Rechtsanwalts umfasst auch die steuerliche*

<sup>25</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 19/14685, zu § 138d I AO.

<sup>26</sup> § 138d III 1 AO.

<sup>27</sup> § 138d III 2 AO.

<sup>28</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 19/14685, zu § 138d III AO.

Beratung, insb. auch zur Gewerbesteuer. Wegen der unterschiedlichen Gewerbesteuerhebesätze wählt der Mandant letztlich eine steuerlich günstigere Lokalität im Münchener Umland. Sein einziger Beweggrund für die Änderung des ursprünglich vorgesehenen Standorts liegt in der Ersparnis von Gewerbesteuer. Auch andere Mandanten aus dem Ausland berät der Rechtsanwalt in derselben Weise.

### Beispiel 2:

Der Mandant aus einem Drittland beabsichtigt mit einem deutschen Geschäftspartner die Gründung einer Gesellschaft in Deutschland. Aufgrund der steuerlichen Beratung des Rechtsanwalts entscheiden sich beide letztlich zur Gründung einer Gesellschaft in Osteuropa – einzig aus dem Grunde, die dort anwendbaren günstigeren Steuersätze zu nutzen. Der Rechtsanwalt berät andere Mandanten in vergleichbaren Fällen entsprechend.

In beiden Beispielfällen sind Steuern betroffen, die unter den Anwendungsbereich von DAC 6 und des Mitteilungspflicht-Umsetzungsgesetzes fallen. Auch ist das Tatbestandsmerkmal „grenzüberschreitend“ jeweils erfüllt. Denn nicht alle an der Gestaltung Beteiligten sind im selben Steuerhoheitsgebiet ansässig. Als Kennzeichen i.S.v. § 138e I AO kommt hier Nr. 2 – standardisierte Dokumentation oder Struktur – in Betracht. Auch der Relevanztest dürfte jeweils erfüllt sein. Denn in beiden Fällen wird der jeweilige Standort ausschließlich aus dem Grund gewählt, geringere Steuern zahlen zu müssen. Damit wird in beiden Fällen ein steuerlicher Vorteil i.S.v. § 138d III Nr. 1 AO angestrebt. Beide Strukturen werden auch durch andere von dem Rechtsanwalt beratene Mandanten umgesetzt. Somit besteht in beiden Fällen eine Mitteilungspflicht.

Diese einfachen Beispiele zeigen, dass es nicht gewollt sein kann, die Mitteilungspflicht auf alltägliche Standardfälle anzuwenden, worauf der Gesetzgeber insbesondere auch durch Vertreter der Berufskammern hingewiesen worden ist. Folglich wurde nunmehr in § 138d III AO ein Satz 2 aufgenommen, der vorsieht, dass das BMF im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder in einem im Bundessteuerblatt zu veröffentlichenden Schreiben für bestimmte Fallgruppen bestimmen kann, dass kein steuerlicher Vorteil vorliegt. Die Vorlage einer solchen „White List“ müsste vor dem 1.7.2020 veröffentlicht werden, um eine unnötige Flut von Mitteilungen alltäglicher üblicher Strukturen zu vermeiden.

§ 138e AO enthält die abschließende Aufzählung der Kennzeichen, die einen mitteilungspflichtigen Tatbestand auslösen können. Nur die in § 138e I AO genannten Kennzeichen erfordern einen Relevanztest. Das Vorliegen der in § 138e II AO genannten Kennzeichen erfordert keinen Relevanztest. Bei deren Vorliegen ist also stets eine Mitteilungspflicht gegeben, auch wenn das Erreichen eines steuerlichen Vorteils nicht beabsichtigt

ist. Als Kennzeichen nach § 138e II AO sind etwa Gestaltungen, die zum Gegenstand haben, dass in mehr als einem Steuerhoheitsgebiet Absetzungen für Abnutzung desselben Vermögenswertes in Anspruch genommen werden, zu nennen. Auf die Kennzeichen gemäß § 138e II AO wird hier nicht näher eingegangen. Auch diese entsprechen im Wesentlichen den Kennzeichen gemäß Anhang IV zu DAC 6.<sup>29</sup>

Eine Definition des Attributs „potenziell aggressiv“ findet sich in DAC 6 nicht. Auch gibt es im Mitteilungspflicht-Umsetzungsgesetz keine Definition zu „bestimmte als relevant eingestufte“ Steuergestaltungen.

## 2. WER MUSS MITTEILEN?

### a) BEGRIFF DES INTERMEDIÄRS

Mitteilungspflichtig ist jeder Intermediär. Intermediär ist, wer eine grenzüberschreitende Steuergestaltung wie oben beschrieben vermarktet, für Dritte konzipiert, organisiert oder zur Nutzung bereitstellt oder ihre Umsetzung durch Dritte verwaltet.<sup>30</sup> Der Begriff des Intermediärs setzt keine Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe voraus.<sup>31</sup> Intermediäre können somit auch Rechtsanwälte, Angehörige der steuerberatenden Berufe, Wirtschaftsprüfer, Finanzdienstleister oder sonstige Berater sein. Wer lediglich bei der Verwirklichung einzelner Teilschritte einer grenzüberschreitenden Steuergestaltung mitgewirkt hat, ohne dies zu wissen und auch ohne dies vernünftigerweise erkennen zu müssen, ist kein Intermediär i.S.d. § 138d I AO.<sup>32</sup>

Gemäß der Gesetzesbegründung werden die Begriffe „konzipieren“, „vermarkten“, „organisieren“, „zur Nutzung bereitstellen“, „verwalten“ wie folgt definiert:<sup>33</sup>

- Unter Konzipieren ist das Planen, Entwerfen oder Entwickeln einer konkreten Steuergestaltung zu verstehen, in der Regel in Bezug zu einem bestimmten Nutzer oder zu einer Gruppe von Nutzern.
- Vermarktet wird eine Steuergestaltung, sobald sie auf den Markt gebracht und dort gegenüber Dritten angeboten wird. Verbundene Unternehmen sind davon nicht umfasst.
- Zur Nutzung bereitstellen bedeutet, dass der Intermediär einem potenziellen Nutzer die für eine Umsetzung einer Steuergestaltung erforderlichen Informationen oder (Vertrags-)Unterlagen ausgehändigt oder anderweitig individuell zugänglich gemacht hat. Eine tatsächliche Umsetzung der Steuergestaltung durch den Nutzer ist hierbei noch nicht erforderlich. Die bloße Verbreitung allgemeiner Informationen über eine Steuergestaltung, z.B. durch Veröffentlichung unverbindlicher Informationen im Internet

<sup>29</sup> Vgl. DAC 6 Anh. IV Teil II C-E.

<sup>30</sup> § 138d I AO.

<sup>31</sup> Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 19/14685.

<sup>32</sup> Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 19/14685.

<sup>33</sup> Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 19/14685.

oder durch öffentliches Auslegen oder Ausgeben allgemein zugänglicher Prospekte, ist dagegen noch kein „zur Nutzung bereitstellen“.

- Organisieren umfasst die systematische Vorbereitung und Planung der Steuergestaltung, die Bereitstellung zur Nutzung und die Zurverfügungstellung für eine konkrete Verwendung. Die Verwaltung der Umsetzung erfasst die verantwortliche Leitung der konkreten Umsetzung der Steuergestaltung.

Ein Rechtsanwalt kann also selbst dann Intermediär sein, wenn er nicht selbst die steuerliche Konzeption vornimmt, sondern „lediglich“ die Vertragsunterlagen erstellt, die zur Umsetzung der steuerlichen Konzeption erforderlich sind, und diese dem Nutzer überlässt.

Nach § 138f VII AO ist ein Intermediär nur dann zur Mitteilung verpflichtet, wenn er seinen Wohnsitz, seinen gewöhnlichen Aufenthalt, seine Geschäftsleitung oder seinen Sitz im Inland hat oder im Inland eine Betriebsstätte unterhält, durch die die Dienstleistungen im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Gestaltung erbracht werden, in das Handelsregister oder in ein berufsrechtliches Register eingetragen ist oder bei einem Berufsverband für juristische, steuerliche oder beratende Dienstleistungen registriert ist.

Nach § 138d VII AO gilt ein Intermediär nicht als „an der Gestaltung Beteiligter“, soweit er im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Steuergestaltung ausschließlich solche Tätigkeiten ausübt, durch die er nach § 138d I AO die Stellung eines Intermediärs erlangt hat. Dies hat nach der Gesetzesbegründung insbesondere zur Folge, dass keine grenzüberschreitende Steuergestaltung vorliegt, wenn alle Beteiligten der Steuergestaltung (d.h. ohne den „reinen“ Intermediär) in demselben (fremden) Steuerhoheitsgebiet ansässig sind und nur der „reine“ Intermediär einen Inlandsbezug i.S.d. § 138f VII AO aufweist.

## b) MEHRERE INTERMEDIÄRE

Häufig wird der Fall eintreten, dass mehrere Intermediäre an derselben Gestaltung mitgewirkt haben (z.B. Steuerberater, Rechtsanwälte, Finanzberater). Nach § 138f IX 1 AO sind mehrere Intermediäre derselben grenzüberschreitenden Steuergestaltung grundsätzlich nebeneinander zur Mitteilung verpflichtet. Da mehrere identische Mitteilungen der gleichen grenzüberschreitenden Steuergestaltung weder aus Sicht der Finanzverwaltungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union noch aus Sicht der beteiligten Intermediäre sinnvoll sind, sieht § 138f IX 2 AO eine Befreiung von der Mitteilungspflicht vor, soweit der Intermediär nachweisen kann, dass bereits ein anderer Intermediär im Hinblick auf dieselbe Steuergestaltung die erforderlichen Informationen übermittelt hat. Als Nachweis reicht in diesem Zusammenhang bei in Deutschland erfolgten Mitteilungen die Angabe der vom Bundeszentralamt für Steuern nach § 138f V AO vergebenen Registriernummer und Offenlegungsnummer aus.<sup>34</sup>

In der Praxis sollte darauf geachtet werden, dass insoweit eine Abstimmung mit den anderen beteiligten Intermediären vorgenommen wird. Zwar ist die noch im Gesetzesentwurf vom 26.9.2019 vorgesehene „Denunziantenklausel“ in § 138f III letzter Satz AO entschärft worden. Nunmehr „kann“ – nicht „muss“ – ein Intermediär, soweit ihm bekannt ist, dass neben ihm mindestens ein weiterer Intermediär zur Mitteilung derselben grenzüberschreitenden Gestaltung verpflichtet ist, in dem Datensatz auch Angaben hinsichtlich der anderen ihm bekannten Intermediäre machen. Aufgrund der für jeden von mehreren Intermediären geltenden Mitteilungspflicht nach § 138f IX 2 AO sollte im Vorfeld eine Abstimmung erzielt werden, welcher Intermediär die Mitteilung vornimmt und welche weiteren Intermediäre er in seiner Mitteilung benennt.

Dies ist umso wichtiger in Fällen, in denen sich ein Berater über seine Stellung als Intermediär nicht bewusst ist. Es sollte daher vermieden werden, dass ein Berater durch einen anderen Intermediär als weiterer Intermediär benannt wird, ohne selbst seiner Mitteilungspflicht nach § 138f IX 1 AO nachgekommen zu sein oder sich im Klaren zu sein, dass er einer solchen Mitteilungspflicht unterliegt. Wenn eine grenzüberschreitende Steuergestaltung bereits durch einen Intermediär mitgeteilt worden ist, reicht es für die weiteren Intermediäre aus, wenn diese nachweisen können, dass die Mitteilung bereits durch einen anderen Intermediär erfolgt ist.<sup>35</sup> Als Nachweis für in Deutschland mitzuteilende Steuergestaltungen reicht die Angabe der vom Bundeszentralamt für Steuern vergebene Offenlegungsnummer und Registriernummer.

## c) MITTEILUNGSPFLICHT IN MEHREREN EU-MITGLIEDSTAATEN

Im Einzelfall kann sich auch eine Mitteilungspflicht bzgl. derselben steuerlichen Gestaltung in mehreren EU-Mitgliedstaaten ergeben. Für diesen Fall sieht DAC 6 eine Reihenfolge vor, welche vorgibt, in welchem EU-Mitgliedstaat der Intermediär die Mitteilung vorzunehmen hat.<sup>36</sup>

Die Umsetzung im deutschen Gesetz findet sich in § 138f VIII AO. Auch hier gilt: Mehrere identische Mitteilungen der gleichen grenzüberschreitenden Steuergestaltung in mehreren Mitgliedstaaten der EU sind weder aus Sicht der Finanzverwaltungen noch aus Sicht der beteiligten Intermediäre sinnvoll, da die Informationen ohnehin zwischen den Mitgliedstaaten der EU ausgetauscht werden.<sup>37</sup> Daher ist ein Intermediär nach § 138f VIII AO von der Mitteilungspflicht nach § 138d I AO befreit, sofern er nachweisen kann, dass er dieselbe grenzüberschreitende Steuergestaltung bereits in einem anderen Mitgliedstaat ordnungsgemäß der dort zuständigen Finanzbehörde mitgeteilt hat. Soweit die

<sup>34</sup> Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 19/14685, zu § 138f IX AO.

<sup>35</sup> § 138f IX AO.

<sup>36</sup> Vgl. Art. 8ab III DAC 6.

<sup>37</sup> Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 19/14685, zu § 138f VIII AO.

zuständige Behörde eines anderen Mitgliedstaats für die ihr mitgeteilte Steuergestaltung eine Registriernummer und eine Offenlegungsnummer vergeben hat, genügt deren Angabe.<sup>38</sup>

#### d) NUTZER

Sofern ein Nutzer<sup>39</sup> selbst eine steuerliche Gestaltung – ohne Mitwirkung eines Intermediärs – für sich selbst konzipiert hat, ist der Nutzer selbst mitteilungspflichtig (§ 138d VI AO). Sollte jedoch in einem solchen Fall der Nutzer den Berater um Überprüfung seiner Gestaltung ersuchen und der Berater dies auch tun, wird er wohl selbst dann zum Intermediär, wenn er die von dem Nutzer vorgeschlagene Gestaltung lediglich als steuerlich korrekt bestätigt, ohne zusätzlich eine eigene gestalterische Überlegung beizusteuern.

Der Nutzer ist auch dann mitteilungspflichtig, wenn zwar ein Intermediär an der grenzüberschreitenden Steuergestaltung mitgewirkt hat, dieser aber nicht die Voraussetzungen des § 138f VII AO erfüllt. Dies wäre z.B. dann der Fall, wenn ein Berater aus einem Drittland an der Gestaltung mitgewirkt hat, dieser Berater in Deutschland aber keine Betriebsstätte unterhält, in kein Handelsregister und kein berufsrechtliches Register eingetragen ist und auch bei keinem Berufsverband für juristische, steuerliche oder beratende Dienstleistungen registriert ist.

Sofern die Mitteilung mehreren Nutzern derselben grenzüberschreitenden Steuergestaltung obliegt, regelt § 138g II AO, welcher Nutzer was mitzuteilen hat. Diese Vorschriften gelten nur für inländische Nutzer i.S.v. § 138g III AO.

### 3. WAS IST ZU MITZUTEILEN?

Der Inhalt dessen, was mitgeteilt werden muss, ist im Detail in § 138f III AO angegeben. Danach muss der mitzuteilende Datensatz insbesondere Angaben zum Intermediär und zum Nutzer (jeweils: persönliche Angaben, Firma, Anschrift, Steueridentifikationsnummer), zu verbundenen Unternehmen, die an der grenzüberschreitenden Gestaltung beteiligt sind, Einzelheiten zu den Kennzeichen nach § 138e AO sowie eine Zusammenfassung des Inhalts der grenzüberschreitenden Steuergestaltung enthalten.

Die vorgenannte Zusammenfassung muss es einem sachkundigen, objektiven Dritten ohne weiteres ermöglichen nachzuvollziehen, wie es im Rahmen der grenzüberschreitenden Steuergestaltung zu einem gesetzlich möglicherweise nicht vorgesehenen steuerlichen Vorteil für den Nutzer kommt und was dieser steuerliche Vorteil ist.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 19/14685, zu § 138f VIII AO.

<sup>39</sup> Zum Begriff des Nutzers vgl. § 138d V AO; DAC 6 verwendet den Begriff „relevanter Steuerpflichtiger“.

<sup>40</sup> Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 19/14685, zu § 138f III AO.

### 4. ADRESSAT DER MITTEILUNG

Die Mitteilung hat gegenüber dem Bundeszentralamt für Steuern zu erfolgen. Die Mitteilung hat nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz i.S.v. § 138f III AO über die amtlich bestimmte Schnittstelle zu erfolgen. Mitteilungen haben somit ausschließlich elektronisch zu erfolgen. Zur technischen Umsetzung hat das Bundesministerium Ende 2019 eine „Task Force“ eingerichtet. Die erforderlichen technischen Voraussetzungen für die elektronischen Mitteilungen müssen spätestens zum 30.7.2020 geschaffen sein. Das Bundeszentralamt für Steuern weist dem eingegangenen Datensatz eine Registriernummer für die grenzüberschreitende Gestaltung und eine Offenlegungsnummer für die eingegangene Mitteilung zu.<sup>41</sup>

Das Bundeszentralamt für Steuern wertet die zugegangenen Mitteilungen aus und übermittelt den zuständigen Behörden aller anderen Mitgliedstaaten der EU die Informationen. Dieser automatische Informationsaustausch erfolgt innerhalb eines Monats nach Ablauf des Quartals, in dem die Informationen vorgelegt wurden, erstmals zum 31.10.2020.

### 5. WIRKUNG DER MITTEILUNG

Es wäre ein Trugschluss anzunehmen, dass die mitgeteilte grenzüberschreitende Steuergestaltung mit der Mitteilung als zulässig gilt. Eine Reaktion der Finanzbehörden gegenüber dem Intermediär oder dem Nutzer ist nicht vorgesehen. § 138j IV AO bestimmt, dass das Ausbleiben einer Reaktion der Finanzbehörden nicht die rechtliche Anerkennung der mitgeteilten grenzüberschreitenden Steuergestaltung bedeutet.

Somit kann der Fall eintreten, dass eine nach dem Gesetz zulässige grenzüberschreitende Steuergestaltung gewählt wird, diese ordnungsgemäß mitgeteilt wird und im Rahmen einer späteren Außenprüfung die – zwar legale – Gestaltung als unzulässig erachtet wird, da auf Seiten der Finanzbehörde nunmehr die Kenntnis gereift ist, dass die legalen steuerlichen Vorteile so nun doch nicht beabsichtigt waren. Aber selbst ohne Außenprüfung besteht diese Gefahr. Denn gemäß § 138k AO ist der Nutzer zusätzlich verpflichtet, in seiner Steuererklärung die Verwirklichung einer grenzüberschreitenden Steuergestaltung anzugeben.

In Fällen, in denen die Gestaltung konzipiert wurde, aber erst später umgesetzt werden soll, besteht zusätzlich das Risiko, dass die Mitteilung fristgemäß erfolgte – z.B. weil der Intermediär dem Nutzer die grenzüberschreitende Steuergestaltung zur Umsetzung bereitgestellt hat –, zu dem beabsichtigten Umsetzungszeitpunkt diese Gestaltung aber nicht mehr möglich ist, da der Gesetzgeber zwischenzeitlich das Gesetz entsprechend geändert hat.

Hier mag der Nutzer, der selbst eine grenzüberschreitende Gestaltung konzipiert, ohne einen Intermediär

<sup>41</sup> § 138f V AO.

einzuschalten, einen zeitlichen Vorteil haben. Denn der Nutzer ist zur Umsetzung der Gestaltung erst bereit, wenn dies zeitlich seiner Konzeption entspricht. Das bietet die Chance, dass der Gesetzgeber vor Umsetzung der grenzüberschreitenden Steuergestaltung das Gesetz nicht entsprechend ändern kann. Allerdings besteht auch hier die Gefahr, dass im Rahmen einer Außenprüfung oder durch die Angabe der Steuergestaltung in der Steuererklärung festgestellt wird, dass der steuerliche Vorteil so nicht dem gesetzgeberischen Willen entspricht.

## VI. VERSCHWIEGENHEITSVERPFLICHTUNG

Der große Konflikt, der sich für Rechtsanwälte aus DAC 6 und dem Mitteilungspflicht-Umsetzungsgesetz ergibt, ist die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht.

DAC 6 eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um Intermediäre, die zur berufsrechtlichen Verschwiegenheit verpflichtet sind, von der Meldepflicht zu befreien.<sup>42</sup> Von dieser Möglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber leider keinen Gebrauch gemacht. Der Rechtsanwalt als Intermediär muss selbst dann, wenn sein Mandant ihn nicht von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit befreit, die wesentlichen Angaben zu der grenzüberschreitenden Steuergestaltung mitteilen. Lediglich die persönlichen Angaben zum Mandanten (Nutzer), zu verbundenen Unternehmen des Nutzers und zu Personen, die in einem EU-Mitgliedstaat ansässig sind und von der grenzüberschreitenden Gestaltung wahrscheinlich betroffen sind, muss der Nutzer selbst mitteilen und werden von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit geschützt. Alle übrigen Angaben – und dazu gehört insbesondere die Darstellung der Gestaltung und die Darstellung der steuerlichen Konsequenzen – muss der Rechtsanwalt mitteilen, unabhängig davon, ob der Mandant ihn von seiner Verschwiegenheitsverpflichtung befreit hat oder nicht.

Nach § 43a BRAO und nach § 2 BORA sind Rechtsanwälte zur anwaltlichen Verschwiegenheit verpflichtet.<sup>43</sup> Die Verpflichtung zur Verschwiegenheit erstreckt sich auf das gesamte Mandat – nicht nur auf die Angaben zur Person des Mandanten. Die Verschwiegenheitsverpflichtung gebietet es, alle im Rahmen eines Mandats gewonnenen Erkenntnisse ebenso wie den Bestand des Mandates geheim zu halten. Eine Verletzung dieser Verpflichtung ist strafbewehrt, § 203 StGB.

Durch die Nichtbefreiung der zur berufsrechtlichen Verschwiegenheit verpflichteten Berater von der Mitteilungspflicht verpflichtet der Gesetzgeber somit den Berater zur Verletzung seiner Verschwiegenheitspflicht und damit zu einem Verstoß gegen § 43a BRAO und

§ 2 BORA; der Gesetzgeber legalisiert somit eine Straftat. Den Kollateralschaden, der dadurch entsteht – nämlich Belastung des Vertrauensverhältnisses zwischen Mandant und Rechtsanwalt/Steuerberater – scheint er billigend in Kauf zu nehmen. In § 102 Abs. 4 AO wurde zusätzlich folgender Satz eingefügt: „Die Mitteilungspflichten der in Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe b bezeichneten Personen<sup>44</sup> hinsichtlich der in § 138f Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 4–9 bezeichneten Angaben bestehen auch dann, wenn mit diesen Angaben betroffene Nutzer identifizierbar sein sollten.“ Dies sind genau die Angaben, die der Rechtsanwalt als Intermediär auch dann mitteilen muss, wenn sein Mandant ihn ausdrücklich nicht von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbindet. Es darf bezweifelt werden, ob diese Maßnahme angesichts dessen, was der Gesetzgeber mit dem Gesetz erreichen kann, gerechtfertigt ist.

## VII. SANKTIONEN

Im Falle eines Verstoßes kommt gemäß § 379 II und VI AO eine Geldbuße von 25.000 Euro in Betracht. Diese Sanktion ist erst für Gestaltungen anwendbar, deren erster Umsetzungsschritt nach dem 30.6.2020 erfolgt.<sup>45</sup>

Ob angesichts dieser möglichen Sanktionen die Zielsetzung des Gesetzgebers, künftig Gestaltungen wie „Cum-Ex“, „Goldfinger“ o.ä. durch die Mitteilungspflicht von grenzüberschreitenden Steuergestaltungen verhindern zu können, erreicht wird, scheint eher unwahrscheinlich. In der Praxis werden aber wohl zahlreiche für den Gesetzgeber uninteressante Gestaltungen mitgeteilt werden, was zu einem hohen Bürokratieaufwand sowohl bei Beratern als auch Steuerpflichtigen führen wird.

## VIII. ZUSAMMENFASSUNG

Mit dem Mitteilungspflicht-Umsetzungsgesetz hat der Gesetzgeber DAC 6 fristgerecht umgesetzt. Die Unbestimmtheit einiger Begriffe und der weite Anwendungsbereich bergen die Gefahr, dass es zu einer Flut von Mitteilungen kommen muss und wird. Dieser Bürokratieflut kann die Finanzverwaltung nur dadurch entgegenwirken, indem sie rechtzeitig, d.h. vor dem 30.6.2020, die sog. White List im Bundessteuerblatt veröffentlicht.

Nicht nachvollziehbar ist, warum der deutsche Gesetzgeber das in DAC 6 vorgesehene Beraterprivileg nicht umgesetzt hat und die zur berufsrechtlichen Verschwiegenheit verpflichteten Berufsangehörigen nicht von der Mitteilungspflicht ausgenommen hat. Dem gesetzgeberischen Ziel hätte auch dadurch genügt werden können, dass die Berater die Nutzer auf deren Mitteilungspflicht

<sup>42</sup> Art. 8ab (4) DAC 6.

<sup>43</sup> Entsprechende Verschwiegenheitspflichten gelten für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer.

<sup>44</sup> Dies sind Rechtsanwälte, Patentanwälte, Notare, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Steuerbevollmächtigte, vereidigte Buchprüfer.

<sup>45</sup> § 33 III EGAO.

hinzuweisen haben und die Nutzer die Meldung dann selbst vornehmen. Hierdurch wäre ein Verstoß gegen § 43a BRAO und § 2 BORA vermieden worden.

Offensichtlich will aber der Gesetzgeber die Berater unentgeltlich dazu nutzen, ihm qualifiziert aufzuzeigen, an was der Gesetzgeber bei seiner steuerlichen Gesetzgebung ggf. nicht gedacht hat. Nur ist dies nicht Aufgabe der Rechtsanwälte und Steuerberater. Es ist auch nicht Aufgabe der Berater und der Steuerpflichtigen, zu ermitteln, was der Gesetzgeber möglicherweise nicht beabsichtigt hat. Insoweit ist auf die Ausführungen in den Empfehlungen der Ausschüsse zum Jahressteuergesetz 2008 im Zusammenhang mit einer beabsichtigten Änderung von § 42 AO hinzuweisen. Dort heißt es: „Es ist

dem Steuerpflichtigen nicht zuzumuten, bei jeder rechtlichen Gestaltung, die er vornehmen will, zu prüfen, ob diese Gestaltung derjenigen entspricht, „die vom Gesetzgeber in Übereinstimmung mit der Verkehrsschauung zum Erreichen bestimmter wirtschaftlicher Ziele vorausgesetzt wurde. Eine solche Vorschrift lähmt auch jede sinnvolle wirtschaftliche Entwicklung.“<sup>46</sup> Dem ist nichts hinzuzufügen. Solange kein Gestaltungsmissbrauch i.S.v. § 42 AO vorliegt, darf auch nach Auffassung des BFH jeder Steuerpflichtige seine Verhältnisse so gestalten, dass keine oder möglichst geringe Steuern anfallen.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> BR-Drs. 544/1/07.

<sup>47</sup> BFH, Urt. v. 19.1.2017 – IV R 50/13.

## DIE RECHTSPRECHUNG ZUR RECHTSSCHUTZVERSICHERUNG IM JAHR 2019

RECHTSANWALT DR. CHRISTIAN VÖLKER, REUTLINGEN\*

*Der Beitrag schließt an den Bericht in den BRAK-Mitt. 2019, 9 ff. an. Er gibt einen Überblick über die wichtigsten, seit dem Jahreswechsel 2018/19 reichhaltig veröffentlichte Rechtsprechung zur Rechtsschutzversicherung und ordnet diese ein.*

### I. INHALT DER VERSICHERUNG

#### 1. ABWEHRDECKUNG

In konsequentem Anschluss an seine jüngere Judikatur<sup>1</sup> hat der BGH<sup>2</sup> erkannt, dass eine Bindung des Rechtsschutzversicherers an eine im Mandatsverhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und seinem Anwalt ergangene Entscheidung über einen Honoraranspruch das Ergebnis eines erfolglosen, tatsächlich erfolgten Abwehrversuchs sein muss.

#### 2. AUSSCHLUSSKLAUSELN

##### a) WAHRNEHMUNG RECHTLICHER INTERESSEN BEI SELBSTSTÄNDIGER TÄTIGKEIT

Auch wenn ARB ausdrücklich Rechtsstreitigkeiten aus der „Verwaltung eigenen Vermögens unter Aufnahme von Fremdmitteln“ vom Privatrechtsschutz ausnehmen, soll dies nach Ansicht des LG Duisburg,<sup>3</sup> auch wenn sich dies aus der Formulierung der Klausel nicht ergebe,

nur dann gelten, wenn eine selbstständige Tätigkeit vorliegt, wozu die Verwaltung eigenen Vermögens, selbst wenn es beträchtlich ist und im Streitfall mit Fremdmitteln angeschafft wurde, nicht gehöre.

##### b) ANSTELLUNGSVERHÄLTNISSE GESETZLICHER VERTRETER JURISTISCHER PERSONEN

Nicht den Beifall des IV. Zivilsenats<sup>4</sup> fand die Entscheidung des OLG München,<sup>5</sup> das es unter Hinweis auf den erkennbaren Sinn und Zweck für den Ausschluss<sup>6</sup> hatte ausreichen lassen, dass es zwar bereits zum schuldrechtlichen Geschäftsführeranstellungsvertrag, aber nicht mehr zur beabsichtigten körperschaftlichen Bestellung gekommen war. Der Senat stellte zunächst fest, dass sich der Streit um ein bedingungsgemäßes *Arbeitsverhältnis* drehe. Dieses begrifflich von einem *Anstellungsverhältnis* zu unterscheiden, verbiete sich, weil der Risikoausschluss ansonsten überflüssig wäre. Maßgeblich sei in erster Linie die Stellung eines Vertreters einer juristischen Person und nicht der Inhalt seines Anstellungsvertrags.

##### c) STREITIGKEITEN AUS KAPITALANLAGEGESCHÄFTEN ALLER ART

Ebenfalls keinen Gefallen fand der IV. Zivilsenat<sup>7</sup> an der im Vorbericht besprochenen Entscheidung des LG Nürnberg-Fürth<sup>8</sup> zur Auslegung des Ausschlussgrunds

\* Der Autor ist Fachanwalt für Versicherungsrecht, Mitglied im Ausschuss Versicherungsrecht der BRAK sowie der Arbeitsgruppe Versicherung des CCBE.

<sup>1</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 21.10.2015 – IV ZR 266/14 Rn. 28 ff. und in dessen Fortentwicklung Urt. v. 11.4.2018 – IV ZR 215/16 Rn. 26 ff. m. krit. Anm. Völker, BRAK-Mitt. 2019, 9 (10).

<sup>2</sup> BGH, Beschl. v. 27.3.2019 – IV ZR 214/16 Rn. 2.

<sup>3</sup> LG Duisburg, Urt. v. 24.8.2018 – 5 S 87/17 Rn. 11.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 6.3.2019 – IV ZR 72/18 Rn. 13 ff.

<sup>5</sup> Vgl. OLG München, Urt. v. 8.3.2018 – 14 U 4679/16 und Völker, a.a.O. (11).

<sup>6</sup> Inhaltsgleich § 4 I lit. d ARB 1975 und § 3 II lit. c ARB 2010.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 10.4.2019 – IV ZR 59/18 Rn. 16 ff.; m. zust. Anm. Rixecker, NJW 2019, 2175; teilw. krit. Niebel, r+s 2019, 568 (573).

<sup>8</sup> LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 31.1.2018 – 2 S 1925/17 und Völker, a.a.O. (10).