



Gerling Informationen für
wirtschaftsprüfende, rechts- und
steuerberatende Berufe



10. Dezember 1986
6. Jahrgang, S. 168–181
ISSN 0177-1868

12

Inhalt	Seite
GI Leitsätze	168, 180, 181
Haftung des Steuerberaters	169
– Fehlgeschlagene Gestaltungsberatung eines Familienunternehmens (BGH Urt. v. 24. 9. 1986 – IVa ZR 236/84 –)	
Provisionszahlung an Steuerberater	177
– Honorarzählung als verdeckte Provision – Steuerberater als Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft (OLG Düsseldorf, Urt. v. 15. 5. 1986 – 18 U 1/86 –)	

GI Leitsätze

Ungeklärter Vermögenszuwachs bei Mandanten

Kann die Herkunft eines bestimmten Vermögens (Sparguthaben) eines Steuerpflichtigen nicht aufgeklärt werden, so ist, wenn die Buchführung des Steuerpflichtigen ordnungsgemäß ist, nach den Grundsätzen der objektiven Beweislast (Feststellungslast) darüber zu befinden, wer den Nachteil der Unaufgeklärtheit des Sachverhaltes zu tragen hat. Dem Steuerpflichtigen kann das Vermögen in der Regel nur dann als steuerpflichtige Einkünfte zugerechnet werden, wenn mit einer dem Einzelfall angepaßten Vermögenszuwachs- und Geldverkehrsrechnung ein ungeklärter vermögenszuwachs oder Ausgabenüberschuss aufgedeckt wird. (BFH Urt. v. 28. 5. 1986 BStBl 1986 II, 732)

Versäumnis der Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist

Der mit der Prozeßvertretung im Berufungsverfahren beauftragte Rechtsanwalt, der es schuldhaft versäumt hat, für rechtzeitige Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist zu sorgen, kann gegenüber dem Schadenersatzanspruch des Mandanten nicht einwenden, den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten treffe ein (dem Mandanten zuzurechnendes) Mitverschulden, weil er erst am Vormittag des letzten Tages der Frist mitgeteilt habe, er könne den Entwurf der Begründungsschrift nicht rechtzeitig vorlegen.

(OLG Frankfurt Urt. v. 18. 4. 1984 – 17 U 111/83 VersR 86, 1075)

Haftung des Rechtsanwaltes bei unterbliebener Zwangsvollstreckung

Kann der Beweis eines Schadens infolge unterbliebener Zwangsvollstreckung nicht geführt werden, weil der damit beauftragte Rechtsanwalt die Vollstreckung weisungswidrig nicht durchgeführt hat, dann obliegt dem Anwalt jedenfalls dann der Nachweis fehlender Schadenkausalität, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, daß bei weisungsgemäßigem Vorgehen die alsbaldige Vollstreckung erfolgreich verlaufen wäre.

Ein Anwalt, der einen Auftrag zur alsbaldigen Durchführung der Zwangsvollstreckung aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil nicht alsbald ausführt, macht sich gegenüber dem Auftraggeber schadenersatzpflichtig.

(OLG Köln Urt. v. 4. 11. 1985 – 2 W 129/85 NJW/RR 1986, 222)

Haftung des Steuerberaters

– Fehlgeschlagene Gestaltungsberatung eines Familienunternehmens

(BGH Urt. v. 24. 9. 1986 – IVa ZR 236/84 –)

Leitsatz:

Zur Darlegung des Schadens in Regreßprozessen gegen steuerliche Berater.

Leitsätze (d. Verf.):

1. Ein Steuerschaden aus der fehlgeschlagenen Gestaltung eines Familienunternehmens kann nur festgestellt werden, nachdem dessen steuerliche Auswirkungen auf alle Familienangehörige in Betracht gezogen wurden.
2. Der haftungsrechtliche Vorteil einer Umwandlung in eine GmbH & Co. KG ist gering. Die Großgläubiger verlangen die Übernahme der persönlichen Haftung der Gesellschafter. Lediglich bei kleinen Forderungen kann sich eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen ergeben. Es erscheint zweifelhaft, ob sich dieser Haftungsvorteil quantifizieren und mit der Steuermehrbelastung bei der Gewerbesteuer verrechnen läßt.
3. Die unrichtige Erklärung des Steuerberaters, das Finanzgericht werde **mit Sicherheit** die Steuerbescheide aufheben, stellt eine schuldhafte Vertragsverletzung dar. Vertraut der Mandant darauf und wird er von der Erhebung einer verjährungsunterbrechenden Regreßklage abgehalten, so kann der Steuerberater nicht wirksam die Verjährungseinrede erheben.

Zum Sachverhalt:

Der Steuerberater (Beklagter) hatte die betriebliche Neuordnung eines Einzelkaufmanns beraten. Dem das Einzelunternehmen betreibenden Ehemann gehörte das Grundstück W-Straße. Der Ehefrau (Klägerin) gehörte das Grundstück H-Straße, das diese mit einem Gebäude bebaut hatte und an den Ehemann vermietete. Der Ehemann brachte sein Einzelunternehmen am 1.1.1973 in die neugegründete GmbH & Co. KG ein. Komplementär war mit 5.000,- DM die Z-GmbH, Kommanditist der Ehemann mit einem Kapitalanteil von 150.000,- DM. Das Stammkapital der GmbH von 19.000,- DM gehörte der Ehefrau, der Anteil von 1.000,- DM dem Kaufmann R. Geschäftsführer der GmbH waren die Eheleute.

Zum 1.1.1973 schenkte der Ehemann seiner Ehefrau auch noch das Grundstück W.-Straße. Sie vermietete beide Grundstücke nunmehr an die GmbH & Co. KG.

Eine Betriebsprüfung im Jahre 1976 sah in den Pachtzahlungen keine Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, sondern Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Die Klägerin wurde zur Gewerbesteuerzahlung in Höhe von 194.263,- DM herangezogen. Sowohl das Finanzgericht als auch der Bundesfinanzhof bestätigten die Auffassung des Betriebsprüfers.

Mit der Regreßklage verlangt die Klägerin Ersatz der gezahlten Gewerbesteuer abzüglich der ersparten Einkommensteuer sowie Erstattung der Kosten, die durch die zum Zwecke der Nachbesserung erforderliche Hinzuziehung eines weiteren Steuerberaters und durch das finanzgerichtliche Verfahren entstanden sind.

Aus den Gründen:

Steuerschaden bei Familienunternehmen: Belastung der Gesamtfamilie

Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob der Beklagte seine Beratungspflicht schuldhaft verletzt habe. Die Klage sei schon deshalb unbegründet, weil die Klägerin die Entstehung eines Schadens nicht schlüssig dargelegt habe. Dazu führt es aus: Der Beklagte sei nicht nur Berater der Klägerin, sondern auch der ihres Ehemannes gewesen. Er habe deshalb bei der steuerlichen Beratung die Interessen beider Ehegatten, möglicherweise auch die der Kinder, berücksichtigen müssen. Aus diesem Grunde könne ein Schaden nicht damit begründet werden, daß **ein** Familienmitglied jetzt gewerbesteuerpflichtig geworden sei; es müsse vielmehr auf die steuerliche Belastung der Gesamtfamilie abgestellt werden.

Dieser gedankliche Ansatz ist zutreffend. Im Urteil vom 28.11.1984 – IVa ZR 224/82 – (WM1985, 319 – insoweit in VersR1985, 265 nicht abgedruckt –) hat der Senat ausgeführt: Es sei eine Erfahrungstatsache, daß viele Gewerbetreibende bereit seien, ihre nächsten Angehörigen ohne eine (gleichwertige) Gegenleistung an ihrem Unternehmen zu beteiligen; die Neigung hierzu könne besonders groß sein, wenn damit eine steuerliche Entlastung der Familie verbunden sei. In einer solchen Vermögensverschiebung könne jedenfalls dann kein Schaden im Rechtssinne, in ihrem Unterbleiben kein mit dem Steuerschaden verrechenbarer Vermögensvorteil gesehen werden, wenn sie im Interesse der Steuerersparnis gewollt und gewünscht sei. Dieser Gedanke muß auch

zugunsten des steuerlichen Beraters Anwendung finden. Wenn sich Familienangehörige (vor allem Eheleute) wirtschaftlich als eine Einheit betrachten, wenn jeder von ihnen bereit ist, persönliche, steuerliche oder sonstige finanzielle Nachteile in Kauf zu nehmen, falls sich dadurch die Vermögenslage der Familie im Ganzen bessert, ist es verfehlt, bei der Berechnung des Schadens allein darauf abzustellen, inwieweit sich die Vermögensverhältnisse eines bestimmten Familienangehörigen durch die zum Schadenersatz verpflichtende Handlung des Beraters verändert haben; es müssen vielmehr die Auswirkungen auf alle Familienangehörigen in Betracht gezogen werden.

Im vorliegenden Fall sprechen alle Umstände dafür, daß es den Eheleuten Z. darauf ankam, ihre Vermögensverhältnisse so zu ordnen, daß von ihnen bei einer Gesamtbetrachtung ein möglichst günstiges Ergebnis erzielt wurde, auch wenn, isoliert betrachtet, der eine oder andere dabei einen vermögensrechtlichen Nachteil erlitt. Wenn der Tatrichter hiervon ausging, ist dies revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat demnach recht wenn es annimmt, daß eine Gewerbesteuer-mehrbelastung der Klägerin dann nicht als ein Schaden im Rechtssinne anzusehen ist, wenn ihr eine gleich hohe oder noch höhere Gewerbesteuerersparnis auf der Seite ihres Ehemannes gegenübersteht.

Vermögensvorteile durch Schenkung und Haftungsbeschränkung

Das Berufungsgericht meint weiterhin: Wenn der Ehemann der Klägerin das Unternehmen als Einzelkaufmann fortgeführt hätte, sei nicht ersichtlich, daß die dann gegebene vollständig andere haftungs-, erbrechtliche und Vermögenssituation der Klägerin vorteilhafter gewesen wäre. Dies zeige bereits der Umstand, daß sie dann das im Wert die Gewerbesteuerschuld weit übersteigende Grundstück nicht geschenkt erhalten hätte. Vor allem aber seien die Vorteile zu beachten, die sich für die Familie aus der Haftungsbeschränkung ergeben; diese seien schon für sich allein geeignet, das Gewerbesteuerisiko zu rechtfertigen. Diese Überlegungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht beachtet zunächst nicht hinreichend, daß zwar durch die Schenkung das Vermögen der Klägerin vermehrt, gleichzeitig aber das Vermögen ihres Ehemannes in gleichem Umfang vermindert wurde. Das Berufungsgericht setzt sich mit seinen eigenen Ausführungen (BU S. 8 3. Absatz) in Widerspruch, wenn es hinsichtlich der privatrechtlichen Folgen der Schenkung die Gesamtbetrachtung ablehnt, die es hinsichtlich der Gewerbesteuerbelastung für erforderlich hält (vgl. dazu im übrigen auch Senatsurteil vom 28. November 1984 – IVa ZR 224/82 – WM 1985, 319).

Die haftungsrechtlichen Vorteile, die sich durch die Gründung einer GmbH & Co. ergaben, bezeichnet der Beklagte selbst als geringfügig. Zumindest Großgläubiger verlangen regelmäßig bei einer solchen gesellschaftsrechtlichen Gestaltung, daß die an der Gesellschaft wirtschaftlich beteiligten natürlichen Personen die persönliche Haftung übernehmen. Bei kleineren Forderungen mag sich in gewissen Fällen eine Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen ergeben; der hierdurch erzielte Vorteil fällt jedoch nicht allzu sehr ins Gewicht. Es erscheint daher bereits zweifelhaft, ob sich der Haftungsvorteil überhaupt quantifizieren und mit der ziffermäßig bestimmbaren Steuermehrbelastung verrechnen läßt. Auf jeden Fall hätte es einer näheren tatrichterlichen Begründung dafür bedurft, daß der Haftungsvorteil die Steuermehrbelastung aufwiegt.

Im übrigen besteht zwischen der Haftungsbegrenzung und der Betriebsaufspaltung kein notwendiger innerer Zusammenhang. Einerseits nehmen die Finanzgerichte eine Betriebsaufspaltung auch in solchen Fällen an, in denen die Haftung des Unternehmers nicht auf das Betriebsvermögen beschränkt ist, andererseits führt in den meisten Fällen eine Beschränkung der Haftung nicht zur steuerrechtlichen Annahme einer Betriebsaufspaltung. Das ist auch im vorliegenden Falle so. Die objektiven Voraussetzungen der Betriebsaufspaltung sind deshalb für gegeben erachtet worden, weil sich die beiden Betriebsgrundstücke in der Hand einer anderen Person als der des Unternehmers befanden. Wäre dieser Tatbestand vermieden worden, dann hätte auch die Gründung einer GmbH & Co. KG nicht zur Annahme einer Betriebsaufspaltung führen können. Andererseits wären auch dann, wenn der Ehemann der Klägerin seinen Betrieb als Einzelkaufmann fortgeführt, jedoch das Grundstück in der W.-Straße der Klägerin geschenkt und sodann die beiden Betriebsgrundstücke von ihr gemietet hätte, die objektiven Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung gegeben gewesen. Die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse spielen nach der Entscheidung des Bundesfinanzhofs nur insoweit eine Rolle, als es zu Lasten der Klägerin berücksichtigt wurde, daß sie mit einem beherrschenden Kapitalanteil Gesellschafterin der Komplementär-GmbH und auch deren Geschäftsführerin war. Beides hätte sich jedoch vermeiden lassen, ohne daß die Haftungsbeschränkung in Frage gestellt worden wäre.

Darlegungslast bei Alternativlösungen

Das Berufungsgericht meint weiter, es fehle jeder Vortrag der Klägerin dazu, mit welcher anderen gesellschaftsrechtlichen Konstruktion „die Vorteile für die Klägerin hätten erzielt werden können, ohne den Nachteil

bezüglich der Gewerbesteuer zu erleiden.“ Mit den „Vorteilen für die Klägerin“, von denen das Berufungsgericht spricht, sind offenbar die Vorteile gemeint, die sich nach der Auffassung des Berufungsgerichts **für die Familie** aus der Begrenzung der Haftung auf das Unternehmen ergeben. Das Berufungsgericht fährt fort: Es sei nicht Sache des Gerichts, durch Einholung eines Sachverständigengutachtens diese Frage näher aufzuklären. Das Gericht habe nicht die für die Situation der Klägerin und ihres Ehemannes unter allen Belangen günstige „Firmenform“ herauszufinden. Dies müßte aber „Inhalt des von der Klägerin beantragten Sachverständigengutachtens sein, das somit als Ausforschungsbeweis unzulässig“ sei.

Diese Ausführungen sind **rechtsirrig**. Die Frage, welche anderen gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten bestanden hätten und welche steuerrechtlichen Folgen mit ihnen verbunden gewesen wären, ist zu einem guten Teil eine Rechtsfrage, nämlich soweit die tatsächlichen Vorgaben nicht betroffen sind. Zu den tatsächlichen Vorgaben gehört es, die Klägerin und ihr Ehemann hätten notfalls von der Neugründung der GmbH & Co. KG abgesehen oder jeden Anteilsbesitz und die Geschäftsführereigenschaft der Klägerin vermieden. Das ist jedoch vorgetragen worden. Insoweit hält das Berufungsgericht Tatsachenvortrag und dessen rechtliche Beurteilung nicht genügend auseinander. Es meint, die Klägerin habe es an den erforderlichen Darlegungen zum Schaden fehlen lassen. Es ist nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht dabei an Darlegungen zur Rechtslage gedacht hat; denn sie sollten die Frage betreffen, „mit welcher anderen gesellschaftsrechtlichen Konstruktion“ die Vorteile für die Klägerin hätten erzielt werden können. Es bezeichnet keinen weiteren Punkt, über den es **Tatsachenvortrag** erwartet hätte. Danach kann die Ansicht des Berufungsgerichts, die Schadenentstehung sei nicht schlüssig behauptet worden, darauf beruhen, daß ihm die Erörterungen über die maßgeblichen Rechtsnormen und ihre Anwendbarkeit im vorliegenden Fall nicht ausreichten. Wenn es in diesem Zusammenhang von einem unzulässigen Ausforschungsbeweis spricht, so verkennet es, daß das Gericht eine Klage nicht mangels Rechtsausführungen abweisen darf. Die Frage, ob es sich bei der Erforschung des Steuerrechts der Hilfe eines Sachverständigen bedienen darf, braucht hier nicht entschieden zu werden.

Vertrauen auf Erfolg im FG-Prozeß und Verjährungseinrede

Die Entscheidung des Berufungsgerichts läßt sich auch nicht mit einer anderen Begründung aufrechterhalten, insbesondere nicht mit der vom Landgericht gegebenen, die Klageforderung sei verjährt.

Für die Beurteilung der Einrede der Verjährung sind folgende Erwägungen maßgebend: Der Beklagte hat zwar objektiv gegen seine Pflicht verstoßen, die Klägerin über das Bestehen eines Regreßanspruches und über die Verjährungsfrist zu belehren. Die Verletzung dieser Pflicht ist aber nach der Rechtsprechung des Senats erst von dem Zeitpunkt an als schuldhaft anzusehen, in dem die streitige Frage der Belehrungspflicht durch das Senatsurteil BGHZ 83,17 abschließend geklärt war (BGHZ 96, 290). Nach dem Vortrag der Klägerin hat jedoch der Beklagte der Klägerin ständig erklärt, die Steuerbescheide würden im finanzgerichtlichen Verfahren **mit Sicherheit** aufgehoben. Darin lag eine schuldhaftige Vertragsverletzung. Als Prozeßbevollmächtigter durfte der Beklagte die Klägerin über die Erfolgsaussichten der Klage nicht unrichtig informieren; angesichts des damaligen Meinungsstands in Rechtsprechung und Schrifttum dürfte der Beklagte auch keinesfalls davon ausgehen, daß die finanzgerichtliche Klage **mit Sicherheit** zu einem Erfolg führen werde. Wenn die Klägerin auf die Richtigkeit der Äußerung des Beklagten vertraute und deshalb von der Erhebung der Regreßklage (zunächst) abgesehen hat, dann ist der Beklagte gemäß § 249 BGB verpflichtet, die Klägerin so zu stellen, wie sie stehen würde, wenn sie nicht von der rechtzeitigen Klageerhebung abgehalten worden wäre, sofern nicht in einem solchen Fall ein pactum de non petendo anzunehmen ist.

Darlegungslast für Steuerschäden, § 287 ZPO

Für die weitere Bearbeitung der Sache gibt der Senat folgende Hinweise:

Über die Frage, ob und in welcher Höhe der Klägerin durch die unrichtige Beratung ein Schaden entstanden ist, hat der Tatrichter nach § 287 ZPO zu befinden (Senatsurteil vom 28. 4. 1982 – IVa ZR 8/81 – WM 1982, 718 = VersR 1982, 756). Diese Gesetzesvorschrift erleichtert den Geschädigten nicht nur die Beweisführung, sondern auch die Darlegungslast. Eine Substantiierung der klagebegründenden Tatsachen kann von ihnen im Rahmen des § 287 ZPO nicht in gleicher Weise gefordert werden wie hinsichtlich anderer tatsächlicher Fragen (Thomas/Putzo, ZPO 14. Aufl. § 287 Anm. 3 a; Stein/Jonas/Leipold, ZPO 20. Aufl. § 2187 Rdn. 25; RGZ 63, 280, 288; 76, 204, 211; 77, 201, 206; 148, 65, 70). Die Klage darf daher nicht wegen eines lückenhaften Vortrags zur Schadenentstehung und Schadenhöhe abgewiesen werden, solange greifbare Anhaltspunkte für eine Schadensschätzung vorhanden sind (BGH Ur. v. 14. 4. 1969 – II ZR 44/68 – WM 1969, 832, 834).

Der Beklagte hat zwar nicht den Eheleuten Z. die Umorganisation ihres Betriebes vorgeschlagen, er ist jedoch zu den Beratungen über den

Umorganisationsvorschlag des ursprünglichen Mitbeklagten C. als steuerlicher Berater hinzugezogen worden. Er war deshalb verpflichtet, die Eheleute Z. über alle mit der Neuordnung des Betriebes zusammenhängenden steuerlichen Fragen erschöpfend zu belehren. Er mußte sie insbesondere darüber aufklären, welche zusätzlichen steuerlichen Belastungen infolge der neuen Unternehmensform auf die Klägerin und ihren Ehemann zukamen. Seiner Beratungspflicht genügte der Beklagte demnach noch nicht damit, daß er allgemein von der Neuordnung mit der Begründung abriet, er sehe keinen zwingenden Grund für eine Änderung des bisherigen Zustandes. Er hätte vielmehr auf die Gefahr hinweisen müssen, daß die Finanzverwaltung eine Betriebsaufspaltung annahm und die Klägerin zur Gewerbesteuer heranzog. Daß er dies getan habe, behauptet der Beklagte selbst nicht; er trägt vielmehr vor, daß er mit dieser Möglichkeit nicht gerechnet habe.

Kenntnis des Steuerrechts:

Meinungsstand zur Betriebsaufspaltung 1972/1973

Die Verteidigung des Beklagten geht vor allem dahin, in den Jahren 1972 und 1973 habe nicht erwartet werden können, daß eine Zusammenrechnung der Anteile von Ehegatten erfolge, zumindest nicht, wenn ein Ehegatte nur einen Zwerganteil an Betriebsvermögen halte. Wenn das richtig sein sollte, würde ein Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten nicht bestehen. In diesem Falle würde es nicht nur an einem Verschulden, sondern bereits an einem objektiven Pflichtverstoß fehlen; denn ein steuerlicher Berater ist nur verpflichtet, auf solche, mit einer bestimmten rechtlichen Gestaltung verbundenen steuerlichen Gefahren hinzuweisen, mit denen nach dem Stand von Rechtsprechung, Schrifttum und Verwaltungspraxis ernsthaft zu rechnen ist. Das Berufungsgericht wird also zu prüfen haben, wie der Meinungsstand zur Betriebsaufspaltung in den genannten Jahren war.

Schadenminderungspflicht

Was die Frage der Schadenminderungspflicht betrifft, so wird das Berufungsgericht nicht übersehen dürfen, daß der Beklagte bis Ende 1979 als steuerlicher Berater der Eheleute Z. mit der vorliegenden Angelegenheit betraut war. Wenn es in dieser Zeit Möglichkeiten gab, den eingetretenen Schaden zu begrenzen, dann war es seine Sache, seine Mandanten auf diese Möglichkeit hinzuweisen (Senatsurteil v. 12. 3. 1986 – IVa ZR 183/84 – WM 1986, 675). Nur soweit Ratschläge des Beklagten, die tatsächlich eine Verminderung der Steuerlast bewirkt hätten, nicht beachtet worden sind, kommt der Einwand des mitwirkenden Verschuldens in Betracht.

Schaden: Entstehung und Höhe

Zur Schadenentstehung und zur Schadenhöhe ist zu bemerken:

Entscheidend für die Annahme einer **echten** Betriebsaufspaltung war nicht die Gründung der GmbH & Co., sondern vielmehr der Umstand, daß die Klägerin von ihrem Ehemann das Grundstück in der W-Straße geschenkt erhielt. Wäre dieses Grundstück im Eigentum des Betriebsinhabers verblieben, so wäre für die Annahme einer echten Betriebsaufspaltung kein Raum gewesen. Betrachtet man die Folgen der echten Betriebsaufspaltung isoliert, so haben sie möglicherweise nicht zu einer Steuermehrbelastung der Gesamtfamilie geführt; dem Umstand, daß die Klägerin hinsichtlich der Pachteinnahmen aus dem Grundstück W-Straße gewerbesteuerpflichtig wurde, kann der Vorteil gegenüberstehen, daß die GmbH & Co. diese Pachtzinsen gewerbesteuermindernd absetzen konnte.

Anders ist die Rechtslage hinsichtlich des Grundstücks in der H-Straße zu beurteilen. Dieses gehörte bereits vor dem 1.1.1973 der Klägerin. Sie hat es, im Gegensatz zum Grundstück in der W-Straße, nicht von ihrem Ehemann geschenkt erhalten. Insoweit konnte also eine echte Betriebsaufspaltung nicht angenommen werden. Andererseits hat die Klägerin dieses Grundstück bereits seit 1971 dem Unternehmen ihres Ehemanns zur Verfügung gestellt, ohne daß die Finanzverwaltung daraus die Folgerung einer unechten Betriebsaufspaltung gezogen zu haben scheint. Es ist aus diesem Grunde nicht anzunehmen, daß die Klägerin allein wegen dieses Grundstücks zur Gewerbesteuer herangezogen worden wäre, wenn die rechtlichen Verhältnisse über den 1.1.1973 hinaus unverändert geblieben wären. Aber auch dann, wenn die Haftung durch die Gründung einer GmbH & Co. auf das Betriebsvermögen beschränkt worden wäre, wäre dann, wenn die Klägerin sich weder als Gesellschafterin noch als Geschäftsführerin an der neu gegründeten Gesellschaft beteiligt hätte, mit ihrer Heranziehung zur Gewerbesteuer nicht zu rechnen gewesen, denn die Haftungsbeschränkung ist für sich allein kein für die Annahme der Betriebsaufspaltung wesentlicher Umstand.

Diese nach dem bisherigen Verhalten der Finanzverwaltung voraussehbare Sachbehandlung hätte sich auch im Einklang mit der Rechtslage befunden. Die personellen Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung wären nur dann gegeben gewesen, wenn die Klägerin als Inhaber des Besitzunternehmens auch im Betriebsunternehmen ihren Willen hätte durchsetzen können. Für die Durchsetzbarkeit des Willens in einem Unternehmen ist grundsätzlich der Besitz der Mehrheit der Anteile erforderlich (BFH Urt.v. 28.11.1979 BStBl 1980 II, 162; Vorbescheid vom

1.4.1981 BStBl 1981 II, 738). Wenn die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs weiterhin angenommen hat, Anteile von Ehegatten seien grundsätzlich zusammenzurechnen, weil insoweit die widerlegbare Vermutung bestehe, daß Ehegatten die Rechte aus den Anteilen wegen ihrer gleichgerichteten Interessen einheitlich ausüben, so ist das aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht haltbar (Bundesverfassungsgericht Beschl. v. 12.3.1985 1 BvR 571/81 – NJW 1985, 2939). Daß die Ehegatten ihre Rechte am Betriebsgrundstück und an dem Unternehmen selbst wegen ihrer gleichgerichteten Interessen einheitlich ausüben wollten, hätte daher positiv festgestellt werden müssen.

Provisionszahlung an Steuerberater

- Honorarzählung als verdeckte Provision
 - Steuerberater als Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft
- (OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.5.1986 – 18 U 1/86 –)

Leitsätze:

1. Hat ein Steuerberater, der Mitglied des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft ist, dieser Gesellschaft eigene Mandanten als Kapitalanleger zugeführt, ohne sich hierzu verpflichtet zu haben, so kann die Gesellschaft nicht gemäß § 114 Abs. 2 Satz 1 AktG Rückgewähr der hierfür gezahlten Vergütungen verlangen.
2. Wußte der Vorstand der Gesellschaft, daß der Steuerberater seinen Mandanten das Vergütungsversprechen der Gesellschaft verschwieg, so ist auch ein Anspruch auf Herausgabe auf Grund der Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung ausgeschlossen.

Aus den Gründen:

Anspruch auf Rückzahlung der Vergütung gem. § 114 Abs. 2 Satz 1 AktG

Der Anspruch aus § 114 Abs. 2 Satz 1 AktG setzt voraus, daß sich der Beklagte als Aufsichtsratsmitglied außerhalb seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat durch Dienst- oder Werkvertrag gegenüber der Klägerin zu einer Tätigkeit höherer Art verpflichtet hat und daß der Aufsichtsrat diesem Vertrag nicht zugestimmt hat. Dann ist die aufgrund eines solchen Vertrags

gewährte Vergütung zurückzugewähren, wobei ein Bereicherungsanspruch gegenüber dem Rückgewähranspruch nicht zur Aufrechnung gestellt werden kann.

Die Beweisaufnahme des Senats hat durch die Vernehmung des Zeugen B., der einen glaubwürdigen Eindruck gemacht hat, geklärt, welche Tätigkeit der Beklagte berechnet und bezahlt bekommen hat. Es handelt sich allein um Vermittlungsprovisionen dafür, daß der Beklagte der Klägerin Kapitalanleger zugeführt hat. Der Zeuge war Vorstandsmitglied der Klägerin von Sommer 1976 bis 31.1.1982. Im Jahre 1977 wurde mit dem Beklagten, der schon vorher eine entsprechende Tätigkeit entfaltet hatte und über die Firma W., mit der ein schriftlicher Kapitalvermittlungsvertrag bestand, Provisionen erhielt, eine Vereinbarung dahin getroffen, daß er für diese Tätigkeit unmittelbar von Seiten der Klägerin bezahlt würde. Eine Verpflichtung, in dieser Richtung tätig zu werden, ging der Beklagte nicht ein. Auf der Grundlage des in den einzelnen Jahren zugeführten Kapitals wurde die Vergütung jährlich durch Vereinbarung zwischen dem Zeugen und dem Beklagten festgesetzt. Abgerechnet wurde „steuerliche und wirtschaftliche Beratung“, weil man beiderseits wußte, daß der Beklagte für die Zuführung von Klienten als stille Gesellschafter keine Provision beanspruchen durfte.

Bei diesem Sachverhalt ist im Fall des § 114 AktG nicht gegeben. Der Beklagte hat sich nicht zu Dienst- oder Werkleistungen höherer Art verpflichtet. Die Provisionsabrede ist zudem bereits vor seiner Berufung in den Aufsichtsrat zustande gekommen. Laufende Verträge werden von dieser Vorschrift nicht erfaßt (vgl. Geßler-Hefermehl, AktG, § 114 Rdnote 3).

Provisionsrückzahlungen gem. § 812 BGB

Die Klägerin kann ihr Rückzahlungsbegehren auch nicht auf § 812 BGB stützen. Sie macht Nichtigkeit der Provisionsverträge geltend und behauptet (Bl. 349 bis 350):

Der Beklagte hat mit der Klägerin vereinbart, daß er für die Vermittlung von stillen Gesellschaftern eine Vermittlungsprovision erhalten sollte. Der Beklagte wollte aus standesrechtlichen Gründen keine Rechnung über Vermittlungsprovisionen ausstellen. Er wollte auch nicht, daß die von ihm vermittelten stillen Gesellschafter erfahren, daß er von der Klägerin eine Vermittlungsprovision erhielt. Aus diesen Gründen stellte der Beklagte die vereinbarte Vermittlungsprovision als Honorar für angebliche steuerrechtliche beziehungsweise wirtschaftliche Beratung in Rechnung. Dem vom Beklagten vermittelten stillen Gesellschafter teilte er nicht mit, daß er für seine Vermittlungstätigkeit eine Provision von der Klägerin erhielt.

Dieses Vorbringen ist unschlüssig und nicht beweisenerheblich. Zwar wären dann die Provisionsverträge, soweit sie Klienten des Beklagten betrafen, wegen Sittenverstoßes gemäß §138 BGB nichtig, weil der Beklagte pflichtwidrig handelte, indem er hinter dem Rücken seines Mandanten sich von einem interessierten Dritten eine Provision für die Beratung versprechen ließ und sich dadurch in die Lage versetzte, seinen Mandanten nicht mehr unvoreingenommen beraten zu können (BGHZ 78, 263, 268), die Klägerin andererseits diese Pflichtwidrigkeiten erkannte und zu ihrem Vorteil ausnutzte, weil sie wußte, daß der Beklagte die Vereinbarung dem Mandanten verschweigen will (BGHZ 95, 81, 85). Damit ist beiderseitiger Sittenverstoß gegeben, der das Geschäft gemäß §138 BGB nichtig macht (BGH a.a.O.). **Der Klägerin ist es aber gemäß § 817 Abs. 2 BGB verwehrt, die Rückforderung des Geleisteten zu fordern. Da beide Parteien das pflichtwidrige Verhalten des Beklagten erkannten und wollten, liegt der volle objektive und subjektive Tatbestand dieser Vorschrift vor** (vgl. BGH 50, 90, 92).

Der Senat läßt dahingestellt, ob auch § 242 BGB dem Rückforderungsbegehren der Klägerin entgegensteht, indem die Klägerin, die die Tätigkeit des Beklagten jahrelang honoriert hat und durch seine Leistung eine beachtliche Vermehrung ihres Gesellschaftsvermögens erfahren hat, **gegen Treu und Glauben verstößt, wenn sie die von ihr erbrachten Leistungen rückgängig machen will, die Früchte der Leistung des Beklagten aber weiterhin ausnutzen will** (vgl. BGH, NJW 81, 1439).

Weiterführender Rechtsprechungshinweis:

- a) Der Berufsangehörige ist verpflichtet, alles zu unterlassen, was auch nur den Anschein einer Gefährdung seiner beruflichen Entscheidungsfreiheit oder der Besorgnis einer Interessenkollision hervorrufen könnte. Berät er seinen Mandanten über steuersparende Anlageobjekte, so hat er ihm umfassende Klarheit darüber zu verschaffen,
- ob und welche Vereinbarungen, namentlich hinsichtlich der Übernahme der Honorarverpflichtung des Mandanten, mit dem Anlagevermittler bestehen, dessen Objekte im Rahmen des Mandantenauftrages geprüft werden.
 - welche Leistungen in welcher Höhe der Honorarabrechnung zugrunde liegen.

LG Düsseldorf
Urt.v. 26.3.84 –
45 StL 10/83
– rechtskräftig,
vgl. auch weitere
Rechtsprechung in
GI 14/85 und 37/85

- b) Zu den Obliegenheiten des Berufsangehörigen gehört es auch, den Mandanten darauf hinzuweisen, daß in erster Linie er Schuldner der Honoraransprüche für die Beratertätigkeit ist und auch dann bleibt, wenn der Anlagevermittler nur eine bedingte Schuldmitübernahme für den Fall einer Zeichnung des Mandanten eingeht; anderenfalls ist der Schein eines Erfolgshonorars gegeben.

GI Leitsätze

Auflösung einer Beteiligungsgesellschaft (BGB-Gesellschaft)

1. Bei einer BGB-Gesellschaft gilt grundsätzlich das Einstimmigkeitsprinzip, d.h. alle Gesellschafter müssen im Falle der Liquidation mit der Auflösung der Gesellschaft einverstanden sein.
2. Nach allgemeiner Meinung kann die Beschlußfassung grundsätzlich formlos und auch stillschweigend erfolgen.
3. Dieser Grundsatz gilt nach Auffassung des Senats nicht, wenn die Beschlußfassung nach dem Mehrheitsprinzip erfolgt und für diese Mehrheitsentscheidung bestimmte Formalien im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sind. Dies erfordert der hinreichende Schutz der Gesellschaft und der Gesellschafter vor Überraschungsentscheidungen. (OLG Hamm Ur. v. 20.12.1985 – 25 U 22/85, LG Dortmund)

Notarielle Betreuungstätigkeit und Fälligkeitsbestätigung

Haben die Beteiligten in einem notariellen Vertrag die Fälligkeit des Kaufpreises von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht und den Notar beauftragt, deren Vorliegen zu bestätigen, darf der Notar die Fälligkeitsbestätigung nur ausstellen, wenn die vereinbarten Voraussetzungen erfüllt sind. Er darf nicht nach eigenem Ermessen über die Fälligkeit entscheiden, wenn ihm die Beteiligten keinen Ermessensspielraum eingeräumt haben.

(BGH Ur. v. 24.10.1985 – IX ZR 91/84 [OLG München] vgl. Kurzkommentar Reithmann EWiR § 24 BNotO 1/86, 61; vgl. auch BGH Ur. v. 14.5.1985 – IX ZR 64/84 = WM 1985, 1109 und Kurzkommentar Reithmann EWiR § 24 BNotO 1/85, 587)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

- Geschäftsunfähigkeit der Partei
 - Erkundigung nach Form und Frist des Rechtsmittels
 - Kompensationsverschulden des Gerichts
- a) Ist eine Partei in dem Zeitraum zwischen der Zustellung einer sie beschwerenden Entscheidung und dem Ablauf der Rechtsmittelfrist geschäftsunfähig im Sinne des §104 Nr. 2 BGB, so trifft sie kein Verschulden an der Nichteinhaltung dieser Frist.
- b) Die Zurechnung des Anwaltsverschuldens gemäß § 85 Abs. 2 ZPO setzt das Bestehen einer wirksamen Vollmacht auch dann voraus, wenn das Gericht den Anwalt der Partei nach §121 ZPO beigeordnet hat
- c) Erkundigt sich die Partei nicht danach, bei welchem Gericht ein Gesuch um Prozeßkostenhilfe für die Durchführung eines Rechtsmittelverfahrens gegen eine sie beschwerende Entscheidung anzubringen ist, so trifft sie ein Verschulden im Sinne von § 233 ZPO.
- d) Gelangt das bei einem unzuständigen Gericht eingereichte Prozeßkostenhilfegesuch erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist zum zuständigen Gericht, so kommt ein das Verschulden der Partei ausräumendes Versäumnis des angegangenen Gerichts jedenfalls nur dann in Betracht, wenn es den Antrag nicht im normalen ordnungsmäßigen Geschäftsgang weitergereicht hat; zu außerordentlichen Maßnahmen ist das angegangene Gericht nicht verpflichtet.
- (BGH Beschl. v. 22.10.1986 – VIII ZB 40/86)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

- Wirkung auf Ausschließungsurteil aus der Rechtsanwaltschaft

Wird einem Rechtsanwalt gegen die Versäumung der Frist zur Berufung gegen ein Urteil, durch das er aus der Rechtsanwaltschaft ausgeschlossen wird, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt, so wird der Verlust seiner Zulassung als Rechtsanwalt rückwirkend beseitigt und die Unterbrechung der von ihm geführten Zivilprozesse gilt als nicht eingetreten. Prozeßhandlungen, die der Rechtsanwalt zwischen der – zunächst eingetretenen – Rechtskraft des Ausschließungsurteils und der Gewährung der Wiedereinsetzung vornimmt, sind wirksam.

(BGH Beschl. v. 8.10.1986 – VIII ZB 41/86)

© Gerling-Konzern
Vertriebs-Aktiengesellschaft
Abteilung Presse und Information
Gereonshof, 5000 Köln 1
Telefon: (02 21) 144-7298

Verantwortlich für den Inhalt:
Rechtsanwalt Dr. Jürgen Gräfe,
Fachanwalt für Steuerrecht

Nachdruck nur mit vorheriger
schriftlicher Zustimmung.