

GI Leitsätze

Wiedereinsetzung / Krankheit

Eine Erkrankung des Prozeßbevollmächtigten wird nur dann als schuldlose Verhinderung gewertet, wenn die Krankheit plötzlich und unvorhersehbar auftritt und so schwer ist, daß es für ihn unzumutbar ist, die Frist selbst oder durch einen bestellten Vertreter zu wahren.

(BFH, Beschl.v. 7.7.1994 – X B 152/94
– BFH NV 1995, 228)

Revisionsbegründungsfrist / Wiedereinsetzungsantrag für Revisionsfrist

Die Revision ist auch dann gemäß § 120 Abs. 1 Satz 1 FGO innerhalb des an die Revisionsfrist anschließenden Monats zu begründen, wenn wegen Versäumnis der Revisionsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt ist (Anschluß an BFH-Urt.v. 7.12.1991 – VII R 108/69, BFHE 104, 184, BStBl II 1972, 224)
(BFH, Beschl.v. 18.5.1994 – I R 111/93
– BStBl 1995, 24)

Anmerkung:

Die Revisionsbegründungsfrist beginnt demnach nicht erst zu laufen, wenn Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für die Revisionseinlegungsfrist beantragt wurde. Der Wiedereinsetzungsantrag muß ggf. auf beide Fristen erstreckt werden.

Werbung / Tätigkeits- schwerpunkt / Kanzleieröffnung / Anzeige

Die Benennung von Tätigkeitsschwerpunkten – hier: Spezialgebiete des öffentlichen Rechts – in einer Kanzleieröffnungsanzeige ist wettbewerbsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden.

(BGH, Urt.v. 16.6.1994 – I ZR 66/92)

Fristversäumnis – Wiedereinsetzung / Mündlich eingelegter Einspruch

Selbst eine schuldhaft unterlassene Protokollierung eines zur Niederschrift erklärten Einspruchs vermag diesen als solchen nicht zu ersetzen. Das Erfordernis der Schriftform bleibt. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kommt – nach mündlich eingelegtem Einspruch – nur in Betracht, wenn innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist entsprechende Tatsachen schlüssig vorgetragen werden.

(BFH, v. 6.10.1993 – X B 85 – 86/93
– LEXinform 0119247, Steuertelex 4525)

Anmerkung:

Die Wiedereinsetzungsfrist beginnt, wenn der Antragsteller weiß, daß ein mündlicher Einspruch nicht formwirksam ist.

Haftung des Konkursverwalters / Vermögensverwaltung / Steuerschulden

Ein Konkursverwalter verletzt die von ihm nach § 34 Abs. 3 i.V.m. Abs. AO 1977 zu erfüllenden steuerlichen Pflichten schon dadurch, daß er in Kenntnis des Fehlens vorhandener Mittel in dem von ihm verwalteten Vermögen einem anderen eine Rechnung mit offen ausgewiesener Umsatzsteuer erteilt, ohne dazu berechtigt zu sein (§ 14 Abs. 3 Satz 2 UStG). Für einen daraus dem Steuergläubiger entstehenden Schaden haftet er uneingeschränkt; der haftungsbegrenzende Grundsatz der anteiligen Tilgung greift unter diesen Umständen nicht ein.
(BFH, v. 21.6.1994 – VII R 34/92 – LEXinform 0109857, Steuertelex 4526 – BStBl 95 II, 230)

Anmerkung:

Das Urteil stellt klar, daß ein Vermögensverwalter die gleichen steuerlichen Pflichten hat wie ein gesetzlicher Vertreter (§ 34 Abs. 3 AO).

Fristwahrung – Zugangsnachweis

- Telefaxgerät
 - Fehler im Empfangsgerät,
Störung im Fernmeldenetz
 - „OK“-Vermerk im Sendebericht
 - Kein Anscheinsbeweis
- (BGH, Urf. v. 7.12.1994 – VIII ZR 153/93)

Leitsatz:

Zur Frage der Aussagekraft eines „OK“-Vermerks im Sendebericht bei Streit über den Zugang eines Telefaxschreibens.

Tatbestand:

Die Beklagte bestellte bei der Firma K.L. nachfolgend: L.), mit der sie in laufender Geschäftsbeziehung stand, unter anderem am 15.4. und 19.12.1988 sowie am 24.8.1989 militärische Güter. Die Bestellungen enthielten regelmäßig den Hinweis: „Wir bestellen ... zu unseren Ihnen bereits vorliegenden Einkaufsbedingungen“. L. lieferte die Waren Mitte 1989 und im Frühjahr 1990 und stellte sie in Rechnung. Im März 1990 trat L. sämtliche Ansprüche aus Warenlieferungen gegen die Beklagte ohne deren Zustimmung an die Klägerin ab. Die Klägerin verlangt von der Beklagten Bezahlung dieser Rechnungen in Höhe von 112.220,46 DM nebst Zinsen. Die Forderung ist dem Grunde und der Höhe nach unstreitig.

Mit Schreiben vom 3.11.1988 hatte die Beklagte der L. ihre Einkaufsbedingungen übersandt. Sie sehen in Nr. 17 Abs. 5 vor:

„Der Auftragnehmer ist ohne vorherige schriftliche Zustimmung G.-Lo.s (= Beklagte), die nicht unbillig verweigert werden darf, nicht berechtigt, seine Forderungen gegen G.-Lo. abzutreten oder durch Dritte einziehen zu lassen“.

In dem Anschreiben der Beklagte heißt es:

„Zur generellen Vereinbarung der Vertragskonditionen übersenden wir Ihnen anbei unsere

Einkaufsbedingungen. Diese gelten für alle Aufträge, die wir zukünftig an Ihr Haus vergeben...“

Sollte uns bis 30.11.1988 von Ihnen keine gegenteilige Stellungnahme vorliegen, gehen wir von Ihrem uneingeschränkten Einverständnis aus.“

In einem auf den 29.11.1988 datierenden Telefax der L. an die Beklagte heißt es:

„Ihre im Betreff genannten Bedingungen kann ich in diesem Umfang nicht anerkennen. Für einen Überarbeitungstermin schlage ich den 15.12.1988 vor.“

Ein Telefax-Sendebericht vom gleichen Tag weist die Ruf-Nummer der Beklagten und den Vermerk „Ergebnis OK“ auf. Ein „Überarbeitungsgespräch“ hat nicht stattgefunden.

Die Beklagte hält die Abtretung für unwirksam und rügt fehlende Aktivlegitimation der Klägerin. Sie bestreitet den Zugang der Fernkopie vom 29.11.1988. Da L. ihrem Schreiben v. 3.11.1988 nicht widersprochen habe, seien ihre Einkaufsbedingungen einschließlich des Abtretungsverbots Vertragsinhalt geworden. Hilfsweise hat sie mit Schadenersatzansprüchen in Höhe von 126.035,31 DM aufgerechnet, die sie daraus herleitet, daß L. im Zusammenhang mit der Ausführung anderer Bestellungen in Verzug geraten sei. Das Landgericht hat der Klage bis auf einen Teil der verlangten Zinsen stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht ist aufgrund der Aussage des erstinstanzlich vernommenen Zeugen W. und des „OK“-Vermerks im Sendebericht vom 29.11.1988 zu der Überzeugung gelangt, das Telefax sei der Beklagten zugegangen, und hat ausgeführt: Umstände, die darauf hinweisen, daß der Sendebericht nachträglich manipuliert worden sei, lägen nicht vor. Danach gebe es keine Anhaltspunkte dafür, daß die Daten-

übertragung an technischen Problemen gescheitert sei. Die Aussage des gegenbeweislich vernommenen Zeugen G. stehe der Annahme des Zugangs nicht entgegen. Die Beklagte habe auch keinen technischen Grund genannt, der einer durch den Sendebericht dokumentierten erfolgreichen Datenübertragung entgegenstehe. Da L. somit der Einbeziehung der Einkaufsbedingungen der Beklagten widersprochen habe, seien diese nicht generell in Form eines Rahmenvertrages Bestandteil der einzelnen Verträge geworden. Sie seien aber auch nicht dadurch in die Verträge einbezogen worden, daß die Beklagte bei späteren Bestellungen gegenüber L. auf ihre Einkaufsbedingungen hingewiesen und L. nicht ausdrücklich widersprochen habe. Das Schweigen der L. auf diese Bestellungen bedeute keine Annahme. Die Beklagte habe es auch nicht so verstehen dürfen, weil L. den Einkaufsbedingungen schon zuvor mit dem Telefax vom 29.11.1988 widersprochen habe. In der späteren Ausführung der Bestellungen liege keine konkludente Einverständniserklärung mit den Einkaufsbedingungen der Beklagten. Die Auslegung dieses Verhaltens ergebe vielmehr, daß L. die Bestellungen der Beklagten nur ohne deren Einkaufsbedingungen habe ausführen wollen. Die Verträge seien deshalb ohne die Einkaufsbedingungen der Beklagten zustande gekommen. Mangels Vereinbarung eines Abtretungsverbots seien die mit der Klage geltend gemachten Forderungen wirksam an die Klägerin abgetreten worden. Die hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen der Beklagten seien unbegründet.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Zu Recht geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, daß die Klage keinen Erfolg haben kann, wenn L. der Einbeziehung der Einkaufsbedingungen der Beklagten nicht widersprochen hat.

a) Ob ein Schweigen der L. auf das Schreiben vom 3.11.1988 zu einer bindenden Rahmenvereinbarung über die Einbeziehung der Einkaufsbedingungen der Beklagten in alle künftigen

Verträge geführt hätte, kann dahinstehen. **Denn die Einkaufsbedingungen wären dann jedenfalls aufgrund der jeweiligen Einzelbestellungen in die Verträge einbezogen worden.** Dafür genügte es, daß die Beklagte in den schriftlichen Bestellungen auf ihre Einkaufsbedingungen hinwies und L. diese Bestellungen ohne Widerspruch durch deren Ausführung konkludent angenommen hätte (vgl. BGHZ 117, 190, 194). Einer Einbeziehung der Einkaufsbedingungen stünde dann auch nicht im Wege, daß sie den einzelnen Bestellungen nicht beigelegt waren. **Im kaufmännischen Verkehr reicht regelmäßig der Hinweis auf die eigenen Vertragsbedingungen aus, wenn der Kunde die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme hat** (BGHZ a.a.O. 198; Senatsurt. v. 3.2.1982 – VIII ZR 316/80 = WM 1982, 486 unter II 2 b). So war es hier, weil L. die Einkaufsbedingungen mit Schreiben v. 3.11.1988 – also vor den Bestellungen v. 19.12.1988 und 24.8.1989 und auch noch vor der die Annahme darstellenden Ausführung der Bestellung v. 15.4.1988 – übersandt worden waren.

b) Das **Abtretungsverbot** in Nr. 17 der Einkaufsbedingungen hält einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG stand (vgl. BGH, Urt. v. 30.10.1990 – IX ZR 239/89 = NJW-RR 1991, 763 unter I 1 und vom 11.5.1989 – VII ZR 150/88 = NJW-RR 1989, 1104 unter 2; BGHZ 102, 293, 300; 110, 241, 243). Etwas anderes gilt nur, wenn ein schützenswertes Interesse des Verwenders an einem Abtretungsverbot nicht besteht oder die berechtigten Belange des Vertragspartners an der Abtretbarkeit vertraglicher Forderungen das entgegenstehende Interesse des Verwenders überwiegen (BGHZ 108, 52, 55; 110, 241, 243; Urt. v. 30.10.1990 a.a.O.). Auch soweit im Schrifttum Abtretungsverbotsklauseln kritisch beurteilt werden, wird eingeräumt, daß jedenfalls solche Klauseln den Belangen des Kunden genügen können, die – wie hier – die Abtretung nicht generell ausschließen, sondern von der Zustimmung des Verwenders abhängig machen, die zudem „nicht unbillig verweigert“ werden darf (vgl. z.B. Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 7. Aufl., Anh. §§ 9–11 Rdnr. 2; Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Abtretungsaus-

schluß IV, Rdnr. 23). Für ein überwiegendes Interesse der L. an der freien Verfügbarkeit der Forderung ist nichts ersichtlich. Die Klägerin hat sich hierauf auch nicht berufen. Die Revisionserwiderung erhebt insoweit keine Bedenken.

2. Dagegen sind die Einkaufsbedingungen dann nicht Inhalt der einzelnen Verträge geworden, wenn L. ihrer Einbeziehung schon im Telefax v. 29.11.1988 „vorweggenommen“ widersprochen hat.

a) Aus der Erklärung v. 29.11.1988 ergibt sich eindeutig der Wille, die Einkaufsbedingungen der Beklagten auszuschließen. Daß L. ihnen nicht in vollem Umfang und nicht unabänderlich widersprochen, sondern eine Überarbeitung vorgeschlagen hat, ändert daran entgegen der Ansicht der Revision nichts. Der Umfang, in dem L. die Bedingungen nicht anerkennen wollte, geht aus dem Schreiben nicht hervor. Es kann deshalb nur als vollständige Ablehnung der Einkaufsbedingungen – vorbehaltlich späterer Überarbeitung – verstanden werden.

b) Der vorweggenommene Widerspruch hätte die Einbeziehung der Einkaufsbedingungen in sämtliche nachfolgend abgeschlossenen Verträge nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats verhindert, solange nicht L. ihren damit eindeutig zum Ausdruck gebrachten Willen erkennbar aufgegeben hätte (vgl. für in AGB enthaltene Abwehrklauseln Senatsurt. v. 19. 6. 1991 – VIII ZR 149/90 = WM 1991, 1636 unter II 2 b m. Nachw.). Das Berufungsgericht hat keine Anhaltspunkte dafür feststellen können, daß L. einen ursprünglich erklärten Abwehrwillen später aufgegeben hätte.

c) Ohne Rechtsfehler nimmt das Berufungsgericht schließlich an, daß im Falle eines vorweggenommenen Widerspruchs gleichwohl wirksame Kaufverträge – ohne Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen der einen oder der anderen Seite – zustande gekommen wären.

3. Nach allem kommt es darauf an, ob der Beklagten das Telefax v. 29.11.1988 zugegangen ist. Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Klägerin den Zugang beweisen muß (Baumgärtel/Laumen,

Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. Aufl., Bd. I, § 130 BGB Rdnr. 1). Es ist jedoch nicht in verfahrensfehlerfreier Weise zu der Auffassung gelangt, daß der Klägerin dieser Beweis gelungen sei.

a) Aufgrund der Aussage des Zeugen W., er habe die Faxvorlage selbst geschrieben und sei sodann mit Frau L. (Inhaberin der Zedentin) an dem Telefaxgerät gewesen, als diese Mitteilung durchgegeben worden sei, durfte das Berufungsgericht nur die ordnungsgemäße Absendung der Fernkopie, nicht aber ihren Zugang bei der Beklagten für bewiesen halten. **Ebenso wie bei gewöhnlichen Briefen** (vgl. z. B. BGH, Urteile v. 17. 2. 1964 – II ZR 87/61 = NJW 1964, 1176 f und v. 18. 1. 1978 – IV ZR 204/75 = NJW 1978, 886 unter I 3; Soergel/Hefermehl, BGB, 12. Aufl. § 130 Rdnr. 23) **und selbst bei Einschreibesendungen** (vgl. BGHZ 24, 308, 312 f) **rechtfertigt auch bei Telefaxdokumenten die Absendung nicht einmal einen Anscheinsbeweis für ihren Zugang** (ebenso z. B. Tschentscher CR 1991, 141, 148; Ebnet, NJW 1992, 2985, 2990 f), **dies jedenfalls solange nicht, wie nicht feststeht, daß die „Verlustquote“ hier ins Gewicht fallend geringer ist als im Briefdienst.** Letzteres hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, es ist auch weder allgemein noch gerichtskundig und nicht einmal von der Klägerin behauptet worden.

b) Das Berufungsgericht will dem „OK“-Vermerk im Sendebericht offenbar im Wege des Anscheinsbeweises entnehmen, daß die Datenübertragung nicht an technischen Problemen gescheitert und das Telefax zugegangen sei. Das entbehrt der tragfähigen Grundlage.

aa) Soweit der Beweiswert des Sendeberichts unter Hinweis auf die Möglichkeit von Manipulationen und nachträglichen Fälschungen verneint oder ihm aus diesem Grunde nur eingeschränkte Bedeutung beigemessen wird (z. B. LG Darmstadt, WM 1993, 1653; zum Fernschreiben ebenso z. B. Baumgärtel/Laumen a. a. O. § 130 Rdnr. 9; MünchKomm-Förschler, BGB, 3. Aufl., § 130 Rdnr. 34), durfte das Berufungsgericht derartige Vorgänge allerdings ausschließen, weil der Zeuge W., dem es – ohne

daß die Revision dies angreift – Glauben geschenkt hat, sie ausdrücklich verneint hat.

bb) Das Berufungsgericht hat sich indessen nicht damit auseinandergesetzt, daß im Schrifttum und in der Rechtsprechung der Instanzgerichte – zum Teil unter Berufung auf eigene Sachkunde, zum Teil nach Inanspruchnahme sachverständiger Hilfe – ausgeführt wird, **durch den Sendebericht** werde nur die Herstellung der **Verbindung** zwischen dem Sende- und dem Empfangsgerät angezeigt, für die geglückte **Übermittlung der Daten und das Ausbleiben von Störungen besitze das Sendeprotokoll hingegen keinerlei Aussagewert** (so z. B. OLG München NJW 1993, 2447 m. Anm. Jaeger CR 1994, 155; KG KG-Report Berlin 1994, 155 = NJW 1994, 3172; OLG Köln NJW 1989, 594 und jur-pc 1992, 1450; LAG Hamm NZA 1994, 335; Palandt/Heinrichs, BGB, 53. Aufl., § 130 Rdnr. 21; Ebnet a.a.O. 2991); **denn die Datenübertragung könne an Defekten am Empfangsgerät, z. B. einem Papierstau, oder an Leitungsstörungen oder -verzerrungen, die zum Abbruch der Verbindung führten, gescheitert sein**, ohne daß die Unterbrechung und mißglückte Datenübermittlung im Sendebericht ausgewiesen werde. Auf der anderen Seite findet sich in mehreren Entscheidungen des Bundesgerichtshofs die – zumeist eher beiläufige – **Bemerkung, durch den Sendebericht werde die ordnungsgemäße Übermittlung belegt** (BGH, Urt. v. 2. 10. 1991 – IV ZR 68/91 = GI 92, 41 = WM 1991, 2080 unter 2 c; Beschlüsse v. 28. 9. 1989 – VII ZB 9/89 = GI 90, 32, 208 = NJW 1990, 187 unter II 2 b; v. 17. 11. 1992 – X ZB 20/92 = GI 93, 222 = NJW 1993, 732 unter II 1; v. 24. 3. 1993 – XII ZB 12/93 = GI 93, 217 = NJW 1993, 1655 unter II 2 b und v. 16. 9. 1993 – V ZB 33/93 = NJW 1993, 3140 unter II). Abgesehen davon, daß diese Äußerungen im Zusammenhang mit der Frage der wirksamen Ausgangskontrolle durch einen Rechtsanwalt (§ 233 ZPO) stehen und **sich nicht auf die Anforderungen an einen Zugangs nachweis beziehen**, ist den Entscheidungen nicht zu entnehmen, welche Erkenntnisse dieser Beurteilung des Beweiswerts eines Sendeberichts – bei der es sich um eine tatsächliche Frage und nicht um eine „Rechtsfrage“ im Sinne des § 132 Abs. 2

GVG handelt – zugrundeliegen und ob die Aussagen auf dem Parteivortrag zu den technischen Möglichkeiten des jeweils eingesetzten Sendegeräts beruhten. Jedenfalls hatte das Berufungsgericht Veranlassung, den Zweifeln an der Aussagekraft des Sendeberichts für eine geglückte Datenübermittlung nachzugehen. Denn von dieser Aussagekraft hing es ab, ob der Klägerin der Nachweis des Zugangs der Fernkopie gelungen ist oder zu ihren Gunsten zumindest ein Beweis des ersten Anscheins spricht.

aaa) Dabei bedarf keiner abschließenden Entscheidung, ob sich der Adressat eines Telefaxschreibens einen Signalzugang als Zugang im Sinne des § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB dann zurechnen lassen müßte, wenn ein in seinen Risikobereich fallender Defekt an der Empfangsanlage einen ordnungsgemäßen Ausdruck verhindert (so z. B. Tschentscher a.a.O. 148; Ebnet a.a.O. 2987). Der Bundesgerichtshof hat zwar mehrfach ausgesprochen, **daß ein durch Fernschreiben oder Telefax übermittelter Schriftsatz (erst) in dem Zeitpunkt bei Gericht eingegangen sei, in dem er vom Empfängergerät ausgedruckt werde** (BGHZ 101, 276, 280; Beschlüsse v. 19. 4. 1994 – VI ZB 3/94 = GI 94, 367 = NJW 1994, 1881 unter II 2 a und vom 4. 5. 1994 – XII ZB 21/94 = NJW 1994, 2097 unter II 2). **Er hat andererseits aber auch angenommen, daß Störungen in der Sphäre der Gerichte nicht auf den Bürger abgewälzt werden dürften und der Eingang von Schriftsätzen bei Gericht durch technische Fehler des Empfangsgeräts, an denen die Übertragung oder ein leserlicher und vollständiger Ausdruck scheitern, nicht gehindert werde** (BGHZ 105, 40, 44 f; Urt. v. 2. 10. 1991 a.a.O.; Beschlüsse v. 12. 12. 1990 – XII ZB 64/90 = VersR 1991, 894 unter 2 b; v. 19. 4. 1994 und 4. 5. 1994, jeweils a.a.O.). **Es liegt nicht fern, diese Grundsätze auch auf die Zugangsproblematik im Privatrechtsverkehr zu übertragen.**

bbb) Anders ist dies jedoch, wenn die **Datenübermittlung an einer Unterbrechung oder Störung im öffentlichen Netz scheitert**, was nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts ebenfalls nicht ausgeschlossen

werden kann. **Denn dieses Risiko trägt nach dem Grundgedanken des §120 BGB – ebenso wie das der Briefbeförderung – der Erklärende** (ebenso z.B. *Tschentscher a.a.O.* 148; *Ebnet a.a.O.* 2990 f; vgl. auch *Köhler AcP* 182 [1982], 126, 140). Solange die Möglichkeit besteht, daß die Datenübertragung trotz „OK“-Vermerks im Sendebericht infolge von Leitungsstörungen mißglückt ist, vermag der Sendebericht allenfalls ein Indiz für den Zugang zu liefern, nicht aber einen Anscheinsbeweis zu rechtfertigen (z.B. *OLG München, KG Berlin, OLG Köln, jeweils a.a.O.*; *Palandt/Heinrichs a.a.O.*; a.A. *OLG München NJW* 1994, 527; mit *Einschränkungen auch Tschentscher a.a.O.* 149). Denn die Voraussetzungen eines Anscheinsbeweises sind nur bei typischen Geschehensabläufen gegeben, bei denen nach der Lebenserfahrung regelmäßig von einem bestimmten Ereignis auf einen bestimmten Erfolg – oder umgekehrt – geschlossen werden kann. Bloße Wahrscheinlichkeiten reichen nicht aus (z.B. *Zöller/Greger, ZPO*, 18. Aufl., Rdnr. 29 vor § 284). **Es fehlt bisher an einer Feststellung oder gesicherten, gerichtsbekannten Erkenntnis dazu, wie oft Telefaxübertragungen scheitern und der Sendebericht gleichwohl einen „OK“-Vermerk ausdrückt** (vgl. *OLG München NJW* 1993, 2447). Die im Schrifttum gelegentlich geäußerte Vermutung einer „hohen Verbindungs- und Übertragungssicherheit“ der Telefaxtechnik (*Tschentscher a.a.O.*) gibt noch keine verlässliche Grundlage für einen Anscheinsbeweis ab.

c) Unter diesen Umständen hätte das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, zu seiner Beurteilung der technischen Bedeutung **dieses** Sendeprotokolls, das von dem gerade von der Klägerin benutzten Sendegerät ausgedruckt worden ist, nur gelangen dürfen, wenn es über eigene Sachkunde verfügte oder sich – gegebenenfalls von Amts wegen (§144 ZPO) – sachverständiger Hilfe bediente. Das erstere ist nicht belegt, das zweite nicht geschehen. An der Anordnung einer Begutachtung durch einen Sachverständigen war und ist das Berufungsgericht nicht deshalb gehindert, weil die Parteien zu den für oder gegen einen Zugang sprechenden Gründen und dem Aussagewert des Sendeberichts nichts oder nur wenig Substantiiertes vor-

getragen haben. Im Rahmen des §144 Abs. 1 ZPO kann das Gericht in eine Aufklärung durch Sachverständigengutachten auch über den Sachvortrag hinaus eintreten (*BGH, Urteile v. 24. 6. 1968 – III ZR 37/66 = VersR* 1968, 987 unter II 3 und v. 22. 10. 1993 – XZR 65/92 = *WM* 1994, 758 unter II 2 c cc). Es wird dabei auch Gelegenheit haben, in Anwendung des §139 ZPO auf einen Vortrag der Parteien dazu hinzuwirken, ob ein Empfangsjournal der Beklagten vorhanden ist und welche Bedeutung ihm gegebenenfalls zukommt (vgl. dazu z.B. *OLG München NJW* 1993, 2447; *LG Darmstadt WM* 1993, 1653).

IV. Nach allem war das Berufungsurteil aufzuheben, damit das Berufungsgericht die erforderlichen Feststellungen nachholen kann. Es wird sich unter Umständen dabei auch mit der – schon vom Landgericht gewürdigten – Aussage des Zeugen W. zu befassen haben, der bekundet hatte, er habe fernmündlich einen Tag vor der Faxabsendung oder kurz danach gegenüber einem der Geschäftsführer der Beklagten erklärt, die Zedentin könne die Einkaufsbedingungen der Beklagten nicht akzeptieren und nur zu ihren eigenen Bedingungen liefern.

Fachanwaltsbezeichnungen

- Verleihung
- Besondere Kenntnisse
- Klausurerfolg

(*BGH, Beschl. v. 11. 7. 1994 – AnwZ (B) 3/94*)

Leitsätze:

1. Eine Klausuren-Erfolgsquote von nur 50 % ist nicht ausreichend, um besondere, das durchschnittliche Maß übersteigende theoretische Kenntnisse auf dem Gebiet des Steuerrechts zu belegen.

2. Ein Fachgespräch muß mit einem Ast. nur dann geführt werden, wenn der Prüfausschluß der RAK aufgrund der schriftlichen Unterlagen keine abschließende Entscheidung treffen kann.

Aus den Gründen:

I. Der Ast. ist seit 1976 als RA bei dem AG D. und dem LG K. zugelassen. 1992 hat der Ast. bei der Agin. beantragt, ihm die Erlaubnis zur Führung der Bezeichnung „Fachanwalt für Steuerrecht“ zu erteilen. Zum Nachweis seiner besonderen theoretischen Kenntnisse hat er eine Bescheinigung der Deutschen Anwaltsakademie vom 1.9.1992 über seine Teilnahme an dem in acht dreitägigen Teillehrgängen veranstalteten Intensivlehrgang „Steuerrecht“ beigefügt mit folgenden Ergebnissen des abschließenden Klausurentests:

- | | |
|-------------------------|--------------------|
| 1. Klausur (AO/FGO): | ausreichend |
| 2. Klausur (ESt): | nicht ausreichend |
| 3. Klausur (USt): | ausreichend |
| 4. Klausur (GewSt/KSt): | nicht ausreichend. |

Mit Bescheid v. 8.12.1992 hat die Agin. den Antrag auf Gestaltung der Führung der Bezeichnung Fachanwalt für Steuerrecht zurückgewiesen, weil der Ast. den Nachweis der besonderen theoretischen Kenntnisse nicht erbracht habe. Der EGH hat diesen Bescheid aufgehoben und die Agin. verpflichtet, den Ast. unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden. Hiergegen richtet sich die – zugelassene – sofortige Beschwerde der Agin.

II. Das Rechtsmittel ist zulässig (§ 223 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4, § 42 Abs. 4 BRAO). Es hat auch in der Sache Erfolg.

1. Gemäß § 42 a BRAO kann ein RA, der besondere Kenntnisse auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts, des Steuerrechts, des Sozialrechts oder des Arbeitsrechts erworben hat, darauf nach einer entsprechenden Verleihung durch die RAK mit einer Bezeichnung als Fachanwalt hinweisen.

„Besondere Kenntnisse“ besitzt der RA nach § 2 RAFachBezG, wenn seine Kenntnisse auf dem Fachgebiet erheblich das Maß der Kenntnisse übersteigen, das üblicherweise durch die berufliche Ausbildung und praktische Erfahrung im Beruf vermittelt wird. Diese besonderen Kenntnisse, die theoretischen Kenntnisse und praktische Erfahrungen umfassen, hat der RA nachzuweisen

(§§ 1, 7 RAFachBezG). Der Nachweis der besonderen theoretischen Kenntnisse wird i.d.R. erbracht durch die Teilnahme an einem auf den Erwerb der jeweiligen Fachanwaltsbezeichnung vorbereitenden Lehrgang, der die gesamten relevanten Teilbereiche des Fachgebiets umfaßt und dessen Erfolg durch mehrere Klausuren bestätigt wird (§ 8 Abs. 1 Satz 1 RAFachBezG).

a) Den Nachweis von besonderen, das durchschnittliche Maß übersteigenden theoretischen Kenntnissen auf dem Gebiet des Steuerrechts hat die Agin. zu Recht als nicht geführt angesehen. Der Ast. hat zwar an einem **Intensivlehrgang Steuerrecht** teilgenommen, seine Teilnahme war jedoch nicht erfolgreich. Von vier Klausuren waren nur zwei ausreichend, während zwei als nicht ausreichend bewertet worden sind. Entgegen der Auffassung des Ast. läßt sich dem Gesetz nicht entnehmen, wieviele Klausuren ausreichend sein müssen, damit eine erfolgreiche Teilnahme nachgewiesen ist. Das Gesetz besagt lediglich, daß der Bewerber mehrere Klausuren schreiben muß. Das dürften nach allgemeinem Sprachgebrauch mehr als zwei sein (vgl. *Wahrig, Deutsches Wörterbuch; Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, jeweils unter dem Stichwort „mehrere“*). Diese Frage braucht jedoch nicht vertieft zu werden. Denn der Ast. hat vier Klausuren mitgeschriben.

Wieviele Klausuren „ausreichend“ sein müssen, um einen Erfolg der Lehrgangsteilnahme zu bejahen, ist in § 8 RAFachBezG nicht geregelt. Dies bedarf vielmehr im jeweiligen Einzelfall einer Wertung durch die RAK (vgl. auch *Sellner, AnwBl. 1994, 3, 6*). Dabei ist einmal zu berücksichtigen, inwieweit die Klausuren die gesamten relevanten Teilbereiche des Fachgebiets abdecken. Vor allem aber kommt es auf die Gesamtzahl der Klausuren an. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß etwa bei einer Gesamtzahl von acht Klausuren der Nachweis des Erfolges nicht durch drei ausreichende Arbeiten bei fünf nicht ausreichenden erbracht sein kann.

Im vorliegenden Fall hat die Agin. den Nachweis einer erfolgreichen Lehrgangsteilnahme zu

Recht als nicht erbracht angesehen. Die vier Klausuren decken nicht alle in § 4 RAFachBezG aufgeführten Bereiche des Fachgebiets Steuerrecht ab. **Es fehlen unter anderem das Bewertungsrecht sowie Buchführung und Bilanzwesen.** Das bedeutet, daß zwei erfolgreiche Klausuren nicht einmal Kenntnisse in der Hälfte der Teilbereiche bescheinigen. Aber auch unabhängig davon ist eine Erfolgsquote von nur 50 % nicht ausreichend, um besondere, das durchschnittliche Maß übersteigende theoretische Kenntnisse auf dem Gebiet des Steuerrechts zu belegen.

b) An diesem Ergebnis ändert sich nichts durch die weitere Bescheinigung der Deutschen Anwaltsakademie v. 18.3.1993 über die Teilnahme des Ast. an einem zweiten Klausurtest. Denn dabei hat der Ast. wiederum nur zwei von vier Klausuren ausreichend geschrieben. Daß eine der beiden ausreichenden Klausuren über das Einkommensteuerrecht geschrieben ist, in dem der Ast. beim ersten Mal keine ausreichende Leistung erbracht hatte, ist unerheblich. Denn dafür war nunmehr eine andere Klausur nicht ausreichend, worin sich zeigt, wie wenig gefestigt die Kenntnisse des Ast. im Steuerrecht sind.

2. Entgegen der Auffassung des EGH war der Fachausschuß der Agin. nicht verpflichtet, den Ast. zu einem Fachgespräch zu laden. Eine derartige Ladung zu einem Fachgespräch sieht § 10 RAFachBezG nur vor, wenn der Ausschuß der RAK seine Stellungnahme gegenüber dem Vorstand nicht allein aufgrund der vom RA vorgelegten schriftlichen Unterlagen abgeben kann. Das Fachgespräch ist also nur vorgesehen, wenn der Ausschuß aufgrund der schriftlichen Unterlagen sich noch nicht zu einer abschließenden Entscheidung – im positiven oder im negativen Sinne – in der Lage sieht. Nur für derartige Zweifelsfälle ist das Fachgespräch gedacht (vgl. auch die amtliche Begründung zu § 10 RAFachBezG, BT-Drucks. 12/1710, S. 8). Wenn der Ausschuß dagegen – wie hier – in der Lage ist, eine – für den Ast. positive oder negative – Entscheidung zu treffen, muß er den Bewerber nicht zu einem Fachgespräch laden.

Anwaltshonorar / Weisungsgebundenheit

- Mandatsniederlegung, § 628 BGB
 - Fehlende Erfolgsaussichten
- (OLG Karlsruhe, Urt. v. 8. 3. 1994 – 3 U 45/93)

Leitsätze:

1. Erteilt der Mandant entgegen dem wohlbegründeten Rat des Rechtsanwalts die Weisung, ein Revisionsverfahren weiter durchzuführen, stellt es keine Pflichtverletzung dar, wenn der Rechtsanwalt daraufhin das Mandat niederlegt.

2. Zu den Voraussetzungen, unter denen der Rechtsanwalt in diesen Fällen seinen Anspruch auf Vergütung behält.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet. Dem Kläger steht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Anspruch gegen den Beklagten auf Rückzahlung des Anwaltshonorars zu.

1. Zwischen den Parteien bestand ein Anwaltsvertrag, der rechtlich einzuordnen ist als entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag, dem ein Dienstvertrag zugrunde liegt (BGH, NJW 1965, 106; MünchKomm/Seiler, BGB, 2. Aufl. § 675 Rdnr. 6). Der Anspruch des Beklagten auf eine Prozeßgebühr in der geforderten Höhe war nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. §§ 11 Abs. 1 S. 5, 26 BRAGO entstanden. **Gebührenrechtlich ist die vorzeitige Beendigung des Auftrags nach § 13 Abs. 4 BRAGO ohne Einfluß auf bereits entstandene Gebühren. Die BRAGO kann allerdings die Vorschriften des BGB über die Rechtsfolgen der Kündigung eines Dienstvertrages nicht ausschließen** (BGH, NJW 1982, 437; BGH, NJW 1985, 41; Gerold/Schmidt/Madert, BRAGO, 11. Aufl., § 13 Rdnr. 60). Die von einem RA übernommene Tätigkeit stellt, da sie auf einem besonderen Vertrauensverhältnis beruht, eine **Dienstleistung höherer Art i.S.d. § 627 Abs. 1 BGB** dar (BGH, NJW

1985, 41; OLG Düsseldorf, BB 1987, 2187; Palandt/Putzo, BGB, 53 Aufl. § 627 Rdnr. 2). Bei einem solchen Vertragsverhältnis ist eine Kündigung für beide Vertragsparteien ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist jederzeit möglich (§ 627 Abs. 1 BGB). Das Recht auf außerordentliche Kündigung ist im vorliegenden Fall nicht vertraglich abbedungen. Auch wenn der vertragliche Ausschluß nicht notwendig ausdrücklich vereinbart werden muß, so muß er sich doch eindeutig aus den getroffenen Abreden ergeben (OLG Düsseldorf, BB 1987, 2187). Derartige Abreden wurden hier nicht getroffen. Nach der Kündigung des Beklagten richten sich die Rechtsbeziehungen der Parteien daher nach den §§ 627, 628 BGB.

Ein Schadenersatzanspruch nach diesen Vorschriften steht dem Kläger nicht zu. Zwar mußte er zur Durchführung des Revisionsverfahrens einen anderen RA beauftragen, an den er erneut eine Prozeßgebühr zu leisten hatte. Für diesen Schaden hat der Beklagte jedoch nicht einzustehen. Die Voraussetzungen für eine Ersatzpflicht nach § 627 Abs. 2 S. 2 BGB liegen nicht vor. Entgegen der Auffassung des Klägers wurde die **Kündigung nicht zur Unzeit** ausgesprochen. Der Beklagte hat zwar das Mandat während des Laufs der Revisionsbegründungsfrist niedergelegt, durch die beantragte (und gewährte) Fristverlängerung aber gleichzeitig dafür Sorge getragen, daß der Kläger noch rechtzeitig einen anderen RA beauftragen und dieser die erforderlichen Maßnahmen fristgerecht einleiten konnte. Daß die gutachtliche Prüfung der Erfolgsaussichten durch den Beklagten nicht unmittelbar nach Einlegung des Rechtsmittels erfolgt ist, beruhte nicht auf dessen Verschulden. Anhaltspunkte dafür, daß der Nachfolger des Beklagten als Revisionsanwalt wegen der kurzfristigen Beauftragung nicht vollständig und umfassend informiert werden konnte, oder daß sich der Zeitdruck in anderer Weise auf die Qualität der Revisionsbegründung ausgewirkt hat, sind nicht ersichtlich und werden vom Kläger auch nicht vorgetragen.

2. Dem Beklagten fällt auch keine schuldhaft Verletzung vertraglich übernommener Pflichten zur Last, die zu einer Haftung wegen Schlecht-

erfüllung des Anwaltsvertrages führen könnte. Art und Umfang der einen RA treffenden Pflichten werden durch den Inhalt des konkreten Auftrags festgelegt.

a) **Dabei ist davon auszugehen, daß der RA während eines bestehenden Mandats grundsätzlich an Weisungen des Mandanten gebunden ist** (BGH, VersR 1961, 467, 468). Dies folgt schon daraus, daß für den Anwaltsvertrag gem. § 675 BGB die Vorschrift des § 665 BGB Anwendung findet (BGH, NJW 1985, 42, 43; OLG Karlsruhe, AnwBl 1979, 64; Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht Rdnr. 192). Dem Mandanten, der allein das Erfolgs- und Kostenrisiko trägt, muß die Möglichkeit gegeben sein, den wesentlichen Gang der Mandaterledigung zu steuern. Der Prozeßbevollmächtigte hat daher vor Maßnahmen von wesentlicher finanzieller Bedeutung oder mit unwiderruflichem und endgültigem Charakter eine konkrete Anweisung des Mandanten oder zumindest dessen ausdrückliches Einverständnis einzuholen. Zu diesen Maßnahmen zählt auch die Rücknahme von Rechtsmitteln (BGH, VersR 1961, 467). Der Beklagte ist insoweit jedoch seiner Verpflichtung nachgekommen. Er hat dem Kläger nicht nur seine Absicht, die Revision zurückzunehmen, rechtzeitig mitgeteilt, sondern auch die Gründe für diesen Schritt in dem Schreiben v. 3.10.1988 ausführlich – und wie der Ausgang des Revisionsverfahrens gezeigt hat – zutreffend erläutert. Der Senat läßt offen, ob der Beklagte der vom Kläger erteilten Weisung, die Revision nicht zurückzunehmen, unbedingt hätte Folge leisten müssen. Zwar ist anerkannt, daß der RA den Weisungen des Mandanten nicht „blindlings“ folgen muß (BGH, VersR 1977, 421, 422; BGH, NJW 1985, 42, 43; Vollkommer, a.a.O. Rdnr. 194). Dies bedeutet zunächst jedoch nur, daß den RA bei Bedenken gegen die Ausführung einer Weisung gesteigerte Hinweis- und Warnpflichten treffen. **Ausnahmen von der Pflicht, Weisungen zu befolgen, werden überwiegend nur dann zugelassen, wenn das angewiesene Tätigwerden rechtswidrig, unlauter, völlig unsinnig oder querulatorisch wäre.** Dagegen sollen ungünstige Aussichten der Rechtsverfolgung keinen Grund geben, von Weisungen abzuweichen, die der Mandant nach

Belehrung über die Risiken des Prozesses ausdrücklich aufrecht erhält (Borgmann/Haug, *Anwaltshaftung*, 2. Aufl., S. 124). Der Umstand daß es sich bei dem Beklagten um einen beim BGH zugelassenen RA handelt begründet für sich genommen hinsichtlich der Weisungsunterworfenheit keine Besonderheit. Eine „zentrale Verpflichtung“, den BGH vor aussichtslosen Rechtsmitteln zu bewahren, ergibt sich entgegen der Auffassung des Beklagten aus der hervorgehobenen Stellung dieser RAe nicht (vgl. auch BGH, *VersR* 1961, 467, 470).

b) **Es kann einem RA indes nicht als Pflichtverletzung angelastet werden, wenn er angesichts einer solchen Weisung das Mandat niederlegt** (LG Hamburg, *AnwBl.* 1985, 261; *Vollkommer, a.a.O., Rdnr.* 198). Ist der Prozeßbev. nach gründlicher Prüfung der Sach- und Rechtslage von der Aussichtslosigkeit eines Rechtsmittels überzeugt, bringt ihn das Beharren des Mandanten auf Durchführung des Verfahrens in einen unauflösbaren Konflikt. Auf der einen Seite steht die vertragliche Verpflichtung, den Anweisungen des Mandanten nachzukommen, auf der anderen Seite muß der RA sowohl auf seine Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege (vgl. §§ 1, 3 Abs. 1 BRAO) als auch auf sein berufliches Ansehen Rücksicht nehmen. Um die Weisung zu erfüllen, hätte der Beklagte im vorliegenden Fall die Revision mit Erwägungen begründen müssen, die verfahrensrechtlich unerheblich waren oder materiell-rechtlich erkennbar nicht durchgegriffen hätten. Dies ist weder mit seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege vereinbar noch im Hinblick auf sein Renommee ihm zumutbar. Schließlich ist das unvernünftige Hinwegsetzen über den fundierten Rat des RA geeignet, die Vertrauensbasis des Mandatsverhältnisses nachhaltig zu erschüttern.

3. Die Verneinung eines Schadenersatzanspruchs hat allerdings nicht notwendig zur Folge, daß der die Kündigung aussprechende RA seinen Honoraranspruch behält. Das LG ist nicht auf die Vorschrift des § 628 Abs. 1 S. 2 BGB eingegangen, wonach der Vergütungsanspruch entfällt, wenn der Dienstverpflichtete ohne durch vertragswidriges Ver-

halten des anderen Teils dazu veranlaßt zu sein (1. Alt.), gekündigt hat und seine bisherigen Leistungen für den anderen Teil „kein Interesse“ haben. Ein diese Rechtsfolge ausschließendes vertragswidriges Verhalten des Klägers (2. Alt.) liegt nicht vor. Das Beharren auf der Durchführung eines Rechtsmittelverfahrens, mag es auch wegen der Aussichtslosigkeit unvernünftig gewesen sein, kann es nicht als vertragswidrig bezeichnet werden (Pabst, *MDR* 1978, 449, 451).

Ein Wegfall des Vergütungsanspruchs tritt jedoch im vorliegenden Fall deshalb nicht ein, weil die bisherigen Leistungen des Beklagten für den Kläger nicht ohne Interesse sind. Fortfall des Interesses wird regelmäßig angenommen, wenn der Dienstberechtigte die empfangene Leistung wirtschaftlich nicht mehr verwerten kann, sie also für ihn nutzlos geworden ist (BGH, *NJW* 1982, 437; *BGB-RGRK Corts*, 12. Aufl., § 628 Rdnr. 14). In Rechtsprechung und Literatur wird als Beispiel hierfür gerade der Fall genannt, daß nach Kündigung eines Mandats für den Mandanten bei der Beauftragung eines anderen RA dieselben Gebühren noch einmal entstehen (BGH, *NJW* 1982, 437; BGH, *NJW* 1985, 41; HansOLG, *Jur-Büro* 1981, 1515, *BGB-RGRK-Corts*, § 628 Rdnr. 14; Riedel/Sußbauer/Fraunholz, *BRAGO*, 6. Aufl., § 13 Rdnr. 49). Denn dann seien die Aufwendungen für den zuerst bestellten Prozeßbev. für den Auftraggeber nutzlos geworden. Nach Auffassung des Senats bedarf diese Fallgestaltung jedoch differenzierter Betrachtung. Zunächst ist festzuhalten, daß **§ 628 Abs. 1 S. 2 BGB nicht darauf abstellt, ob die Aufwendungen des Auftraggebers nutzlos sind, entscheidend ist vielmehr ob die erbrachte Leistung des Beauftragten für den anderen Teil „Interesse“ hat.** Die Frage, ob die bis zur Mandatsniederlegung erbrachte Leistung des Beklagten für den Kläger noch von Interesse ist, kann nicht allein nach wirtschaftlichen Kriterien entschieden werden. Zwar wird bei nutzlosen, weil noch einmal zu erbringenden Aufwendungen häufig auch die Leistung für den Auftraggeber wertlos sein. Zwingend ist dies jedoch nicht. Die Tätigkeit des Beklagten, die den Gebührenanspruch ausgelöst hat, bestand in

der **Einlegung der Revision**. Diese Prozeßhandlung wirkte fort und hätte von dem später eingeschalteten Prozeßbev. wegen Fristablaufs auch nicht nachgeholt werden können. Insoweit behielt die Tätigkeit des Beklagten auch nach der Kündigung ihren „Nutzen“. Daß der Kläger die Prozeßgebühr gleichwohl noch einmal entrichten mußte, hängt mit den Besonderheiten des anwaltlichen Gebührenrechts zusammen, das Gebühren nicht für Einzeltätigkeiten, sondern pauschal für eine Vielzahl möglicher Tätigkeiten, die in einzelnen typisierten Tätigkeitsgruppen zusammengefaßt sind, gewährt. So vergütet die hier im Streit stehende Gebühr nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO die anwaltliche Tätigkeit in dem Zeitraum zwischen Mandatserteilung und Erledigung. Sie fällt somit zwangsläufig bei einem Anwaltswechsel erneut an, ohne daß dadurch jedoch die bisherige Tätigkeit des ausscheidenden RA ihren Wert verliert.

Der Beklagte hatte bis zu seiner Mandatsniederlegung das Revisionsverfahren in gewissem Umfang gefördert und diese Leistung verliert nicht dadurch das Interesse für den Kläger, daß er für die weitere Tätigkeit des neuen RA teilweise dieselben Gebühren bezahlen muß (so auch OLG Naumburg, JW 1935, 1801). Bei der Prüfung, ob die bis zum Ausscheiden erbrachten Leistungen des Beklagten „nutzlos“ geworden sind, ist ferner zu berücksichtigen, **daß der Kläger eine begründete gutachtliche Stellungnahme über die Erfolgsaussichten seines Rechtsmittels erhalten hat** (Soergel/Kraft, BGB, 11. Aufl., § 628 Rdnr. 4; Erman/Hanau, BGB, 9. Aufl., § 628 Rdnr. 8).

Diese Tätigkeit des Beklagten hat ihren Wert behalten; sie hätte für den Kläger Grundlage für die Prüfung, ob er einen weiteren beim BGH zugelassenen RA einschalten soll, sein können. Als Rechtsmittelführer hatte er es in der Hand, das Revisionsverfahren zu beenden oder mit einem neuen Prozeßbev. fortzusetzen. Wenn er sich gegen den – wie der weitere Verlauf zeigte – fundierten, sinnvollen Rat des Beklagten zur Fortsetzung des Verfahrens entschlossen hat, beruhte dies auf einer neuen eigenständigen Entscheidung. Ein Wegfall des Interesses i. S. d. § 627 Abs. 1 S. 2 BGB tritt dadurch nicht ein.

Steuerberaterhaftung

- Schutzwirkung zugunsten der Bank
 - Auskunftsvertrag
 - Bescheinigung über Steuerrückerstattung
 - Kreditschaden
 - Vertrauensschutz
 - Testat
 - Mitverschulden d. Mandanten
- (OLG Hamm, Urt. v. 2. 2. 1994 – 25 U 96/93, rkr. nach Nichtannahmebeschl. d. BGH v. 1. 12. 1994 – IX ZR 53/94, abgedruckt S. 130)

Leitsätze (d. Red.):

1. Der Steuerberater macht sich gegenüber einer Bank schadenersatzpflichtig, wenn diese mit der Leistung des Beraters in Berührung kommt und für den Berater erkennbar ist, daß die Bank zu dem Kreis der geschützten Dritten gehört, die aufgrund der besonderen Vertrauensstellung des Steuerberaters auf die Richtigkeit seiner Erklärungen vertrauen darf.

2. Bestätigt der Steuerberater im Zusammenhang mit Kreditverhandlungen Steuerrückerstattungsansprüche, die als Sicherungsmittel eingesetzt werden sollen, so ist die Bescheinigung Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten. Den Steuerberater trifft die Pflicht, in dem Testat bzw. der Bescheinigung hinreichend deutlich zu machen, wie weit ein Vertrauensschutz geht und welche Unterlagen er eingesehen hat bzw. ihm nicht vorlagen.

Tatbestand:

Die Klägerin war die kreditgebende Bank der Firma G. GmbH (nachfolgend Firma G. GmbH) aus B. Der Beklagte war der steuerliche Berater der Firma G. GmbH. In dieser Eigenschaft hat er für die Gesellschaft alle maßgeblichen steuerlichen Belange unter Einschluß der Abgabe der Umsatzsteuer-Jahreserklärungen wahrgenommen und betreut.

Im Frühjahr 1990 benötigte die Firma G. GmbH zur Fortführung des Betriebes weitere Kreditmittel in Höhe von mindestens 85.000,00 DM. Dazu war die Klägerin nur gegen weitere Sicherungsmittel bereit. Ende April 1990 gewährte die Klägerin der Firma G. GmbH einen weiteren Kredit in Höhe von 85.000,00 DM mit Rücksicht auf folgende Bescheinigung des Beklagten als Steuerberater:

„Sehr geehrter Herr G.,

wunschgemäß bestätige ich Ihnen, daß aufgrund der Umsatzsteuer-Jahreserklärung für das Kalenderjahr 1988 ein Steuerguthaben beim Finanzamt H. in Höhe von rd. 112.TDM besteht. Dieses Guthaben gelangt jedoch erst nach einer Umsatzsteuersonderprüfung zur Auszahlung.

Steuerrückstände der G. GmbH bestehen meines Wissens zur Zeit nicht.“

Mit Beschluß des Amtsgerichts H. v. 19.2.1991 wurde der Antrag der Firma G. GmbH auf Konkursöffnung mangels Masse abgelehnt.

Das Finanzamt teilte der Klägerin im Mai 1990 mit, daß ein Steuerrückerstattungsanspruch der Firma G. GmbH nicht bestehe. Im Spätherbst 1990 trat daraufhin die Klägerin an die Eheleute G. heran, um diese zu veranlassen, die Verbindlichkeiten der Firma G. GmbH als eigene Verbindlichkeiten zu übernehmen. Dazu waren die Eheleute G. schließlich bereit, die noch zwei Einzelfirmen betrieben.

Die Klägerin hat behauptet, die der Firma G. GmbH zusätzlich eingeräumte Kredite von 85.000,00 DM seien bislang nicht zurückgezahlt worden. Auch die Eheleute G. seien dazu bislang nicht in der Lage gewesen. Der endgültige Schaden könne noch nicht beziffert werden, da noch nicht abzusehen sei, inwieweit die Kredite durch die persönliche Verpflichtung der Eheleute G. in Zukunft abgedeckt werden könnten.

Die Klägerin hat beantragt,

festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihr den Schaden zu ersetzen, der ihr aus der Gewährung eines Kontokorrentkredites von mindestens 85.000,00 DM an die Firma G.

GmbH in B. entstanden sei oder künftig entstehen werden.

Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat jegliche Haftung in Abrede gestellt und dazu die Auffassung vertreten, daß er für die unrichtige Bestätigung nicht zu haften habe, da der Buchhalter der Firma G. GmbH, der Zeuge D., seiner Steuergehilfin, der Zeugin K., die unrichtige Auskunft gegeben habe, daß die in einer bestimmten Spalte angegebenen Rechnungsbeträge noch die Umsatzsteuer beinhalteten, während sie tatsächlich als Nettobeträge eingebucht waren. Ihn bzw. der Zeugin K. könne kein Verschulden treffen, da es nicht seine Aufgabe gewesen sei, die Rechnungen und Belege der Firma G. GmbH nachzuprüfen. Diese habe die Buchführungsarbeiten selbst durchgeführt und dem Beklagten lediglich die Saldenlisten übersandt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und ausgeführt, die Beweisaufnahme habe nicht ergeben, daß den Beklagten ein Verschulden hinsichtlich der objektiv unrichtigen Bescheinigung angelastet werden könne. Es wird insoweit auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen.

Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin, die weiterhin der Ansicht ist, daß der Beklagte für die von ihm erstellte unrichtige Bescheinigung in vollem Umfang zu haften habe.

Er (der Beklagte) behauptet weiterhin, daß der Zeuge D. seiner Mitarbeiterin K. falsche Angaben gemacht habe und nur darauf die unrichtige Bescheinigung zurückzuführen sei. Er, der Beklagte, habe damals nochmals wegen der Bruttobeträge und dem Abzug der Mehrwertsteuer bei der Firma G. GmbH angerufen und der Zeuge D. habe auch ihm gegenüber bestätigt, daß die in der betreffenden Spalte aufgeführten Rechnungsbeträge die Mehrwertsteuer noch enthielten. Im übrigen ist der Beklagte der Ansicht, daß sich aus der Bescheinigung v. 23.4.1990 kein Vertrauenstatbestand zugunsten der Klägerin ergebe. In der Bescheinigung sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, daß noch eine Umsatzsteuersonderprüfung

stattfinde, so daß die Klägerin damit habe rechnen müssen, daß unter Umständen kein Anspruch bestehe. Hilfsweise beruft sich der Beklagte auf ein Mitverschulden der Klägerin, da sie sich die unrichtigen Angaben der Firma G. GmbH bzw. ihres Buchhalters D. als eigenes Verschulden mitanrechnen lassen müsse. Bei einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sei es allgemein anerkannt, daß der Dritte nicht mehr Rechte aus dem Vertrag herleiten könne als der Vertragspartner selbst.

Aus den Gründen:

Die Berufung der Klägerin ist begründet. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Feststellung zu, daß der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der dieser aus der Gewährung eines Kredites von 85.000,00 DM an die Firma G. GmbH entstanden ist oder künftig entstehen wird.

Ein Feststellungsinteresse für die erhobene Feststellungsklage hat die Klägerin hinreichend im Sinne des § 256 ZPO dargetan. Die Klägerin macht geltend, daß sie der Firma G. GmbH mit Rücksicht auf die falsche Erklärung des Beklagten einen zusätzlichen Kredit von 85.000,00 DM gewährt habe, der durch weitere Sicherheiten der Firma G. GmbH nicht abgesichert sei. Aus diesem Grund sei zu befürchten, daß wegen des Vermögensverfalls der Firma G. GmbH ein Schaden in Höhe von 85.000,00 DM zuzüglich Zinsen entstehe. Daran ändere auch nicht der Umstand, daß die Eheleute G. sich persönlich gegenüber der Klägerin verpflichtet hätten, auch für die Verbindlichkeiten der Firma G. GmbH aufzukommen, denn bislang seien keine Zahlungen auf den gewährten Kredit erfolgt.

Ob dieser von der Klägerin dargelegte Schadenersatzanspruch tatsächlich gegeben ist, gehört zur Klärung nicht in den Bereich der Zulässigkeit der Feststellungsklage, sondern deren Begründetheit (vgl. *BGH MDR 1972, 123; OLG Hamm, FamRZ 85, 953; OLG Karlsruhe NJW-RR 1988, 252; Baumbach-Hartmann, ZPO, 49. Aufl., § 256, 3, D*).

Die Feststellungsklage ist auch begründet. Zu Recht geht das Landgericht in dem angefoch-

tenen Urteil davon aus, daß ein **Steuerberater sich aufgrund eines Steuerberatungsvertrages mit seinen Mandanten auch gegenüber Dritten schadenersatzpflichtig machen kann, wenn der Dritte typischerweise mit der Leistung des Steuerberaters in Berührung kommt und für den Steuerberater erkennbar ist, daß der Dritte zu dem Kreis der geschützten Dritten gehört, die aufgrund der besonderen Vertrauensstellung des Steuerberaters auf die Richtigkeit seiner Erklärungen vertrauen darf.**

Die Klägerin gehört als Bank zu dem Kreis der geschützten Dritten, da der Firma G. GmbH aufgrund der von dem Beklagten ausgestellten Bescheinigung vom 23. 4. 1990 Kredite gewährt werden sollten. Unstreitig waren der Firma G. GmbH bereits vorher erhebliche Kredite von der Klägerin gewährt worden und nach den glaubhaften Bekundungen des Zeugen G. in erster Instanz war dem Beklagten bei Ausstellung der Bescheinigung vom 23. 4. 1990 bekannt, daß die Firma G. GmbH weitere Kredite benötigte und die Klägerin diese Kredite durch Abtretung der zu erwartenden Umsatzsteuerrückerstattungsansprüche abgesichert haben wollte.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß die Klägerin die der Firma G. GmbH kurzfristig gewährten Kredite von insgesamt 85.000,00 DM nur aufgrund der Bestätigungserklärung des Beklagten eingeräumt hat. Der Inhalt dieses Bestätigungsschreibens war objektiv unrichtig. Davon geht auch das Landgericht in dem angefochtenen Urteil zu Recht aus. Tatsächlich stand der Firma G. GmbH kein Rückerstattungsanspruch in Höhe von 112.000,00 DM zu.

Die dem Beklagten zuzurechnende Pflichtwidrigkeit ist darin zu sehen, daß er in der von ihm ausgestellten Bescheinigung vom 23. 4. 1990 ausdrücklich bestätigt, daß aufgrund der Umsatzsteuerjahreserklärung für das Kalenderjahr 1988 ein Steuerguthaben beim Finanzamt in Höhe von rd. 112.000,00 DM besteht, **ohne darauf hinzuweisen, daß ihm die eigentlichen Rechnungen und Unterlagen, aus denen sich der Umsatzsteuerrückerstattungsanspruch ergeben soll, überhaupt nicht vorgelegen haben und er seine Bestätigung**

lediglich auf ungeprüften telefonischen Angaben eines Angestellten der Firma G. GmbH abgegeben habe.

In diesem Zusammenhang ist unbedeutend, ob nach der Behauptung des Beklagten der Zeuge D. die unrichtigen Angaben nicht nur gegenüber der Zeugin K., sondern auch ihm, dem Beklagten, gegenüber abgegeben hat.

Soweit das Landgericht in dem angefochtenen Urteil ausführt, ein **Verschulden** des Beklagten sei nicht bewiesen, kann dem nicht gefolgt werden. **In analoger Anwendung des § 282 BGB hat der Steuerberater darzulegen und zu beweisen, daß die Pflichtwidrigkeit, die in der abgegebenen unrichtigen Bescheinigung zu sehen ist, nicht von ihm zu vertreten ist.** Insoweit hat der Beklagte sich nicht entlastet.

Selbst wenn man zugunsten des Beklagten davon ausgeht, daß der Zeuge D. der Zeugin K. bzw. ihm gegenüber zu Unrecht erklärt hat, daß die in der Buchhaltung aufgeführten Beträge noch die Mehrwertsteuer enthielten, so hätte der Beklagte, wie bereits ausgeführt, **in jedem Fall in seiner Bescheinigung zum Ausdruck bringen müssen, daß seine Bestätigung allein auf den telefonischen Angaben des Zeugen D. beruht und er weder die Rechnungen noch die sonstigen Unterlagen eingesehen habe.** Es erübrigt sich daher, auf die Glaubwürdigkeit der Aussage der Zeugin K. näher einzugehen und auf die Bedenken der Klägerin, die sich daraus ergeben, daß die Zeugin K. die von ihr errechneten Nettobeträge nur in der Bilanz 1988 für die Firma G. GmbH und nicht auch in den entsprechenden Aufstellungen der Einzelfirmen der Eheleute G. berücksichtigt hat. Unerheblich ist daher auch die weitere Frage, ob sich ein Verschulden des Beklagten auch daraus herleiten ließe, daß ein großer Teil der angegebenen Beträge – so die Behauptung der Klägerin – sich auf Forderungen der Einzelfirmen der Eheleute G. gegen die Firma G. GmbH bezogen habe und wegen der Organschaft der Einzelfirmen es sich nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG nicht um umsatzsteuerpflichtige Umsätze gehandelt habe und dies der Beklagte hätte erkennen können.

Ein **Mitverschulden** der Klägerin kommt – entgegen der Auffassung des Beklagten – nicht in

Betracht. Die von dem Beklagten angeführten Fundstellen (BGHZ 33, 247 ff., Palandt § 328 BGB Rdnr. 20) sind nicht einschlägig. Es ist zwar richtig, daß bei einem **Vertrag zugunsten eines Dritten** ein Mitverschulden des Vertragspartners grundsätzlich zu berücksichtigen ist, da der Dritte seine Rechte gegen den Schädiger nur aus der Vertragsbeziehung der unmittelbaren Vertragspartner herleitet und es daher folgerichtig ist, **daß ihm keine größeren Rechte zustehen können, als dem unmittelbaren Vertragspartner des Schädigers.** Diese Grundsätze gelten aber nicht für den Fall, daß ein Steuerberater aufgrund seiner besonderen Vertrauensstellung tätig wird und unrichtige Erklärungen bzw. unrichtige Testate abgibt. Anderenfalls könnte ein Kreditgeber auf die Bilanz und die Testate eines Steuerberaters nicht mehr vertrauen, weil er damit rechnen müßte, daß eine Haftung und Verantwortung des Steuerberaters entfällt, wenn auch der Mandant die Unrichtigkeit der Testate und Erklärungen kennt. Insofern ist von Bedeutung, daß im Falle der Haftung eines Steuerberaters aus dem Grundsatz eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter Interessengegensätze zwischen seinem Mandanten und dem Kreditgeber bestehen können, weil der Mandant, der dringend auf Kredite angewiesen ist, ein Interesse hat, unter Umständen Dinge zu verschweigen, die für die Kreditierung von Bedeutung sind. **Gerade aus diesem Interessengegensatz ergibt sich für den Steuerberater die Verpflichtung, in seinem Testat bzw. in entsprechenden Bescheinigungen hinreichend deutlich zu machen, wie weit ein etwaiger Vertrauensschutz geht und welche Unterlagen er eingesehen hat bzw. ihm nicht vorlagen.**

Auch unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens ist es ohne Bedeutung, wenn der Beklagte behauptet, er habe auf die Richtigkeit der telefonischen Erklärungen des Zeugen D. vertrauen können. Im übrigen übersieht der Beklagte, daß es sich bei dem Zeugen D. nicht um einen Bilanzbuchhalter handelte und nach seinem eigenen Vorbringen 113 Umbuchungen vorgenommen werden mußten, weil die Buchführung des Zeugen D. fehlerhaft war. Auch die

Zeugin K. war zum Zeitpunkt des behaupteten Telefongesprächs noch nicht Bilanzbuchhalterin (nach ihrer Aussage erst ab 1.12.1991), so daß sich auch daraus eine Pflicht des Beklagten zur genaueren Überprüfung der Vorgänge ergab.

Unerheblich für ein Mitverschulden der Klägerin ist schließlich auch der Einwand des Beklagten, die Bescheinigung vom 23.4.1990 habe unter dem **Vorbehalt der Umsatzsteuer-sonderprüfung des Finanzamtes gestanden**. Dies ergebe sich deutlich aus dem Text der Bescheinigung vom 23.4.1990. Der Streit der Parteien in diesem Zusammenhang, ob es sich bei diesem Hinweis auf eine Umsatzsteuer-sonderprüfung des Finanzamtes nur um eine Fälligkeitsvoraussetzung handelt oder ob dieser Hinweis auch hinsichtlich der Höhe des Rückerstattungsanspruches von Bedeutung ist, mag dahingestellt bleiben. Wenn ein Steuerberater als Fachmann aufgrund der von ihm vorgenommenen Überprüfungen bestätigt, daß ein Rückerstattungsanspruch in Höhe von rd. 112.000,00 DM besteht, dann kann ein Kreditgeber grundsätzlich davon ausgehen, daß ein solcher Anspruch gegenüber dem Finanzamt auch tatsächlich besteht, es sei denn, daß in der Bescheinigung irgendwelche Einschränkungen gemacht werden. Eine Ungewißheit bestand nach dem Inhalt der Bescheinigung nur wegen des Hinweises „rd.“ 112.000,00 DM. Da die Klägerin bei der Kreditgewährung nicht den vollen Betrag von 112.000,00 DM, sondern nur 85.000,00 DM kreditiert hat, kommt es auf die durch den Hinweis „rd.“ aufgezeigte Toleranz in einer Größenordnung von etwa +/- 5 % nicht an.

Nach den glaubhaften Bekundungen des Zeugen N. war der zusätzlich eingeräumte Kredit von 85.000,00 DM nicht zusätzlich abgesichert. Da das Konkursverfahren über die Firma G. GmbH mangels Masse nicht eröffnet worden ist und nach den Bekundungen des Zeugen N. die Eheleute G. bislang den Kredit von 85.000,00 DM noch nicht abtragen konnten, besteht der Feststellungsanspruch in voller Höhe des eingeräumten Kredites von 85.000,00 DM.

Nichtannahme der Revision durch den BGH, Beschluß v. 1.12.1994 – IX ZR 53/94.

Aus den Gründen:

Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht eine schuldhafte Verletzung der dem Beklagten gegenüber der Klägerin obliegenden vertraglichen Pflichten bejaht. **Ein leichtfertiges Verhalten ist der Klägerin nicht vorzuwerfen.** Es ist nicht ersichtlich, daß im Zeitpunkt der Abtretung der (angeblichen) Umsatzsteuerrückerstattungsforderung an die Klägerin und der Offenlegung dieser Abtretung gegenüber dem Finanzamt Forderungen des Steuerfiskus gegen die G. GmbH bestanden. Auch die Voraussetzungen einer Anfechtbarkeit der als Bardeckung zu wertenden Abtretung für den Fall der Insolvenz sind nicht dargetan. Schließlich hat das Berufungsgericht ein Mitverschulden der Klägerin ohne Rechtsverstoß verneint. Die von der Revision für grundsätzlich gehaltene Frage, ob im Fall eines Vertrages mit Schutzwirkung für einen Dritten diesem ein Verschulden des Hauptvertragspartners gegenüber dem Auskunftgeber – ungeachtet der gegenläufigen Interessen von Drittem und Hauptvertragspartner – als Mitverschulden zuzurechnen ist (*grundsätzlich verneinend MünchKomm-BGB/Gottwald, 3. Aufl. § 328 Rdn. 104 m.w.N.*), kann im Streitfall auf sich beruhen.

Die Ansprüche der Klägerin lassen sich nicht nur aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritten, sondern auch aus einem durch schlüssiges Verhalten zustande gekommenen Auskunftsvertrag zwischen Klägerin und Beklagtem herleiten. Die Bescheinigung war für die Klägerin erkennbar von erheblicher Bedeutung und wurde von ihr zur Grundlage eines wirtschaftlich bedeutsamen Kreditentschlusses gemacht; der Beklagte war als Steuerberater der Klägerin für die Erteilung der Bescheinigung sachkundig und diese durfte als sachlich zuverlässige Auskunft, nicht nur als Mittel einseitiger Wahrnehmung der Interessen der G. GmbH verstanden werden. **Demzufolge ist nach den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und des Verkehrsbedürfnisses davon auszugehen, daß die mit der Bescheinigung erteilte Auskunft Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten sein sollte**

(vgl. BGHZ 7, 371, 374; 74, 103, 106; BGH, Urt. v. 13. 6. 1962 – VIII ZR 235/61, WM 1962, 845, 847 unter C I; v. 5. 7. 1962 – VII ZR 199/60, WM 1962, 1110 unter I 1a; v. 23. 1. 1985 – IVa ZR 66/83, WM 1985, 450, 451 unter I; v. 17. 9. 1985 – VI ZR 73/84, GI 43/85 = WM 1985, 1531, 1532 unter II 1a; v. 19. 3. 1986 – IVa ZR 127/84, WM 1986, 711, 712 unter 4a; auch Jost, *Vertragslose Auskunft- und Beratungshaftung* 1991 S. 105 f). **Jedenfalls als Vertragspartnerin eines eigenständigen Vertrages mit dem Beklagten braucht sich die Klägerin ein Mitverschulden der außerhalb dieser Vertragsbeziehungen stehenden G. GmbH für die Unrichtigkeit der Bescheinigung nicht als Mitverschulden anrechnen zu lassen.**

Steuerberaterhaftung

- Fahrtkostenerstattung
- Pauschalierungsgrenzen für Aushilfen
- Lohnkontenführung
- Anerkenntnis
- Benachrichtigung der Versicherung
(OLG Hamm, Urt. v. 30. 11. 1994 – 25 U 112/93)

Leitsätze (d. Red.):

1. Die Erklärung des Steuerberaters, die Versicherung über eine vermeidbare Steuernachzahlung zu benachrichtigen, stellt kein Anerkenntnis eines Fehlverhaltens dar.

2. Steuerfreie Fahrtkostenerstattungen sind nicht Bestandteil der Lohnkonten, d.h. nicht dort zu verbuchen. Sie sind kein Entgelt für geleistete Arbeit.

3. Wird die Buchführung und Lohnbuchhaltung im Betrieb des Mandanten durch einen Diplom-Betriebswirt erstellt, bedarf es eines besonderen Auftrages an den Steuerberater, wenn dessen Arbeit überprüft werden soll.

Tatbestand:

Die Kläger betreiben in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts häusliche Kranken- und Altenpflege. Zur Erfüllung ihrer Tätigkeit beschäftigen die Kläger zahlreiche geringfügig verdienende Bedienstete, die ohne Lohnsteuerkarte tätig sind.

Der Beklagte war seit wenigstens 1988 Steuerberater der Kläger. Bei der vom Finanzamt B. durchgeführten Lohnsteueraußenprüfung vom 18.12.1991 bis zum 16.1.1992 für die Zeit vom 1.1.1989 bis zum 30.11.1991 stellte sich heraus, daß geringfügig beschäftigten Arbeitnehmern zusätzlich zum Entgelt lohnsteuerpflichtige Fahrgelder gezahlt worden waren. Für dienstliche Fahrten mit dem eigenen Pkw wurde diesen Personen in der Zeit vom 1.2.1990 bis zum 30.9.1991 je gefahrenen Kilometer 0,50 DM steuerfrei ersetzt. Gemäß Abschnitt 38 Abs. 2 Nr. 1 Lohnsteuerrichtlinien betrug die Kilometerpauschale anlässlich von Dienstreisen oder Dienstgängen nur 0,42 DM. Die übersteigenden Beträge (0,08 DM je Kilometer) behandelte das Finanzamt als steuerpflichtigen Arbeitslohn. In zahlreichen Fällen wurden durch die Hinzurechnung des steuerpflichtigen Fahrtkostenersatzes die Pauschalierungsgrenzen des § 40 a Abs. 2 EStG (Monatslohn bis 520,00 DM) überschritten.

Durch Bescheid vom 27.1.1992 wurden die deshalb nachzuzahlenden Lohnsteuern auf 57.334,75 DM festgesetzt. Durch Überschreiten der Geringfügigkeitsgrenzen, die Versicherungsfreiheit in der Sozialversicherung begründen, trat für eine Vielzahl von Beschäftigungsverhältnissen Versicherungspflicht in der Sozialversicherung ein. Durch Bescheid vom 28.4.1992 wurden die Sozialversicherungsbeiträge mit 206.055,60 DM den Klägern nachberechnet. Die Bescheide sind bestandskräftig.

Die nachgezählten Steuern und Sozialversicherungsbeiträge verlangen die Kläger vom Beklagten ersetzt.

Der Beklagte hatte als Steuerberater für die Gesellschaft der Kläger 1988 und 1989 die Jahresabschlüsse und Steuererklärung nach der von ihm gefertigten Buchhaltung erstellt.

Weiter war ihm die Lohnbuchhaltung übertragen. Nachdem im August 1989 der Zeuge K. nach bestandener Prüfung zum Diplom Betriebswirt als Buchhaltungsleiter der Gesellschaft eingestellt worden war, übernahmen die Kläger die Buchhaltung ab 1.1.1990 in eigener Regie. Auch die Lohnbuchhaltung für 1990 wurde von den Klägern übernommen, wurde aber parallel dazu auch im Büro der Beklagten geführt, der für die Aushilfskräfte Lohnlisten erhielt, die nur die Lohnbeträge für die Aushilfskräfte enthielten. Die von den Klägern gezahlten Reisekosten, die nach den zwischen den Klägern und den Aushilfskräften getroffenen Vereinbarungen in der jeweils zulässigen steuerfreien Höhe gezahlt werden sollten, wurden dem Beklagten etwa ab Ende 1989 nicht mitgeteilt. Die Auszahlung der Aushilfslöhne und Kilometerpauschalen erfolgte durch das Büro der Kläger.

Die Kläger halten den Beklagten dafür verantwortlich, daß es ab 1990 zu den erhöhten Reisekostenzahlungen gekommen ist. Sie haben behauptet, der Beklagte habe im Januar 1990 dem Zeugen K. erklärt, die steuerfreie Kilometerpauschale für Dienstreise sei ab dem 1.1.1990 auf 0,50 DM je Kilometer angehoben worden. Nach Unterrichtung durch den Zeugen K. hätten die Kläger dann die Kilometerpauschale auf diesen Betrag angehoben.

Hilfsweise haben sie sich darauf berufen, der Beklagte habe bei Ausführung der ihm noch übertragenden Tätigkeiten die steuerschädliche Höhe der gezahlten Kilometerpauschale bemerken und die Kläger auf den Fehler hinweisen müssen.

Die Kläger haben beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie 263.390,36 DM nebst 11,25% Zinsen seit dem 1.5.1992 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Er hat bestritten, dem Zeugen K. mitgeteilt zu haben, die steuerfreie Kilometerpauschale sei ab 1.1.1990 angehoben worden. Er verweist auf sein aus Anlaß der Steueränderungen für 1990 erstelltes Merkblatt, daß er allen Mandanten

übersandt haben will. In diesem Merkblatt ist angegeben, daß der Pauschbetrag für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte je Entfernungskilometer auf 0,50 DM erhöht ist.

Bei der Erledigung der ihm noch überlassenen Tätigkeiten habe er auch die Auszahlung überhöhter Reisekosten nicht bemerken können. Die Gewinnermittlung für 1990 habe er nach der vorgelegten Buchführung der Kläger unter dem 13.11.1991 erstellt. Die Reisekostenabrechnungen habe er dabei nicht überprüfen müssen und überprüft. Angesichts der Einstellung eines Diplom Betriebswirtes als Buchhaltungsleiter habe er nicht damit rechnen müssen, daß lohnsteuerpflichtige Fahrgelder gezahlt werden könnten, wie dies auch bis Ende 1989 nicht geschehen sei.

Im übrigen hätte der Schaden zum größten Teil vermieden werden können, wenn man auf seine Vorschläge bei der Betriebsprüfung zur Rückbelastung der lohnsteuerpflichtigen Fahrgelder eingegangen wäre.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen K., K., Frau Sch. und Frau S. die Klage abgewiesen, weil nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht bewiesen sei, daß der Beklagte den Klägern die falsche Auskunft erteilt habe, ab 1990 könnten 0,50 DM je Kilometer für dienstliche Fahrten steuerfrei gezahlt werden. Zur Überprüfung der Buchhaltung sei der Beklagte angesichts des ab 1990 eingeschränkten Mandats nicht verpflichtet gewesen.

Hiergegen wenden sich die Kläger mit ihrer Berufung. Sie rügen die Beweiswürdigung des Landgerichts und sind der Auffassung, nach der Aussage des Zeugen K. müsse als bewiesen angesehen werden, daß der Beklagte die unrichtige Auskunft erteilt habe, die Reisekostenerstattung könne ab 1990 auf 0,50 DM je Kilometer angehoben werden.

Im übrigen habe der Beklagte bei der Führung der Lohnkonten im Jahr 1990 die Pflicht gehabt, auch die Reisekostenzahlungen für die Aushilfskräfte zu überprüfen. Dabei hätte er feststellen können, daß nicht mehr steuerfreie Reisekosten gezahlt wurden. Der Beklagte hätte

sich nicht darauf beschränken dürfen, das Lohnkonto nur nach den Sammelisten über die den Aushilfskräften gezahlten Löhne ohne Reisekosten zu führen.

Schließlich hätte der Beklagte jedenfalls bei Erstellung des Jahresabschlusses 1990 die steuerschädliche Zahlung von Reisekosten feststellen müssen, was dazu geführt hätte, daß jedenfalls ab Juni 1991, als dem Beklagten die Unterlagen für die Überschubrechnung 1990 zur Verfügung gestellt waren, auf entsprechenden Hinweis ab dann die Zahlung überhöhter Reisekosten gestoppt hätte werden können.

Die Kläger beantragen,
abändern den Beklagten nach ihrem erstinstanzlichen Antrag zu verurteilen.

Der Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Er bestreitet, den Zeugen K. unzutreffende Informationen über die mögliche Höhe der Kilometerpauschale erteilt zu haben. Im übrigen ist der Beklagte der Auffassung, zur stichprobenweisen Prüfung der Reisekostenvergütung nicht verpflichtet gewesen zu sein. Im Jahre 1989, als ihm noch die Buchführung übertragen war, seien die Reisekosten korrekt und einwandfrei abgerechnet worden. Anlaß für eine Überprüfung in der Folgezeit habe er auch deshalb nicht gehabt, weil die Kläger ab 1989 den Zeugen K. als besonders qualifizierte Kraft als Leiter des kaufmännischen Bereichs der Gesellschaft eingestellt hätte.

Die Fahrtkostenerstattungen seien kein Arbeitslohn und deshalb auch nicht in den Lohnkonten zu buchen gewesen. Sie seien auch bei den Klägern auf besonderen Konten als „freiwillige Sozialaufwendungen“ erfaßt worden.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Kläger hat keinen Erfolg. Mit Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen, weil nicht festgestellt werden kann, daß der Beklagte dem Zeugen K. als Leiter des kaufmännischen Betriebes der Kläger die Auskunft erteilt hat, ab 1990 könnten 0,50 DM je Kilometer für dienstliche Fahrten steuerfrei gezahlt werden.

Zwar hat der Zeuge K. bei seiner erneuten Vernehmung vor dem Senat bekundet, er habe vor der Anhebung der Reisekostenvergütung von dem Beklagten die Mitteilung erhalten, daß die steuerfreien Kilometerpauschale auf 0,52 DM angehoben worden sei. Hieraus vermag der Senat aber im Zusammenhang mit den Gesamtumständen des Sachverhalts nicht die Überzeugung zu gewinnen, daß diese Aussage richtig ist. Zum einen hat der Zeuge weiter bekundet, daß er **nicht mehr wisse, wie er diese Mitteilung erhalten habe**, insbesondere ob die Mitteilung in einer **Besprechung oder fernmündlich** erfolgt sei. Zum anderen ist die Pauschale erst zum 1.10.1991 auf 0,52 DM je Kilometer erhöht worden. Soweit die Zeugin Sch. bekundet hat, sie sei damals davon ausgegangen, daß der Zeuge K. die Mitteilung bei einer Besprechung des Zeugen mit dem Beklagten in der Küche erhalten habe, bei der sie nicht anwesend war, vermag das den Senat nicht von der Richtigkeit der Aussage des Zeugen K. zu überzeugen.

Die Zweifel des Senats werden dadurch verstärkt, daß der Beklagte **in einem Merkblatt eine Übersicht über die wichtigsten Änderungen des Steuerreformänderungsgesetzes, die ab 1.1.1990 zu beachten waren, für seine Mandanten gefertigt hatte**. Das Merkblatt enthielt unter I. 7. die Änderung der Lohnpauschalierung bei Teilzeitbeschäftigten ohne Hinweis darauf, daß der Reisekostenpauschbetrag erhöht war. Lediglich unter III. des Merkblattes wurde darauf hingewiesen, daß der Pauschbetrag für Fahrten zwischen Arbeitsstätte und Wohnung für Arbeitnehmer auf 0,50 DM je Kilometer angehoben war. Auch wenn die Kläger das Merkblatt nicht erhalten haben wollen, **zeigt es doch, welche Steueränderungen zum 1.1.1990 der Beklagte für wichtig hielt und daß hierzu eine Anhebung des Pauschbetrages für Dienstreisen nicht gehörte**. Berücksichtigt man weiter, daß der Beklagte als Steuerberater der Kläger die Buchhaltung 1988 für die Kläger eingerichtet und bis 1989 geführt hatte und auch die steuerfreien Pauschbeträge für Dienstreisen mit 0,40 DM richtig angesetzt hatte, so vermag der Senat nicht festzustellen, daß bei sonst zutreffender Beratung den Beklagten ein

solcher Fehler wie vom Zeugen behauptet, unterlaufen ist.

Soweit nach der erstinstanzlichen Bekundung der Zeugin S. der Beklagte im Rahmen der Betriebsprüfung Ende 1991 bei einem Gespräch über die festgestellte Überzahlung der Reisekosten seine Verantwortung nicht bestritten haben soll und erklärt habe, **er wolle seine Versicherung benachrichtigen**, kann aus dieser Erklärung **kein Anerkenntnis** eines Fehlverhaltens entnommen werden, daß die Zweifel an der Richtigkeit der Aussage des Zeugen K. so entkräftet, daß hiernach die behauptete falsche Auskunft vom Senat festgestellt werden könnte.

Dem Beklagten kann auch nicht als Pflichtverletzung vorgeworfen werden, daß er bei der **parallel zum Büro der Kläger geführten Lohnbuchhaltung nicht die Reisekostenabrechnung geprüft hat**. Dafür bestand kein Anlaß. **Fahrtkostenerstattungen** im Rahmen des § 3 Nr. 16 EStG bzw. Abschnitt 38 Abs. 2 Nr. 1 Lohnsteuerrichtlinien sind kein Entgelt für geleistete Arbeit (*BFH in BSTBL II S. 450*) und deshalb auch **nicht bei den Lohnkonten zu buchen**. So wurde auch bei den Klägern nicht verfahren. Die Fahrtkosten wurden nach den vorgelegten Überschubrechnungen auf besonderen Konto erfaßt. Im übrigen hatte der Beklagte auch deshalb keinen Anlaß zur Überprüfung, weil **die Kläger, die ab 1990 die Buchführung und Lohnbuchhaltung im eigenen Betrieb ausführten, ab 1989 den Zeugen K. als besonders qualifizierte Kraft als Leiter des kaufmännischen Bereichs eingestellt hatten**. Der Zeuge K. hatte nach abgeschlossener Banklehre an der Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie in E. seine Prüfung als Diplom Betriebswirt bestanden. **Zur Überprüfung der Arbeit des Leiters des kaufmännischen Bereichs hätte es eines besonderen Auftrags an den Beklagten bedurft**, der nicht behauptet ist. Die parallele Führung der Lohnkonten erfolgte, weil man unstreitig sich gegen Fehler im EDV-Bereich absichern wollte, nicht aber weil man die Arbeit der kaufmännischen Leitung überprüfen wollte.

Nach alledem kann somit wegen Fehlens einer für den eingetretenen Schaden kausalen Pflicht

verletzung des Beklagten der Klage nicht entprochen werden.

Verzögerte Betriebsaufgabe

- Entgangener Freibetrag, § 16 IV EStG
- Verjährung des Schadenersatzanspruchs, § 68 StBerG

(LG Aachen, Urt.v. 11. 5. 1994 – 10 O 369/93, rkr. nach Berufungsrücknahme)

Leitsätze (d. Red.):

1. Verkennt der Steuerberater die Möglichkeit einer Betriebsaufgabe, kann der Mandant Ersatz für die sich durch die Nichtgeltendmachung des Steuerfreibetrages ergebende erhöhte Steuerschuld verlangen. (Steuerfreibetrag § 16 Abs. 4 EStG).

2. Der Schaden entsteht, sobald der Mandant den Altbetrieb aufspaltet und z.B. das Betriebsgrundstück in einen anderen Gewerbebetrieb überführt.

3. Anlaß zur Belehrung über Fehler in den eigenen Arbeiten besteht für den Steuerberater, wenn er aus einem Urteil, einem Schriftsatz oder einem sonstigen Hinweis erkannt hat oder hätte erkennen müssen, daß er für einen Schaden des Mandanten verantwortlich ist.

4. Die Kenntniserlangung von einem bereits entstandenen Schaden in einem späteren Veranlagungsjahr ist für den Beginn der Verjährungsfrist unerheblich.

Zum Sachverhalt:

Die Beklagten waren zumindest von dem Jahre 1979 an bis zum Jahre 1992 als Steuerberater für die Kläger tätig.

Der Kläger – geboren im Jahre 1921 – gab mit Wirkung zum 31.12.1979 seine Einzelhandelsfirma auf und brachte sie, bis auf das Betriebsgrundstück, in die von ihm und seinem Sohn

neugegründete GmbH ein. An der GmbH ist der Kläger seit ihrer Gründung zu 50% beteiligt. Entscheidungen werden in der Gesellschaft von den beiden Gesellschaftern mit einfacher Stimmenmehrheit getroffen.

Das Betriebsgrundstück der Einzelhandelsfirma vermietete der Kläger an die neugegründete GmbH. Er wollte weiterhin als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen sein und das Grundstück an die Kapitalgesellschaft vermieten. In der Folgezeit erstellten die Beklagten bezüglich der Einzelhandelsfirma weiterhin Bilanzen für die steuerliche Behandlung als Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Ab dem Veranlagungszeitraum des Jahres 1986 erstellten die Beklagten dann keine Bilanzen mehr für die Einzelhandelsfirma und gaben gegenüber dem Finanzamt auch keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb mehr an.

Daraufhin nahm die Finanzverwaltung eine Entnahme des Betriebsgrundstückes und der GmbH-Anteile des Klägers an und setzte einen Entnahmegewinn in Höhe von 663.160,- DM. Verhandlungen, die zum Teil auch von den Beklagten geführt wurden, führten schließlich dazu, daß die Finanzverwaltung die GmbH-Anteile von Anfang an als Privatvermögen und das Betriebsgrundstück mit einem Entnahmewert von 200.000,- DM ansetzte. Der entsprechende Steuerbescheid für den Veranlagungszeitraum des Jahres 1986 datiert vom 13. 2. 1989. Rechtskräftig wurde über den Veranlagungszeitraum mit Abhilfebescheid vom 5. 1. 1993 entschieden.

Der Einkommenssteuerbescheid für das Veranlagungsjahr 1980 ist 1982 bestandskräftig geworden.

Der Kläger ist der Ansicht, daß die Maßnahme der Beklagten – Vermietung des Betriebsgrundstückes durch einen Gewerbebetrieb – falsch war, da keine sog. „Betriebsaufspaltung“ vorgelegen habe.

Das Betriebsgrundstück seiner Einzelhandelsfirma hätte in sein Privatvermögen überführt und die Mieteinnahmen in der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung geführt werden können. Wäre dies geschehen, hätte er im Jahre

1980 den Steuerfreibetrag des § 16 IV EStG, der damals 120.000,- DM betragen habe, geltend machen können. Dies sei im Jahre 1986 nicht mehr möglich gewesen, da bereits 1979/1980 die wesentlichen Grundlagen der Einzelhandelsfirma auf die GmbH übertragen worden waren. Er habe daher für die Entnahme des Betriebsgrundstückes hinsichtlich des Veranlagungsjahres 1986 27.752,- DM mehr an Steuern zahlen müssen, als er – unter Berücksichtigung des Freibetrages des § 16 IV EStG für den Veranlagungszeitraum 1980 zu zahlen hätte. Die geschehene steuerliche Behandlung sei erfolgt, weil ihm die Beklagten erklärt hätten, es läge ein Fall der sog. „Betriebsaufspaltung“ vor.

Die Kläger beantragen, die Beklagten zu verurteilen, an sie 27.752,- DM nebst 10,5% Zinsen seit dem 5.5.1993 zu zahlen.

Die Beklagten beantragen, die Klage abzuweisen.

Die Beklagten behaupten, sie hätten die Einzelhandelsfirma des Klägers in der Form des „ruhenden Gewerbebetriebs“, der nur noch die Vermietung von Anlagevermögen zum Gegenstand hätte, weitergeführt, weil der Kläger vermeiden wollte, daß bei einer Entnahme des Betriebsgrundstückes der Einzelhandelsfirma die sogenannten „stillen Reserven“ aufgedeckt werden. Der Freibetrag des § 16 IV EStG habe im Jahre 1980 nur 60.000,- DM betragen.

Die Beklagten berufen sich auf die Einrede der Verjährung.

Aus den Gründen:

Die Klage ist unbegründet.

Den Klägern steht gegen die Beklagten kein Anspruch auf Zahlung von Schadenersatz in Höhe von 27.752,- DM aus einer pVV des Steuerberatungsauftrages zu. Wenn jedenfalls ist ein möglicher Weise gegebener Anspruch der Kläger gem. § 68 StBerG verjährt.

Nach § 68 StBerG verjährt der Anspruch des Auftraggebers auf Schadenersatz aus dem zwischen ihm und dem Steuerberater bestehenden Vertragsverhältnis in drei Jahren von dem

Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entsteht. Die Entstehung des Schadenersatzanspruches, die nach dem Gesetz den Lauf der Verjährungsfrist beginnen läßt, ist dann zu bejahen, wenn der Schaden wenigstens dem Grunde nach erwachsen ist. Dann muß und kann der Ablauf der Verjährungsfrist durch Erhebung einer Klage auf Feststellung der Pflicht, den noch nicht bezifferbaren entstandenen Schaden zu ersetzen, unterbrochen werden (vgl. BGHZ 114, 150, 152).

Der **Beginn des Laufes der Verjährungsfrist** liegt hier in dem Zeitpunkt der Bestandskraft des Einkommenssteuerbescheides für das Jahr 1980, spätestens jedoch im Jahre 1989. Nach seinem eigenen Vortrag wollte der Kläger 1979/1980 seine Einzelhandelsfirma aufgeben und das Betriebsgrundstück der Firma als Privatperson an die neu gegründete GmbH vermieten (Einkunftsart Vermietung/Verpachtung). Hierzu sei es nur nicht gekommen, weil die Beklagten ihn fälschlicherweise dahingehend beraten haben, daß ein Fall der sogenannten „Betriebsaufspaltung“ vorliege, weshalb die Einzelfirma als sogenannter „ruhender Steuerbetrieb“ (Einkunftsart Gewerbebetrieb) die Vermietung des Betriebsgrundstückes steuerrechtlich weiterführen müsse.

Geht man von diesem Sachvortrag aus, haben die Beklagten die Kläger in der Tat unrichtig beraten und damit ihre Pflicht aus dem Steuerberatungsauftrag verletzt.

Kennzeichnend für eine Betriebsaufspaltung ist nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes, daß eine ihrer Art nach vermögensverwaltende und damit an sich nicht gewerbliche Betätigung, nämlich das Vermieten/Verpachten von Wirtschaftsgütern, durch eine enge sachliche und personelle Verflechtung zwischen dem Vermieter (Besitzunternehmen) und einer gewerblich tätigen Betriebsgesellschaft (Betriebsunternehmen) als Gewerbebetrieb im Sinne von § 15 I S. 1, Nr. 1 II EStG und § 2 I GewStG qualifiziert wird. Als tatbestandliche Voraussetzung ist eine enge sachliche und personelle Verflechtung zwischen verschiedenen Rechtsträgern nötig. Maßgebend für die personelle Verflechtung ist der Grundsatz der sog. „Beherr-

schungsidentität“. Eine Beherrschungsidentität ist aber nur dann gegeben, wenn die fragliche Personengruppe im Besitzunternehmen und in der Betriebsgesellschaft in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft zumindest über die einfache Mehrheit der Anteile oder Stimmen verfügt (vgl. nur Schmidt, EStG, 5. Auflage, § 15 An. 140, 144 a). Dabei werden die Anteile von Eltern und volljährigen Kindern und die Anteile von sonstigen Verwandten nicht zusammengerechnet (vgl. Schmidt, EStG, § 15, Anm. 145).

Damit lagen im Falle der Kläger im Jahre 1980 die Voraussetzungen für die Annahme einer Betriebsaufspaltung mangels Beherrschungsidentität bzw. ausreichender personeller Verflechtung nicht vor. **Daraus folgt, daß der Kläger den Betrieb seines Einzelhandelsunternehmens hätte aufgeben und das Betriebsgrundstück im Jahre 1980 als Privatperson an die GmbH hätte vermieten können** (vgl. nur Schmidt, EStG, § 15, Anm. 46 e). Dann hätte zwar eine Entnahme des Betriebsgrundstücks von der Einzelfirma vorgelegen, hierfür hätte der Kläger aber den Steuerfreibetrag des § 16 IV EStG, dessen Voraussetzungen in der Person des Klägers erfüllt waren und der damals 60.000,- DM betrug, geltend machen können. **Der Kläger begehrt auch den Ersatz der sich durch die Nichtgeltendmachung des Steuerfreibetrages ergebenden erhöhten Steuerschuld. Dieser Schaden war aber schon mit der Bestandskraft des Einkommenssteuerbescheides des Jahres 1980 grundlegend und endgültig angelegt.** Der Steuerfreibetrag des § 16 IV EStG wird nämlich nur gewährt, wenn sich die Entnahme oder Einzelveräußerung aller wesentlichen Betriebsunterlagen (Betriebsaufgabe) in einem „einheitlichen Vorgang“ vollzieht. Ein „einheitlicher Vorgang“ ist aber nicht gegeben, wenn ein Einzelunternehmer – wie hier der Kläger, infolge der von den Beklagten gewählten Veranlagungsmethode – einen Teil der wesentlichen Betriebsgrundlagen seines ganzen Gewerbebetriebes unter Einstellung seiner gewerblichen Tätigkeit in eine Kapitalgesellschaft einbringt, den anderen Teil aber – hier das Betriebsgrundstück – in einen anderen inländischen Gewerbebetrieb überführt (vgl. nur Schmidt, EStG, § 16, Anm.

37, 38). **Folglich konnte der Kläger schon mit der Einbringung des Grundstücks in den sog. „ruhenden Gewerbebetrieb“ den Steuerfreibetrag des § 16 IV EStG nicht mehr geltend machen, was zur Folge hatte, daß der Schaden entstand und die Verjährungsfrist zu laufen begann.** Diese Verjährungsfrist war im Jahr der Klageerhebung (1993) abgelaufen.

Auch eventuelle **Sekundäransprüche** der Kläger sind verjährt. Ein Steuerberater macht sich (erneut) schadenersatzpflichtig und darf sich deshalb nicht auf die Verjährung eines Regreßanspruches berufen, wenn er Pflichten aus einem noch bestehenden Steuerberatungsvertrag vor Verjährung des Regreßanspruches dadurch verletzt, daß er über die Möglichkeit einer eigenen Haftung seinen Mandanten nicht unterrichtet und über die maßgebenden Verjährungsvorschriften nicht belehrt (sogenannte Sekundarhaftung). **Ein Anlaß zur Belehrung besteht insbesondere dann, wenn der Steuerberater aus einem Urteil, einem Schriftsatz oder einem sonstigen Hinweis erkannt hat, daß er für einen Schaden des Mandanten verantwortlich ist** (vgl. BGHZ 114, 150, 157). Dieser Zeitpunkt liegt hier letztmalig im Jahre 1989. Mit dem Bescheid des Finanzamtes vom 13.2.1989 für das Veranlagungsjahr 1986 mußten die Beklagten erkennen, daß ihnen ein Fehler unterlaufen war und den Kläger hierüber aufklären. Die dadurch beginnende erneute dreijährige Verjährungsfrist (vgl. BGHZ 114, 150, 159) ist aber ebenfalls abgelaufen. Im übrigen verjähren Sekundäransprüche spätestens 6 Jahre nach Beginn der Verjährung des Regreßanspruches (vgl. BGHZ 114, 150, 159). Diese Frist war ebenfalls vor Klageerhebung abgelaufen.

Auf den **Zeitpunkt der Rechtskraft des Veranlagungsbescheides für das Jahr 1986** war in dem vorliegenden Fall nicht abzustellen. Der Zeitpunkt der Rechtskraft eines Einkommenssteuerbescheides ist nämlich dann für die Verjährung unerheblich, wenn mit dem Einkommenssteuerbescheid lediglich ein früherer, außerhalb des Prüfungszeitraumes begangener Fehler und der damit verbundene Schaden aufgedeckt werden (vgl. nur BGH NJW 1991, 2831, 2832). So ist die Sachlage aber hier. Der

Schaden der Kläger war in dem Verlängerungsjahr 1986 nicht mehr zu korrigieren. **Der Einkommenssteuerbescheid des Jahres 1986 hat vorliegend lediglich zur Entdeckung des schon früher begangenen Fehlers Anlaß gegeben.** Darin liegt jedoch nichts weiter als die Kenntniserlangung von einem bereits entstandenen Schaden. Diese Kenntniserlangung ist aber für den Beginn der Verjährung des § 68 StBerG unerheblich (vgl. Palandt, BGB, § 198, Rdn. 10).

GI Hinweise

Peter Bilsdorfer, Richter am Finanzgericht und Raimund Weyand, Staatsanwalt, legen im Haufe Verlag eine Übersicht über Probleme einer Betriebsprüfung vor. Die Darstellung ist rechtssprechungs- und praxisorientiert und macht mit den einschlägigen Problemen der Betriebsprüfung vertraut. Es werden die unterschiedlichen Zielvorstellungen der Beteiligten herausgearbeitet und praxisnahe Empfehlungen gegeben.

Zusätzlich auf eine Diskette gespeichert können die Checklisten und Musterschreiben problemlos in die individuelle Textverarbeitung übernommen werden (Bilsdorfer, Weyand, Der Steuerberater in der Betriebsprüfung, Ringordner DIN A4, ISBN 3-448-03088-0, DM 78,-)

Stichwort- und Entscheidungsverzeichnis

(Heft 1 – 6, 1995)

Anerkenntnis	
– Information d. Berufs-Haftpflichtversicherers	95, 131
Anscheinsbeweis	
– Ursachenzusammenhang, haftungsausfüllender	95, 74
Auskunft d. Gerichtes	
– zum Fristenlauf	95, 42
– zur Zuständigkeit	95, 42
Belehrungspflicht d. StB/WP	
– Auftragsinhalt	95, 65
– Beweislast	95, 49

- Dokumentationspflicht?	95, 49	- Telefax	
- über Fehler des Vorberaters	95, 53	= Empfang, Ausdruck	95, 2
- über steuerliche Risiken		= Fristlöschung	95, 2
= vermeidbare Steuern	95, 30	= OK-Vermerk, Sendebericht	95, 117
- relativ sicherster Weg		GmbH	
= Verfassungsmäßigkeit	95, 30	- Geschäftsführergehalt, Frist 1.1.1996	95, 39
- ungefragte -		Grundurteil	
= Auftragsinhalt	95, 65	- Schadenentstehung	95, 21
Berufungsbegründungsfrist		Honoraranspruch d. RA	
- Verlängerungsantrag		- vorzeitige Beendigung des Mandates,	
= pauschale Begründung	95, 20	§ 13 BRAGO	95, 123
Bestandskraft		Honoraranspruch d. StB	
- Wiederholung eines VA	95, 46	- Buchführung	
Betriebsaufgabe		= Überprüfung und Korrektur	95, 35
- verzögerte -	95, 134	- Einnahme-Überschußrechnung,	
Beweislast		§ 25 StBGebV	
- Fehlberatung	95, 49	= Prüfung und Korrektur d. Buchführung,	
- Kausalität		§ 25 Abs. 2	95, 35
= z. Pflichtverletzung u. Schaden	95, 21, 51	- Fotokopierkosten, § 17 StBGebV	95, 32
Bilanz		- Gebührenrahmen, § 11 StBGebV	
- Dritthaftung	95, 51	= Angabe d. Rahmensatzes?	95, 78
- Testat		= Bestimmungsrecht, Auslagenpauschale	95, 13
= ohne -	95, 51	= Bestimmungsrecht, Festlegung	95, 13
Bilanzveröffentlichung		= Buchführungshonorar	95, 32
- Verletzung d. allgem. Persönlichkeitsrechts	95, 39	= Höchstsatz	95, 78
Buchführungsauftrag		= Lohnbuchhaltung	95, 32
- Datenerfassung		- Kassenbuch	95, 11
= durch Mandanten, Dipl.-Betriebsw.	95, 131	- nach Kündigung	95, 80
- Mandantenpflichten		- Lohnbuchhaltung, § 34 StBGebV	
= fehlerhaftes Kassenbuch	95, 13	= Sozialversicherungsträger	95, 32
Darlegungslast/Regreßanspruch		- Pauschalgebühr, § 14 StBGebV	
- Schaden		= unwirksame Vereinbarung	95, 11
= Umsatzsteueroption	95, 35	- Unkostenpauschale, § 19 StBGebV	
Dokumentationspflicht?		= verschiedene Angelegenheiten	95, 12
- über Belehrung	95, 49	= jeder Buchungsmonat	95, 32
Dritthaftung		- Zeithonorar	
- stillschweigender Auskunftsvertrag		= Angaben, § 13 StBGebV	95, 12
= Bescheinigung ü. Steuererstattung	95, 126	= Führung des Kassenbuchs	95, 11
- Bilanz		= Sonderarbeiten, § 33 Abs. 7 StBGebV	95, 11
= ohne Testat	95, 51	Kassenbuch	
- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter		- Scheckverwendung	95, 13
= Kreditgeber	95, 126	- Vergütung, Zeitgebühr?	95, 11
= Testat	95, 126	Kausalität	
Fachanwalt		- Beweislast: siehe dort	
- besondere Kenntnisse	95, 121	- Fehler des zweiten RA/Mitverschulden	95, 3
- Erfolgsquote Klausuren	95, 121	- zwischen Pflichtwidrigkeit und Schaden	
Fristenkontrolle		= Anscheinsbeweis	95, 74
- Ausgangskontrolle, Fristenkontrollbuch		- Schutzzweck	
= dezentrale -	95, 43	= der Beratungspflicht	95, 75
- Fristausnutzung	95, 94	- Unterbrechung der -	95, 3
- Fristenkontrollbuch		Kenntnis d. Steuerrechts	
= Telefax	95, 2	- Zeitschriften	
= Vorfristnotierung	95, 25	= BStBl = DStR = EFG	95, 15
- Fristüberwachung durch RA		Konkursverwalter	
= Auskunft d. Geschäftsstelle	95, 42	- Unternehmensfortführung,	
- Fristversäumnis, unverschuldete -		Versicherungsschutz	95, 20
= Falschadressierung, Auszubildender	95, 90	- Vorsteuerabzug	
= Postbeförderung, neue Bundesländer	95, 42	= Eigentumsvorbehaltsware	95, 39
- Information an Mandanten		Lohnbuchhaltung	
= Einspruchsentscheidung	95, 42	- Fahrtkostenerstattung, steuerfrei	95, 131
= Rückfrage beim Mandanten?	95, 42	Lohnsteuerhilfverein	
- Postannahme beim Mandanten		- Mitunternehmereinkünfte	95, 64
= Verlust d. Niederlegungsscheins	95, 44	Mandatsniederlegung	
		- rechtswidrige Weisung	95, 124

Mitarbeiter d. StB, WP, RA		Steuerberatungsvertrag	
– Scheckweiterleitung durch –	95, 17	– Inhalt d. –	95, 65
Mitverschulden		– Laufzeit d. –	95, 80
– fehlerhaftes Kassenbuch	95, 13	– Jahreshonorar	95, 80
– Zeitablauf	95, 30	– Nachbesserungsrecht	95, 17
– Zurechnung d. Verschuldens d. zweiten RA	95, 3	– Pflicht z. Steuerzahlung?	95, 26
Nachbesserung		Steuergesetze	
– Recht d. StB	95, 17	– Verfassungswidrigkeit	95, 30
– nach Wechsel d. StB	95, 17	Steuerhaftung	
Nichtzulassungsbeschwerde		– d. GmbH-Geschäftsführers	95, 100
– durch Steuerberatungs-GmbH	95, 2	Steuerschuld	
Notar		– Zahlung d. –	
– Amtspflicht		– = Verantwortungsbereich d. StB?	95, 26
– = zukünftiger Erbe	95, 104	Steuerzahlung	
– Belehrungspflichten		– durch Steuerberater?	95, 17
– = Erschließungskosten	95, 55	Telefax	
– Rechtsmittel, unterlassenes		– Ausdruck im Empfangsgerät	95, 2
– = Erinnerungen, Mahnungen	95, 104	– Fristlöschung	95, 2
– Schutzbereich des/§19 BNotO	95, 104	– Zugangsnachweis	
– Tätigwerden, unverzügliches	95, 104	– = OK-Vermerk, Sendebericht	95, 117
Parteierrat, §356 StGB		Treuhänder	
– Sozietät, Mandatsbeschränkung	95, 77	– Verjährung von Regreßansprüchen	95, 10
– Strafsache	95, 64	Umsatzsteuer	
– Vollmacht, Auslegung d. –	95, 77	– Optionsschaden	95, 35
Praxiswert		– Pachtumlagen, Schaden	95, 91
– Nutzungsdauer	95, 2	Unterschrift	
– Sozietätsgründung	95, 90	– PKH-Antrag	95, 2
– Übertragung des –	95, 2	Urkundenprozeß	
Prozeßkostenhilfe		– Aktenbeiziehung	95, 21
– Unterschrift	95, 2	– Beschleunigungsinteresse	95, 21
Prozeßvergleich		Verdeckte Gewinnausschüttung	
– Widerruf	95, 93	– Fehlbuchungen, Scheckverwendung	95, 13
– Wiedereinsetzung?	95, 95	– Selbstkontrahierungsverbot	95, 39
Prozeßvollmacht		Verfassungsmäßigkeit	
– Widerruf, Vertretungsbefugnis	95, 90	– d. Steuergesetze	95, 30
Prüfungspflicht		Vergleichsverwalter	
– ungefragte –		– Honorarschuldner f. Bilanz?	95, 102
– = Auftragsinhalt	95, 65	Verjährung (§51 BRAO)	
Rechtsanwalt		– Sekundäranspruch	
– Beratungspflichten		– = neuer RA	95, 29
– = Beseitigung d. Erbrechts, §1933 BGB	95, 58	– Verjährungsbeginn	
– = Erbvertrag, Rücktritt vom –	95, 58	– = Fristablauf	95, 3, 27
– = Verjährungsprüfung	95, 16	– = Kosten d. Vorprozesses	95, 28
– = Werkvertrag, Nichterfüllung	95, 69	– = Wiedereinsetzung	95, 28
– Urkundenprozeß		Verjährung (§68 StBerG, §51a WPO)	
– = Beschleunigungsinteresse	95, 21	– Bautreuhänder	95, 10
Rechtsberatung/Rechtsbesorgung		– Belehrungspflicht über eigene Fehler und	
– Geschäftsmäßigkeit	95, 64	– und Verjährungsvorschrift, Sekundäranspruch	
– durch Verbandsvertreter, Amtsgericht	95, 90	– = Anlaß für –	95, 134
Schaden		– Verjährungsbeginn	
– Kalkulationsschaden, USt	95, 37	– = Betriebsaufgabe, verzögerte	95, 134
– Pachtnebenkosten, USt	95, 91	– = Fristablauf	95, 3
– unrechtmäßiger Vermögensvorteil	95, 82	Verletzung d. allgem. Persönlichkeitsrechts	
– Zinsschaden/abstrakte Berechnung	95, 30	– Bilanzveröffentlichung	95, 39
Steuerberaterprüfung		Versicherungsschutz	
– berufspraktische Vorbildung	95, 90	– Konkursverwalter	95, 20
Steuerberatungsgesetz		Versorgungswerk, Rechtsanwälte	
– §36		– Pflichtmitgliedschaft	
– Buchhalter	95, 90	– = geringfügige Beschäftigung	95, 64
StB-GmbH		Verwaltungsakt	
– ausländische	95, 64	– Wiederholung eines –	95, 46

Vollmacht		BGH v. 16.6.1994 – V ZB 12/94	95, 42
– Auslegung d. –	95, 77	= NJW 1994, 2299	
		= VersR 1995, 237	
Weisung d. Mandanten			
– Bindung?	95, 49	BGH v. 16.6.1994 – I ZR 66/92	95, 116
– unsachgemäße –	95, 124	BGH v. 6.7.1994 – VIII ZB 26/94	95, 25
		= NJW 1994, 2551	
Widerruf		= VersR 1994, 1325	
– Prozeßvergleich	95, 93		
Wiedereinsetzung		BGH v. 6.7.1994 – VIII ZB 12/94	95, 76
– Antrag		= NJW 1995, 533	
= Frist d. –	95, 76	= VersR 1995, 362	
– Glaubhaftmachung	95, 20	BGH v. 11.7.1994 – AnwZ (B) 3/94	95, 121
– bei Prozeßvergleich?	95, 95	BGH v. 13.7.1994 – IV ZR 294/93	95, 58
		= NJW 1995, 51	
Wintergeld		BGH v. 14.7.1994 – VII ZB 7/94	95, 90
– Ausschußfrist	95, 42	= NJW 1994, 2958	
Zinsschaden		BGH v. 14.7.1994 – IX ZR 204/93	95, 3
– abstrakte Berechnung	95, 30	= NJW 1994, 2882	
		= WM 1994, 2162	
Zustellung		= BB 1994, 1961	
– Empfangsvollmacht		= DStR 1994, 1748	
= Beendigung der –	95, 42	BGH v. 27.9.1994 – XI ZB 9/94	95, 43
= Treu und Glauben über –	95, 98	= NJW 1994, 3235	
– durch Mitteilung über Niederlegung		BGH v. 20.10.1994 – IX ZR 116/93	95, 70
= Verlust der –	95, 45	= NJW 1995, 449	
		= WM 1995, 398	
		= VersR 1995, 212	
		BGH v. 17.11.1994 – VII ZB 12/94	95, 98
		= NJW 1995, 533	
		= VersR 1995, 362	
		BGH v. 1.12.1994 – IX ZR 131/94	95, 93
		= NJW 1995, 521	
		= VersR 1995, 297	
		BGH v. 7.12.1994 – VIII ZR 153/93	95, 117
	95, 9	BGH v. 26.1.1995 – IX ZR 10/94	95, 65
		= NJW 1995, 958	
		= DB 1995, 624	
		= MDR 1995, 416	
BGH v. 16.12.1993 – IX ZR 30/93	95, 91		
= WM 1994, 602			
= NJW-RR 1994, 535			
= VersR 1994, 824			
BGH v. 8.2.1994 – VI ZR 286/93	95, 39		
= wistra 1994, 301			
= NJW 1994, 1281			
= VersR 1994, 570			
= DStR 1994, 733			
BGH v. 2.3.1994 – VIII ZR 14/93	95, 9		
= NJW 1994, 1864 = WM 1994, 1076			
= VersR 1994, 949			
BGH v. 24.3.1994 – I ZB 1/94	95, 20		
= NJW 1994, 1878			
BGH v. 28.4.1994 – IX ZR 161/93	95, 55	OLG Düsseldorf v. 2.12.1993 – 13 U 25/93	95, 13
= NJW 94, 2283 = WM 94, 1673		OLG Düsseldorf v. 20.1.1994 – 13 U 102/93	95, 11
= VersR 94, 1310 = BB 94, 1958		OLG Düsseldorf v. 16.6.1994 – 13 U 177/93	95, 80
BGH v. 29.4.1994 – VZR 62/93	95, 2	OLG Düsseldorf v. 16.6.1994 – 13 U 207/93	95, 32
= NJW 1994, 1879 = VersR 94, 1494		OLG Düsseldorf v. 21.7.1994 – 13 U 196/94	95, 102
BGH v. 4.5.1994 – XII ZB 21/94	95, 2	OLG Düsseldorf v. 21.7.1994 – 13 U 220/93	95, 100
= NJW 1994, 2097		OLG Frankfurt v. 6.10.1993 – 17 U 222/92	95, 20
BGH v. 26.5.1994 – III ZB 11/94	95, 42	= VersR 1994, 1175	
= VersR 1995, 71		OLG Frankfurt v. 13.10.1993 – 21 U 145/92	95, 17
= MDR 1994, 1250		OLG Frankfurt v. 19.5.1994 – 26 U 134/93	95, 27
BGH v. 7.6.1994 – 5 StR 85/94	95, 77	OLG Hamm v. 2.2.1994 – 25 U 96/93	95, 126
= BGHSt 40, 188		OLG Hamm v. 9.3.1994 – 32 U 135/93	95, 90
= NJW 1994, 2302		OLG Hamm v. 27.5.1994 – 25 U 171/93	95, 51
BGH v. 9.6.1994 – IX ZR 125/93	95, 21	OLG Hamm v. 1.6.1994 – 25 U 196/93	95, 53
= BGHZ 126, 217		OLG Hamm v. 22.6.1994 – 25 U 125/93	95, 35
= NJW 1994, 3295		OLG Hamm v. 29.6.1994 – 25 U 61/93	95, 30
= VersR 1994, 1231		OLG Hamm v. 30.11.1994 – 25 U 112/93	95, 131
BGH v. 15.6.1994 – IV ZB 6/94	95, 44		
= NJW 1994, 2898			
= VersR 1995, 73			
= BB 1994, 1815			

OLG Karlsruhe v. 8.3.1994 – 3 U 45/93	95, 123	Hess. FG v. 16.3.1994 – 4 V 277/94 – rkr. = EFG 1994, 681	95, 39
OLG Köln v. 1.12.1993 – 11 U 78/93	95, 17		
OLG Köln v. 29.4.1994 – 19 U 201/93	95, 16		
OLG Köln v. 1.6.1994 – 11 U 244/93 = StB 94, 425	95, 49	LAG Düsseldorf v. 23.12.1993 – 12 (11) SA 1657/93 = VersR 1994, 1208	95, 20
OLG Köln v. 26.8.1994 – 19 U 246/93	95, 78		
OLG Köln v. 24.11.1994 – 7 U 204/93, n.rkr.	95, 104	Landessozialgericht v. 27.7.1994 – L1 (3) Ar 2593	95, 42
OLG München v. 25.11.1993 – 29 U 1854/93 = RBeistand 94, 93	95, 64		
OLG Oldenburg v. 17.12.1993 – 6 U 165/93 – rkr.	95, 26		
OLG Zweibrücken v. 27.5.1994 – 1 Ss 12/94 = wistra 1994, 311 vgl. in diesem Heft S. 77	95, 64		
LG Aachen v. 11.5.1994 – 10 O 369/93	95, 134		
LG Bielefeld v. 27.9.1994	95, 82		
LG Hamburg v. 26.5.1993 – 326 O 559/92	95, 15		
LG Weiden v. 7.7.1994 – 1 O 340/94 – n.rkr.	95, 37		
FG Berlin v. 7.6.1993 – VIII 344/91	95, 42		
FG Hamburg v. 28.9.1993 – III 272/92 – nrkr. = Stbg 1994, 197	95, 64		
FG Hamburg v. 7.10.1993 – II 13/93	95, 46		
BFH v. 22.6.1992 – IV R 125/91 = BFH/NV 94, 553	95, 20		
BFH v. 6.10.1993 – X B 85-86/93 = LEXinform 0119247 = Steuertelex 4525	95, 116		
BFH v. 11.2.1994 – VIII B 83/93 = LEXinform-Dokumentnr. 0119218	95, 2		
BFH v. 24.2.1994 – IV R 33/93 = LEXinform 0119036 = Steuer-Telex 2810	95, 90		
BFH v. 15.3.1994 – XI R 89/92 = BFH/NV 95, 74	95, 39		
BFH v. 30.3.1994 – I R 52/93 = LEXinform-Dokumentnr. 0109695	95, 2		
BFH v. 2.5.1994 – X B 124/93 = BFH/NV 1995, 44	95, 90		
BFH v. 18.5.1994 – I R 111/93 = BStBl 1995, 24	95, 116		
BFH v. 21.6.1994 – VII R 34/92 = LEXinform 0109857 = Steuertelex = BStBl 95 II, 230	95, 116 4526		
BFH v. 7.7.1994 – X B 152/94 = BFH NV 1995, 228	95, 116		
BFH v. 13.10.1994 – VII R 37/94 = BStBl II 1995, 10	95, 64		
BVerwG v. 21.2.1994 – 1 B 19/93 = RBeistand 94, 99	95, 64		