

Gerling Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe

## INHALT:

### GI Aktuell

Seite 2, 23

#### Fristenkontrolle

Seite 3

Wiedereinsetzung / Unzureichende Berufungsbegründung  
(BGH, Urt. v. 13.2.1997 - III ZR 285/95)

#### Wiedereinsetzungsantrag

Seite 6

Antragsfrist / Unvollständiger Sachvortrag  
(BGH, Beschl. v. 27.2.1997 - I ZB 50/96))

#### Dritthaftung / Prüfungsauftrag

Seite 8

Nichtannahme der Revision gegen OLG Stuttgart  
(BGH, Beschl. v. 28.5.1997 - III ZR 277/95)

#### Beratungsauftrag

Seite 9

Beschränkter Auftrag / Hinzuziehung zu Bankgespräch  
Vorteilsausgleichung  
(OLG Hamm, Urt. v. 15.5.1996 - 25 U 54/95)

#### Steuerberaterhaftung

Seite 12

Fristausnutzung / Zinsverluste  
(OLG Hamm, Urt. v. 8.11.1996 - 25 U 188/95)

#### Steuerberaterhonorar

Seite 16

Freier Mitarbeiter / Wettbewerbsverbot  
(OLG Hamm, Urt. v. 15.11.1995 - 25 U 157/94)

#### Fristenkontrolle

Seite 19

Unmißverständliche Weisung an Boten  
(BGH, Beschl. v. 12.8.1997 - VI ZB 22/97)

#### Fristenkontrolle

Seite 20

Sozietät / Friststreichung ohne Aktenprüfung  
(BGH, Beschl. v. 10.7.1997 - IX ZB 57/97)

#### Postausgangsfach

Seite 22

Büroorganisation / Fristenkontrolle  
(BGH, Beschl. v. 9.9.1997 - IX ZB 80/97)

#### GI Leitsätze

Seite 24

#### GI Hinweise

Seite 25



## GI Aktuell

### BFH: Kosten für eine künstliche Befruchtung bei Empfängnisunfähigkeit der Ehefrau können steuerlich abziehbar sein

Kosten für medizinische Maßnahmen, durch die eine Krankheit geheilt oder ihre Folgen gelindert werden sollen, sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) als außergewöhnliche Belastung nach § 33 des Einkommensteuergesetzes steuermindernd zu berücksichtigen. Dabei wird die Notwendigkeit und Angemessenheit der Behandlung, die von einem Arzt oder von einer sonstigen zur Ausübung der Heilkunde befugten Person vorgenommen oder verordnet wird, grundsätzlich unterstellt.

Der BFH hatte jetzt die Frage zu entscheiden, ob auch Kosten einer homologen künstlichen Befruchtung, also eines ärztlichen Eingriffs, durch den bei einer Frau unter Verwendung von Sperma ihres Ehemannes mittels ärztlicher Kunst eine Schwangerschaft eingeleitet wird, eine außergewöhnliche Belastung darstellen können. Der BFH hat diese Frage in dem Urteil vom 18.6.1997 – III R 84/96 bei einer aus biologischen Gründen empfängnisunfähigen Frau bejaht. Deren Aufwendungen seien steuerlich zu berücksichtigen, soweit die Kosten nicht von der Krankenkasse zu tragen sind. Denn die Empfängnisunfähigkeit einer verheirateten Frau stelle eine Krankheit dar mit der Folge, auf natürlichem Wege nicht schwanger werden zu können. Diese Folge werde überwunden, indem eine Schwangerschaft durch künstliche Befruchtung eingeleitet wird. Eine solche künstliche Befruchtung, die einem Ehepaar zu einem gemeinsamen Kind verhelfen solle, erfülle daher die Merkmale einer Heilbehandlung im Sinne der Rechtsprechung des BFH zu § 33 des Einkommensteuergesetzes.

Der BFH betont, daß diese steuerrechtliche Bewertung auch aufgrund des Artikels 2 Absatz 1 des Grundgesetzes (Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit) in Verbindung mit Artikel 6 Absatz 1 des Grundgesetzes (Schutz der Ehe) geboten sei. Der BFH hat die im Streitfall nicht entscheidungserhebliche Frage offen gelassen, ob auch die Kosten einer sog. heterologen Befruchtung (künstliche Befruchtung einer nicht verheirateten Frau oder Befruchtung unter Verwendung von Sperma eines anderen als des Ehemannes) als außergewöhnliche Belastung anzusehen wären.

Das Urteil wird in Kürze veröffentlicht werden. (Pressemitteilung d. BFH v. 27.11.1997, Nr. 16)

### BFH: Bei langfristiger Vermietung von Wohneigentum regelmäßig keine steuerlich unbeachtliche Liebhaberei

Bei der Vermietung von Wohneigentum übersteigen die Aufwendungen häufig zunächst jahrelang die dabei erzielten Einnahmen. Es entstehen sog. Werbungskostenüberschüsse bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung, die steuermindernd geltend gemacht werden können. Voraussetzung hierfür ist jedoch, daß der Steuerpflichtige beabsichtigt, letztlich einen Einnahmeüberschuß zu erwirtschaften. Das heißt, daß es sich mit aller Wahrscheinlichkeit bei der Vermietung nicht um eine sog. Liebhaberei handelt, die den Abzug von Werbungskostenüberschüssen ausschließt. Die Abgrenzung zwischen bestehender Einkunfts-erzielungsabsicht einerseits und Liebhaberei andererseits führt bei langjährigen Werbungskostenüberschüssen häufig zu Streitigkeiten zwischen Finanzamt und Steuerpflichtigem.

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat nunmehr mit Urteil vom 30.9.1997 – IX R 80/94 im Interesse der Streitvermeidung die Gewichte zugunsten des Steuerpflichtigen verschoben. Danach ist bei einer auf Dauer angelegten Vermietungstätigkeit grundsätzlich davon auszugehen, daß der Steuerpflichtige auch dann letztlich einen Einnahmeüberschuß erwirtschaften will, wenn sich über längere Zeiträume Werbungskostenüberschüsse ergeben. Die Entscheidung betraf einen Fall, in dem der Kläger aus der Vermietung einer Eigentumswohnung an seine Schwiegermutter für mehrere Jahre Werbungskostenüberschüsse erzielt hat.

Das Urteil hat zur Folge, daß das Finanzamt künftig die **Einkunftserzielungsabsicht** des Vermieters nur dann in Frage stellen kann, wenn besondere Umstände vorliegen, die darauf schließen lassen, daß dieser trotz der langfristigen Vermietung ausnahmsweise nicht einen Einnahmeüberschuß erzielen will. Solche besonderen Umstände sind beispielsweise die **Vermietung einer Ferienwohnung**, die **Beteiligung an einem Mietkaufmodell** oder an einem **Bauherrenmodell mit Rückkaufangebot oder Verkaufsgarantie**. Ausdrücklich weist der BFH jedoch darauf hin, daß die Überschusserzielungsabsicht nicht allein dadurch in Zweifel gezogen werden kann, daß der Steuerpflichtige an **Angehörige vermietet**.

Das Urteil wird demnächst veröffentlicht werden. (Pressemitteilung d. BFH v. 10.12.1997, Nr. 17)

## Fristenkontrolle

- Wiedereinsetzung
- Unzureichende Berufungsbegründung  
(BGH, Urt. v. 13.2.1997 - III ZR 285/95)

### Leitsätze:

1. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann nicht zur Ergänzung einer innerhalb der Berufungsbegründungsfrist wirksam eingereichten, jedoch inhaltlich (teilweise) unzureichenden Berufungsbegründung gewährt werden.
2. Zur Frage, ob in einem solchen Fall die Geltendmachung von Restitutionsgründen durch den Berufungskläger dazu führen kann, daß auch noch nach dem Ablauf der Berufungsbegründungsfrist vorgenommene Ergänzungen der Berufungsbegründung Berücksichtigung finden.

### Zum Sachverhalt:

Durch Vertrag vom 30.10.1992 erteilte die Beklagte dem Kläger den Auftrag zum Verkauf eines Anwesens in D., wofür sie eine Maklerprovision von 3 % zuzüglich Mehrwertsteuer aus dem Nettverkaufspreis versprach. Ende 1992/Anfang 1993 kaufte Dr. W. das Objekt für einen Preis von 13 Mio. DM, der auch die bauliche Sanierung umfaßte.

Mit der Behauptung, er habe den Verkauf des Objekts vermittelt, hat der Kläger die Beklagte auf Zahlung der Verkäuferprovision von (390.000 DM + 15 % MwSt. =) 448.500 DM in Anspruch genommen. Darüber hinaus hat der Kläger von der Beklagten die Zahlung einer gleich hohen sog. Außenprovision (Käuferprovision) verlangt.

Die Beklagte hat im Prozeß zunächst - bis kurz vor Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht - nicht bestritten, daß der Verkauf des Objekts an Dr. W. durch Vermittlung des Klägers zustande kam, jedoch den Standpunkt vertreten, die Verkäuferprovision sei der Höhe nach allenfalls nach dem „Nettokaufpreis“ von 8 Mio. DM für das Anwesen im nicht sanierten Zustand zu berechnen. Einen Anspruch des Klägers auf eine Käuferprovision hat die Beklagte in Abrede gestellt.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung beider Provisionen (897.000 DM abzüglich insgesamt gezahlter 15.000 DM) verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zum Betrag von 276.000 DM (Teilbetrag der Verkäuferprovision: 3 % von 8 Mio. DM = 240.000 DM zuzüglich 15 %

MwSt.) wegen Fehlens einer darauf bezogenen Berufungsbegründung als unzulässig verworfen und - unter Abweisung der Klage wegen der Käuferprovision - die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung des restlichen Teils der Verkäuferprovision (448.500 DM - 276.000 DM = 172.500 DM) im wesentlichen sachlich bestätigt; dabei hat es das erstmalige Bestreiten einer für den Kaufabschluß ursächlichen Vermittlungstätigkeit des Klägers durch die Beklagte in der Berufungsverhandlung als verspätet zurückgewiesen. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage insgesamt.

### Aus den Gründen:

Die Revision hat teilweise Erfolg. Sie ist unbegründet, soweit sie die Verwerfung der Berufung der Beklagten zum Teilbetrag von 276.000 DM aus der vom Kläger geltend gemachten Verkäuferprovision (gemeint ist: abzüglich der von der Beklagten bereits geleisteten Zahlungen in Höhe von 4.000 DM und weiterer 11.000 DM) als unzulässig bekämpft. Dagegen dringt sie mit ihren Angriffen durch, soweit das Berufungsgericht die Berufung der Beklagten gegen ihre Verurteilung zur Zahlung eines weiteren Teilbetrages auf die Verkäuferprovision (in Höhe von 172.500 DM) durch Sachurteil zurückgewiesen hat.

### I.

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht ausgesprochen - und hiergegen wendet sich die Revision im Ansatz auch nicht -, daß die (uneingeschränkt eingelegte) Berufung der Beklagten gegen ihre Verurteilung zur Zahlung von 897.000 DM (abzüglich bereits geleisteter Zahlungen der Beklagten) in Höhe von 276.000 DM (Verkäuferprovision berechnet nach einem auf 8 Mio. DM als „Nettokaufpreis“ begrenzten Betrag) mangels hinreichender Begründung des Rechtsmittels insoweit unzulässig war (§§ 519 Abs. 3 Nr. 2, 519 b Abs. 1 ZPO). Die **Berufungsbegründung muß konkret auf den Streitstand des angefochtenen Urteils zugeschnitten erkennen lassen, aus welchen Gründen das Urteil in rechtlicher und/oder tatsächlicher Hinsicht unrichtig sein soll** (vgl. etwa aus letzter Zeit BGH, Urt. v. 9.3.1995 - IX ZR 142/94, NJW 1995, 1559, und IX ZR 143/94, NJW 1995, 1560; Zöller/Gummer, ZPO 20. Aufl., § 519 Rdn. 33 ff.). Bei einer umfassenden Anfechtung muß die Berufungsbegründung das gesamte Urteil in Frage stellen. Daran fehlt es, soweit bezüglich quantitativ abgegrenzter Teile des Streitgegenstandes kein konkreter Angriff erfolgt, es sei denn, es wird wenigstens eine den gesamten

Anspruch durchgehend erfassende Rüge erhoben (zu letzterem vgl. BGH, Urt. v. 8.4.1991 – II ZR 35/90, NJW-RR 1991, 1186, 1187). Andernfalls ist die Berufung für den nicht begründeten Teil unzulässig.

Vorliegend hat das Berufungsgericht zu Recht einen begründeten Angriff der Beklagten gegen die vom Landgericht angenommene Berechtigung der vom Kläger in Anspruch genommenen Verkäuferprovision dem Grunde nach und zur Höhe, soweit sie nicht über 276.000 DM hinausging, vermisst; die Beklagte hat sich nach dem gesamten Zusammenhang ihrer Berufungsbegründung, wie auch die Revision nicht in Abrede stellt, nur dagegen verwahrt, daß das Landgericht der Berechnung der Verkäuferprovision des Klägers einen Kaufpreis von 13 Mio. DM – statt von der Beklagten hingenommener 8 Mio. DM – zugrunde gelegt hatte.

2. Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte die Berufung der Beklagten gleichwohl nicht in dem dargestellten Umfang als unzulässig verwerfen dürfen. Die Beklagte habe nämlich durch ihr Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vom 13.10.1995 vor dem Berufungsgericht ihre unzureichende Berufungsbegründung ergänzt und diese Ergänzung hätte, da die Voraussetzungen für eine Restitutionsklage gemäß § 580 Nr. 4 ZPO vorgelegen hätten, nicht als verfristet behandelt werden dürfen. Mit dieser Rüge bezieht sich die Revision darauf, daß der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten im Anschluß an entsprechende Äußerungen des zu einem anderen Beweisthema (Komplex „Käuferprovision“) geladenen, jedoch nicht erschienenen Zeugen Dr. W. in einem Telefax vom 11.10.1995 an das Berufungsgericht kurz vor Schluß der mündlichen Verhandlung erstmals das Vorliegen der Voraussetzungen eines Maklerlohnanspruchs des Klägers, namentlich der Kausalität der Bemühungen des Klägers für den Abschluß des Kaufvertrages mit Dr. W., bestritten und beantragt hat, Dr. W. als Zeugen dazu zu vernehmen, daß er nicht durch den Kläger vermittelt worden sei, sondern durch eine andere Firma aus B., und daß er nicht bei Verhandlungen über einen Kaufvertrag mit dem Kläger von der Firma K. oder deren Mitarbeiter B. vertreten worden sei.

Erst durch das besagte Telefax des Dr. W., führt die Revision an, habe die Beklagte Kenntnis davon erlangt, daß nicht der Kläger, sondern eine andere Firma das Objekt vermittelt habe. Bis dahin habe die Beklagte an der Richtigkeit des Vortrags des Klägers nicht gezweifelt, der – von Prozeßbeginn an wissentlich wahrheitswidrig – behauptet habe, den Kunden Dr. W. vermittelt zu haben.

Damit dringt die Revision nicht durch.

a) Zunächst fragt sich, ob das neue, nach dem äußeren Zusammenhang durch das Telefax des Zeugen Dr. W. an das Berufungsgericht ausgelöste Verteidigungsvorbringen der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht als eine Ergänzung der Berufungsbegründung im Sinne einer teilweisen „Nachholung“ derselben, der Sache nach verbunden mit dem Begehren auf (teilweise) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen (teilweiser) Versäumung der Berufungsbegründungsfrist (§§ 233, 236 ZPO), hätte Beachtung finden müssen. Das ist zu verneinen.

aa) Offenbleiben kann, ob die von dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten in der mündlichen Verhandlung abgegebenen Erklärungen in Richtung einer derartigen Prozeßhandlung auslegbar waren und ob sie den dafür erforderlichen Formerfordernissen genügten (vgl. §§ 519 Abs. 2, 297 Abs. 1, 162 Abs. 1 ZPO) bzw. etwaige Formmängel insoweit gemäß § 295 ZPO heilbar waren (vgl. Zöller/Greger, ZPO 20. Aufl., § 297 Rdn. 7).

bb) Für eine (teilweise) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand war hier schon aus anderen Gründen kein Raum. Dieses Rechtsinstitut setzt die Versäumung einer gesetzlichen Frist voraus. Von der Versäumung der hier in Rede stehenden Frist zur Begründung der Berufung (§ 233 ZPO) kann aber nach der nächstliegenden Bedeutung des Gesetzeswortlauts und aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit – bei hinreichender Berücksichtigung der schutzwürdigen Belange der Gegenpartei – nur die Rede sein, wenn die rechtzeitige – und wirksame (vgl. etwa BGH, Beschl. v. 2.5.1962 – V ZB 10, 11/62, NJW 1962, 1248) – Einreichung der Berufungsbegründung als solche unterblieben ist.

Für das Revisionsverfahren hat schon das Reichsgericht ausgeführt, daß zu unterscheiden ist zwischen der Einhaltung der Frist für die Revisionsbegründung und der nachträglichen Geltendmachung einzelner Revisionsrügen; für letzteres sei eine Wiedereinsetzung nicht zu gewähren (RGZ 121, 5 f). Dem schließt der Senat sich an (ebenso BAG AP Nr. 18, 20 zu § 72 ArbGG; BAG, NJW 1962, 2030; BVerwGE 28, 18; BFHE 122, 34 = DB 1977, 1684; vgl. auch die – die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist zur Nachholung von Verfahrensrügen jedenfalls im Grundsatz ablehnende – Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Revision in Strafsachen: BGHSt 1, 44; 14, 330; 17, 14; BGH, Beschl. v. 7.9.1993 – 5 StR 162/93, wistra 1993, 347; aus dem Schrifttum für den Bereich des Zivilprozesses

haben sich der höchstrichterlichen Rechtsprechung angeschlossen: Baumbach/Hartmann, ZPO 55. Aufl., § 233 Rdn. 3; Zimmermann, ZPO 4. Aufl., § 554 Rdn. 9; Zöller/Greger, a.a.O., § 233 Rdn. 9; Zöller/Gummer, a.a.O., § 518 Rdn. 37; a.A. Stein/Jonas/Grunsky, ZPO 21. Aufl., § 554 Rdn. 22; AK-Ankermann, § 554 Rdn. 10; Thomas/Putzo, ZPO 19. Aufl., § 519 Rdn. 16; ders. § 554 Rdn. 15; Pentz, ZZP 76 [1963], 183).

Der tragende Gedanke dieser Rechtsprechung, daß das Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht dazu da ist, inhaltliche Unvollständigkeiten einer an sich fristgerecht eingereichten Rechtsmittelbegründung zu heilen, gilt auch für den Fall, daß die Berufungsbegründung mit inhaltlichen Mängeln versehen ist, die bis zum Ablauf der Berufungsbegründungsfrist nicht beseitigt worden sind und zur (teilweisen) Unzulässigkeit der Berufung führen. Insoweit läßt sich angesichts der eindeutigen Begrenzung der Vorschriften über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf die Versäumung der Frist für bestimmte Prozeßhandlungen oder deren Begründung (als ganze) auch keine Ausnahme für Unvollständigkeiten der Berufungsbegründung der Art machen, daß – wie hier – bestimmte, quantitativ abgegrenzte Teile des Streitstoffes des angefochtenen Urteils überhaupt nicht begründet angegriffen worden sind; die einheitliche Berufungsbegründung läßt sich unter dem Gesichtspunkt, ob sie rechtzeitig erfolgt ist, nicht in einzelne, auf unterschiedliche Teile des Streitgegenstandes bezogene „Berufungsbegründungen“ aufteilen.

b) In dem Vorbringen der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht lag auch nicht, wie die Revision meint, unter dem Gesichtspunkt eines Restitutionsgrundes ein der teilweisen Verwerfung der Berufung der Beklagten als unzulässig entgegenstehendes Hindernis.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine Partei – und muß gegebenenfalls im Blick auf § 582 ZPO (vgl. etwa BGH, Urt. v. 4.6.1958 – IV ZR 3/58, LM-ZPO § 515 Nr. 10) – einen Restitutionsgrund, insbesondere auch den des Vorliegens einer strafbaren Handlung der Gegenpartei nach § 580 Nr. 4 ZPO, bereits im anhängigen Rechtsstreit geltend machen. So kann beispielsweise der Berufungskläger, der die Berufung zurückgenommen hat, seine Rücknahmeerklärung widerrufen, wenn diese vom Prozeßgegner durch vorsätzliche Täuschung veranlaßt worden ist (vgl. BGHZ 5, 299; 12, 284; 33, 73; Senatsbeschl. v. 16.5.1991 – III ZB 1/91, NJW 1991, 2839). Bei wirksamem Widerruf der Rechtsmittelrücknahme kommt wegen der möglicherweise zwischenzeitlich verstrichenen Beru-

fungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht (vgl. BGHZ 33, 73).

Der auf eine vom Prozeßgegner begangene strafbare Handlung gestützte Widerruf der Rücknahme der Berufung kann allerdings im Hinblick auf § 581 Abs. 1 ZPO nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, solange wegen der behaupteten strafbaren Handlung ein Strafverfahren zwar möglich, aber noch nicht durchgeführt ist (BGHZ 5, 299, 302; 12, 284; 33, 73, 75). Davon bleibt aber unberührt, daß in solchen Fällen das Berufungsgericht als Tatsacheninstanz den laufenden Rechtsstreit nach § 149 ZPO aussetzen kann, bis ein Strafverfahren gegen die von der erhobenen (beweisbaren) Beschuldigung des Prozeßgegners betroffene Partei durchgeführt ist (BGHZ 33, 73, 75 f; Stein/Jonas/Leipold, a.a.O., vor § 128 Rdn. 226; Zöller/Gummer, a.a.O., § 515 Rdn. 10).

bb) Nach diesen Grundsätzen mag es naheliegen, daß auch dann, wenn – wie hier – die innerhalb der Berufungsbegründungsfrist eingegangene Berufungsbegründung inhaltlich (teilweise) unzureichend und deshalb die Berufung nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist an sich (teilweise) unzulässig, das Rechtsmittel insoweit aber noch nicht vom Berufungsgericht als unzulässig verworfen worden ist, der Berufungsführer noch im laufenden Berufungsverfahren den Restitutionsgrund des § 580 Nr. 4 ZPO geltend machen kann, indem er beispielsweise (beweisbar) vorträgt, zu der unzureichenden Berufungsbegründung durch vorsätzlich falschen Prozeßvortrag des Prozeßgegners veranlaßt worden zu sein, und zugleich seine bisher unzureichende Berufungsbegründung vervollständigt.

Ein solches Vorbringen des Berufungsführers könnte zur Folge haben, daß das Berufungsgericht von da ab die Berufung nicht mehr ohne weiteres als unzulässig verwerfen darf, sondern in eine Art inzidentes „Restitutionsverfahren“ – möglicherweise in Verbindung mit einer Aussetzung des Verfahrens gemäß § 149 ZPO – einzutreten und im Falle der Bejahung des geltend gemachten Restitutionsgrundes die Berufung unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich vervollständigten Berufungsbegründung als (insgesamt) zulässig zu behandeln hat.

Diese Fragen brauchen hier indessen nicht weiter vertieft zu werden. Denn Anhaltspunkte dafür, daß die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht den Restitutionsgrund des § 580 Nr. 4 ZPO geltend gemacht oder wenigstens den – substantiierten und beweisbaren – Vorwurf

einer konkreten strafbaren Handlung des Klägers – im Sinne eines zumindest versuchten (vorsätzlichen) Prozeßbetruges – erhoben hat, sind nicht ersichtlich.

## II.

Im Rahmen der sachlichen Prüfung desjenigen Teils der dem Kläger durch das Landgericht zugesprochenen Verkäuferprovision, den die Beklagte in zulässiger Weise mit der Berufung angegriffen hat (448.500 DM – 276.000 DM – 172.500 DM), hat das Berufungsgericht das erstmalige Bestreiten einer für den Verkauf des Objekts in D. an Dr. W. ursächlichen Vermittlung durch den Kläger seitens der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht als verspätet zurückgewiesen (§§ 527, 296 Abs. 1 ZPO). Dies hält den Angriffen der Revision im Ergebnis nicht stand.

Soweit das Berufungsgericht die Verspätung, die sich schon daraus ergab, daß die Beklagte das in Rede stehende Verteidigungsmittel nicht innerhalb der Berufungsbegründungsfrist vorbrachte, als nicht genügend entschuldigt (§ 296 Abs. 1 ZPO) angesehen hat, spricht allerdings einiges für die Richtigkeit der Würdigung des Berufungsgerichts, nach dem damaligen Stand des Verfahrens hätte es auf Seiten der Beklagten der gebotenen prozessualen Sorgfalt entsprochen, eine für den Kaufvertragsabschluß mit Dr. W. ursächliche Vermittler-tätigkeit des Klägers schon in der Berufungsbegründung allgemein – zumindest mit Nichtwissen – zu bestreiten. Im Ergebnis kommt es darauf aber nicht an. Denn die weitere Annahme des Berufungsgerichts, eine Zulassung des verspäteten Vorbringens (Bestreitens) der Beklagten führe zu einer Verzögerung des Rechtsstreits, weil es andernfalls „der Vernehmung des Zeugen Dr. W. zu den Umständen der Anbahnung des Hauptvertrages, gegebenenfalls auch noch der Erhebung weiterer vom Kläger anzutretender Beweise“ bedürfe, beruht auf einem Verfahrensfehler.

Zu einer sicheren Voraussicht über den notwendigen weiteren Gang des Verfahrens im Falle einer Zulassung des neuen Vorbringens der Beklagten wäre das Berufungsgericht nämlich erst nach einer Stellungnahme des für seinen Anspruch auf eine Vermittlungsprovision grundsätzlich darlegungs- und beweispflichtigen Klägers in der Lage gewesen. Das Bestreiten der Beklagten gab dem Kläger Veranlassung, seinen Vortrag, er habe den Abschluß des Kaufvertrags mit Dr. W. vermittelt, nunmehr zu substantiieren. **Daß der (persönlich anwesende) Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht auf das neue Vorbrin-**

**gen der Beklagten im einzelnen sachlich erwidert oder eine Frist zur Erklärung (§ 283 ZPO) beantragt hat, ist nicht ersichtlich. Der Gegner der verspätet vortragenden Partei hat aber nicht das Recht, durch Verweigerung jeder – selbst einer nachgereichten – Einlassung das Gericht zu zwingen, von dem verspäteten Vorbringen keine Kenntnis zu nehmen und dieses gemäß § 296 ZPO zurückzuweisen** (BGHZ 94, 195, 214; BGH, Urt. v. 24.4.1985 – VIII ZR 95/84, NJW 1985, 1539, 1543, und v. 26.11.1984 – VIII ZR 217/83, NJW 1985, 1556, 1558; vgl. auch BVerfG, NJW 1989, 705; 1992, 2144; Zöller/Greger, a.a.O., § 283 Rdn. 3; ders. § 296 Rdn. 15 f; Zöller/Gummer, a.a.O., § 527 Rdn. 18).

Das mit der Einräumung einer Erklärungsfrist verbundene Ansetzen eines anschließenden Verkündungstermins stellt für sich genommen keine Verzögerung im Sinne des § 296 ZPO dar (BGHZ 94, 195, 213; BGH, Urt. v. 26.11.1984, a.a.O.; OLG Frankfurt, NJW-RR 1992, 1405; OLG Hamm, NJW-RR 1994, 958).

## Wiedereinsetzungsantrag

- Antragsfrist
- Unvollständiger Sachvortrag  
(BGH, Beschl. v. 27.2.1997 – I ZD 50/96)

### Leitsatz:

**Zur Frage der Berücksichtigung von Tatsachen, die erstmals in der Beschwerde gegen eine die Wiedereinsetzung ablehnende Entscheidung vorgebracht werden.**

### Aus den Gründen:

I. Der Kläger hat mit einem am 3.7.1996 beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz gegen die Versäumung der am 1.7.1996 abgelaufenen Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und die Berufung mit einem am 15.7.1996 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz begründet. Er hat dazu vorgetragen:

In der Kanzlei seiner zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten bestehe die allgemeine Anordnung, nach Eingang der gerichtlichen Berufungseingangsbestätigung die Berufungsbegründungsfrist mit einer einwöchigen Vorfrist in einen Fristenkalender einzutragen. Hierfür sei die Bürovorsteherin M. verantwortlich, die über eine sechseinhalbjährige Berufserfahrung verfüge und ihre Tätigkeit bisher mit großer Zuverlässigkeit aus-

geübt habe. Bei den in regelmäßigen Abständen durchgeführten anwaltlichen Kontrollen habe es keinen Anlaß zu Beanstandungen gegeben. Aus nicht mehr aufzuklärenden Gründen habe Frau M. es entgegen der anwaltlichen Anweisung versäumt, die Berufungsbegründungsfrist im Fristenkalender zu notieren. Seinem Prozeßbevollmächtigten seien die Handakten weder zur Vorfrist noch zum Ablauf derselben vorgelegt worden. Erst anläßlich einer routinemäßigen Überprüfung der laufenden Verfahrensfristen am Abend des 2.7.1996 habe er festgestellt, daß die Eintragung der Berufungsbegründungsfrist im Fristenkalender unterblieben sei. Die Richtigkeit dieses Vorbringens hat der Prozeßbevollmächtigte des Klägers anwaltlich versichert.

Das Berufungsgericht hat den Kläger mit Beschluß vom 27.8.1996 darauf hingewiesen, daß seine Entschuldigung für die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist insofern nicht einleuchte, als die Nichtvorlage der anwaltlichen Handakte zum Ablauf der Berufungsbegründungsfrist am 1.7.1996 und zur einwöchigen Vorfrist am 24.6.1996 geltend gemacht werde, weil seinem Prozeßbevollmächtigten die Gerichtsakten auf dessen schriftliche Bitte hin am 25.6.1996 ausgehändigt worden seien. Der Kläger hat hierzu mit Schriftsatz vom 19.9.1996 Stellung genommen.

Das Berufungsgericht hat den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen und die Berufung des Klägers als unzulässig verworfen.

II. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde ist zulässig; sie hat aber in der Sache keinen Erfolg.

1. Nach § 233 ZPO ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn eine Partei ohne ihr Verschulden an der Einhaltung der Frist gehindert war. Diese Voraussetzung hat das Berufungsgericht als nicht erfüllt angesehen, da den Prozeßbevollmächtigten des Klägers ein Verschulden an der Fristversäumung treffe, das sich der Kläger zurechnen lassen müsse (§ 85 Abs. 2 ZPO). Der Kläger habe nicht hinreichend dargelegt, daß sein Prozeßbevollmächtigter nicht durch Einsichtnahme in die Gerichtsakten auf den Fristablauf aufmerksam geworden sei oder dadurch nicht zumindest hätte aufmerksam werden müssen. Seinem Prozeßbevollmächtigten sei Einsicht in die Gerichtsakten durch deren Überlassung in die Kanzleiräume gewährt worden; die Akten seien am 25.6.1996 bei Gericht abgeholt worden. Es entspreche dem normalen Verlauf der Dinge, daß die Akten nach Eingang in der Kanzlei dem Prozeßbevollmächtigten vorgelegt werden, weil ein anderer Zweck für die beantragte

Akteneinsicht nicht ersichtlich sei. Wenn dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers am 25.6.1996 oder an einem der Folgetage die Gerichtsakten vorgelegt worden seien, müsse von ihm verlangt werden, daß er sich durch einen Blick auf das in den Akten befindliche Original der Berufungsschrift mit dem gerichtlichen Eingangsstempel Gewißheit über den Ablauf der Berufungsbegründungsfrist verschaffe. Ein Verzicht hierauf sei fahrlässig gewesen.

2. a) Diese Beurteilung hält einer Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht hat mit Recht maßgebend darauf abgehoben, daß die Gerichtsakten dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist zur Einsichtnahme vorgelegen haben. Aufgrund des Hinweises in dem Beschluß vom 27.8.1996 mußte der Kläger annehmen, daß das Berufungsgericht diesen Sachverhalt bei der Entscheidung über das Wiedereinsetzungsgesuch zugrunde legt, wenn er sich nicht gegenteilig äußert. Das ist indes nicht geschehen. Denn in seinem Schriftsatz vom 19.9.1996 hat er lediglich vorgetragen, das Akteneinsichtsgesuch sei seinem Prozeßbevollmächtigten ohne die Handakten zur Unterschrift vorgelegt worden. Dagegen hat er nicht behauptet, seinem Prozeßbevollmächtigten hätten auch die Gerichtsakten vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist nicht zur Einsichtnahme vorgelegen.

b) Hinzu kommt, daß der Kläger auch der ihm mitgeteilten Auffassung der Beklagten, bei Vorlage der Gerichtsakten hätte seinem Prozeßbevollmächtigten nach einem Blick in die Handakten der bevorstehende Fristablauf und die unterlassene Vorlage der Handakten zum Ablauf der Vorfrist auffallen müssen, nicht widersprochen hat. Daraus konnte das Berufungsgericht ebenfalls schließen, daß der Prozeßbevollmächtigte des Klägers die Gelegenheit hatte, vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist Einsicht in die Gerichtsakten zu nehmen. Unter diesen Umständen ist der vom Berufungsgericht zugrunde gelegte tatsächliche Ausgangspunkt nicht zu beanstanden.

c) Das gleiche gilt auch für die weitere Beurteilung des Berufungsgerichts, daß Fahrlässigkeit anzunehmen sei, wenn sich der Prozeßbevollmächtigte des Klägers nach Vorlage der Gerichtsakten nicht Gewißheit über den Ablauf der Berufungsbegründungsfrist verschafft habe. Die Pflicht des Rechtsanwalts zur eigenverantwortlichen Fristenprüfung entsteht, wenn sie sinnvoll sein soll, bereits mit der Vorlage der Akten und nicht erst dann, wenn sich der Rechtsanwalt zu deren Bearbeitung entschließt (vgl. BGH, Beschl. v. 11.12.1991 - VIII ZB

38/91, GI 1992, 238 = NJW 1992, 841; Beschl. v. 6.7.1994 - VIII ZB 12/94, GI 1995, 76 = NJW 1994, 2831, 2832).

Sollten seinem Prozeßbevollmächtigten, wie der Kläger in der Begründung seines Wiedereinsetzungsgesuches geltend gemacht hat, die in seiner Kanzlei geführten Handakten nicht vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist vorgelegt worden sein, hat für ihn gleichwohl Anlaß zur sofortigen eigenverantwortlichen Fristenprüfung bestanden. Denn allein schon anhand der Aktenzeichen der vorgelegten Gerichtsakten war für den Prozeßbevollmächtigten des Klägers unschwer zu erkennen, daß es sich um einen beim Berufungsgericht anhängigen Rechtsstreit handelte. Er mußte deshalb in Erwägung ziehen, daß in dem laufenden Verfahren fristwahrende Prozeßhandlungen vorzunehmen waren.

3. In der Beschwerdeschrift hat der Kläger geltend gemacht, seinem Prozeßbevollmächtigten seien auch die am 25.6.1996 beim Berufungsgericht abgeholten Gerichtsakten nicht vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist vorgelegt worden. Hierbei handelt es sich um **neuen Vortrag** des Klägers. Aus dem Hinweis im Beschluß vom 27.8.1996 ergab sich zweifelstreu, daß das Berufungsgericht der Annahme war, dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers hätten die Gerichtsakten vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist zur Einsichtnahme vorgelegen. In seinem Schriftsatz vom 19.9.1996 ist der Kläger dem nicht entgegengetreten. Er hat lediglich vorgebracht, ihm hätten die Handakten bei Unterzeichnung des Akteneinsichtsgesuches nicht vorgelegen.

Der neue Vortrag des Klägers darf bei der Entscheidung nicht berücksichtigt werden. Zwar kann nach § 570 ZPO eine Beschwerde an sich auch auf neue Tatsachen gestützt werden. Bei einer sofortigen Beschwerde gegen einen die Wiedereinsetzung ablehnenden Beschluß ist das jedoch nicht der Fall. Es ist zu beachten, daß alle Tatsachen, die für die Wiedereinsetzung von Bedeutung sein können, innerhalb der zweiwöchigen Antragsfrist (§ 234 Abs. 1, § 236 Abs. 2 ZPO) vorgetragen werden müssen. Lediglich erkennbar unklare oder ergänzungsbedürftige Angaben, deren Aufklärung nach § 139 ZPO geboten gewesen wäre, dürfen nach Fristablauf erläutert oder vervollständigt werden (vgl. BGH, Beschl. v. 4.5.1994 - XII ZB 21/94, GI 1995, 2 = NJW 1994, 2097, 2098).

Hat das Wiedereinsetzungsgesuch - wie im vorliegenden Fall - bereits eine in sich geschlossene, an sich nicht ergänzungsbedürftig erscheinende Sach-

darstellung enthalten, so kann eine erstmals in der Beschwerdebegründung vorgebrachte neue Tatsache, die für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts von Bedeutung sein kann, nicht mehr berücksichtigt werden (vgl. BGH, Beschl. v. 28.2.1991 - IX ZB 95/90, NJW 1991, 1892). Das gilt um so mehr dann, wenn der Antragsteller vor der Entscheidung über sein Wiedereinsetzungsgesuch noch darauf hingewiesen worden ist, daß die Begründung seines Antrags nicht schlüssig sei und er Gelegenheit hatte, sein Vorbringen zu ergänzen oder richtigzustellen. Danach muß die erstmals in der Beschwerdebegründung aufgestellte Behauptung des Klägers, seinem Prozeßbevollmächtigten hätten auch die Gerichtsakten vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist nicht zur Einsichtnahme vorgelegen, bei der Entscheidung unberücksichtigt bleiben.

## Dritthaftung / Prüfungsauftrag

- Nichtannahme der Revision gegen OLG Stuttgart (BGH, Beschl. v. 28.5.1997 - III ZR 277/95)

### Leitsatz:

Es kann offenbleiben, ob der Prüfungsauftrag einen Schutzbereich zugunsten Dritter eröffnet hat, da ein direktes Beratungsverhältnis besteht.

### Aus den Gründen:

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung (§ 554b ZPO). Die Revision verspricht auch im Endergebnis keinen Erfolg (BVerfGE 54, 277).

Das Oberlandesgericht (dessen Urteil in WPK-Mitt 1995, 222 - m. Anm. Siebert WPK-Mitt 1996, 235 -, in Stbg 1996, 459 und in GI 1996, 71 veröffentlicht ist) hat der Klage im zuerkannten Umfang im Ergebnis ohne Rechtsirrtum stattgegeben. Das im wesentlichen tatrichterlich aufgrund der vom Berufungsgericht durchgeführten Beweisaufnahme gefundene Prozeßergebnis ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Dabei kann dahinstehen, ob die Beklagte der Klägern zum Schadenersatz verpflichtet ist, weil die Kläger - jedenfalls im vorliegenden Einzelfall - in den Schutzbereich des von der Beklagten mit der Gesellschaft abgeschlossenen Prüfungsvertrages einbezogen seien, wie das Berufungsgericht an-



genommen hat (vgl. dazu auch Ebke, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der wirtschaftsprüfenden, steuer- und rechtsberatenden Berufe im internationalen Vergleich, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, H. 223, 1996, S. 23 ff, insbes. auch S. 28/29).

Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen bestand zwischen den Parteien aufgrund eines der Beklagten von den Klägern im eigenen Namen erteilten Auftrags (§ 675 BGB) im Hinblick auf die beabsichtigte Veräußerung der Geschäftsanteile ein Beratungsverhältnis, für dessen nicht ordnungsgemäße Erfüllung die Beklagte den Klägern einzustehen hat.

Von einem den Klägern aufgrund dieser Pflichtverletzung entstandenen Schaden in Höhe von 445.713 DM ist das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausgegangen. Den von der Beklagten erhobenen Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei aus Beweisgründen verworfen. Die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet. Von einer weiteren Begründung wird abgesehen (§ 565a ZPO).

## Beratungsauftrag

- Beschränkter Auftrag
  - Hinzuziehung zu Bankgespräch
  - Vorteilsausgleichung
- (OLG Hamm, Urt. v. 15.5.1996 - 25 U 54/95)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Erhält der Steuerberater einen beschränkten Auftrag, ist er nicht verpflichtet, sonstige Vorgänge, die ihm bei Gelegenheit dieser Tätigkeit bekannt werden, auf steuerliche Fragen zu überprüfen.
2. Wird der Berater zu einem Bankgespräch hinzugezogen, bei dem die Möglichkeit der Liquiditätsbeschaffung für das Unternehmen des Mandanten erörtert wird, so wird der Beratungsauftrag erkennbar erweitert, wenn ihm die Aufgabe zukommt, die steuerlichen Aspekte in die Besprechung einzubringen.
3. Ein Mehrfamilienhaus, das seit mehr als 15 Jahren im Privatvermögen des Mandanten stand, kann auch nach Aufteilung in mehr als drei Eigentumswohnungen veräußert werden, ohne daß eine gewerbliche Tätigkeit vorliegt.

4. Wird wegen unterlassener Aufteilung in Eigentumswohnungen ein entgangener Gewinn als Schaden geltend gemacht, sind die Kosten für die Teilungserklärung nach § 8 WEG und für die Anlegung von Wohnungsgrundbüchern im Wege des Vorteilsausgleichs zu berücksichtigen.

### Zum Sachverhalt:

Im vorliegenden Verfahren begehrt die Klägerin von dem Beklagten, ihrem langjährigen Steuerberater, Schadenersatz wegen einer steuerlichen Falschberatung im Zusammenhang mit dem Verkauf eines 6-Familien-Hauses.

Im Frühjahr 1992 beabsichtigte die Klägerin, ein von ihr 1972/73 errichtetes und ab 1973 an das Bundesvermögensamt für amerikanische Soldaten vermietete 6-Familien-Haus in O., das nun nach Abzug der Amerikaner leerstand, zu veräußern, um den Erlös dem Baugeschäft ihres Ehemannes zugute kommen zu lassen.

Am 23.3.1992 fand im Hause der Klägerin ein Gespräch statt, an dem sowohl sie und ihr Ehemann als auch der Beklagte teilnahmen. Dieses Gespräch diente zunächst dazu, den Jahresabschluß 1991 für das Baugeschäft zu erörtern. Anschließend kamen der Filialleiter der Sparkasse, Herr E., sowie der Notar F. hinzu, um abzuklären, wie dem Baugeschäft weitere Liquidität zugeführt werden könne. Der Beklagte wurde von der Klägerin und ihrem Ehemann gebeten, zu bleiben und auch an diesem Gespräch teilzunehmen. Zur Liquiditätsbeschaffung kam einmal eine Kreditaufnahme durch Absicherung von Grundschulden in Betracht. Insofern war der Notar F. zu dem Gespräch hinzugezogen worden, um gegebenenfalls sogleich die Grundschuldbestellungen zu beurkunden. Eine andere Möglichkeit, der die Eheleute S. zuneigten, bestand in dem Verkauf des zuvor erwähnten Mehrfamilienhauses. Dabei kam die Frage einer Aufteilung des Objektes in Eigentumswohnungen und eine Veräußerung dieser Wohnung anstelle der Veräußerung des Hauses im ganzen auf, zu der sich der Beklagte aus steuerlicher Sicht äußerte, wobei allerdings der Inhalt seiner Erklärung streitig ist.

Schließlich verkaufte die Klägerin das Haus durch notariellen Vertrag vom 20.8.1992 für 687.000 DM en bloc an die Firma B. Die Firma B. teilte das Gebäude in Eigentumswohnungen auf, wobei sie sich einer noch von dem Ehemann der Klägerin beantragten Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 3.6.1992 bediente und veräußerte diese Wohnungen einzeln innerhalb von zwei Monaten weiter.

Die Klägerin hat behauptet: Die Firma B. habe dabei einen Verkaufspreis von 1.700,00 DM/qm erhalten und so bei einer Wohnfläche von insgesamt 500,43 qm einen Mehrerlös von 168.735,30 DM (855.735,30 DM abzüglich 687.000 DM) erzielt. Dieser Gewinn sei ihr, der Klägerin, aufgrund einer Falschberatung des Beklagten entgangen.

Dieser habe nämlich in der Besprechung vom 23.3.1992 davon abgeraten, das Haus in Form einzelner Eigentumswohnungen zu veräußern. Denn dadurch ergebe sich eine Veräußerung von mehr als drei Objekten, was dazu führe, daß die Klägerin und ihr Ehemann steuerlich als gewerbliche Grundstückshändler eingestuft würden. Infolge dieser Auskunft habe sie, die Klägerin, das Haus dann als Ganzes verkauft und so auf die gewinnbringendere Veräußerung von Eigentumswohnungen verzichtet, obwohl der Mitarbeiter der Sparkasse, Herr E., in der Besprechung vom 23.3.1992 ausdrücklich darauf hingewiesen habe, daß sich durch eine Veräußerung in Eigentumswohnungen ein höherer Erlös erzielen lasse. Der Rat des Beklagten aber sei falsch gewesen, da es nach dem einschlägigen Erlaß des Bundesfinanzministers (*BStBl. II 1990, 884*) unerheblich sei, ob ein seit mehreren Jahren gehaltenes Mietobjekt als Ganzes oder (aufgeteilt) in Eigentumswohnungen veräußert werde.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie 168.735,30 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 10.6.1994 zu zahlen. (..)

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat geltend gemacht: Bei dem Gespräch am 23.3.1992 sei es in erster Linie um die Erörterung der Bilanz und anschließend um die Sanierung des Baugeschäftes gegangen. In welcher Form die Sanierung durchgeführt werden sollte, sei jedoch offen geblieben. Die steuerliche Frage im Zusammenhang mit dem Verkauf von Eigentumswohnungen sei nur am Rande erörtert worden. Eine endgültige Auskunft sei von ihm hierzu nicht erbeten worden. Es sei auch keine gutachterliche Stellungnahme verlangt worden. Er habe lediglich dazu erklärt: „Bei einem Verkauf von mehr als 3 Eigentumswohnungen bestehe immer die Gefahr, daß die Finanzverwaltung von einer gewerblichen Tätigkeit ausgehe. Das werde immer sehr sorgfältig im Einzelfall geprüft.“ Dieser Hinweis sei auch berechtigt gewesen, zumal der Ehemann der Beklagten als Architekt und Bauunternehmer tätig gewesen sei. Im übrigen habe die Klägerin gar nicht die Zeit gehabt, das Objekt in Einzelwohnungen aufzuteilen und zu veräußern, sondern sei auf einen schnellen Verkauf im ganzen angewiesen

gewesen, weil die Sparkasse sie hierzu gedrängt habe. Schließlich hat der Beklagte den angegebenen Weiterverkaufspreis der Firma B. bestritten. Die Erzielung eines höheren Erlöses sei allenfalls nach einer umfangreichen Renovierung möglich gewesen.

Das Landgericht hat der Klage nach uneidlicher Vernehmung der Zeugen F. und G. in vollen Umfang stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt: Der Beklagte habe in dem Gespräch vom 23.3.1992 erkennen können, daß bei der Klägerin Beratungsbedarf bezüglich des Verkaufs des Objektes in Eigentumswohnungen bestanden habe. Er hätte sich deshalb nicht auf einen allgemeinen Hinweis beschränken dürfen, sondern hätte entweder einen konkreten Rat erteilen oder zumindest darauf hinweisen müssen, daß er die Sache noch überprüfen müsse. Wäre dies aber geschehen, so wäre die Klägerin darüber aufgeklärt worden, daß ein Verkauf in Eigentumswohnungen steuerlich unschädlich gewesen wäre. Bei einer solchen Veräußerung hätte die Klägerin dann einen Mehrerlös in der angegebenen Höhe erzielen können, wie sich aus der Aussage des Zeugen F. ergebe, der den durchschnittlichen Weiterverkaufspreis ohne Renovierung von 1.700 DM bestätigt habe.

Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der Berufung, um eine Abweisung der Klage zu erreichen. Der Beklagte wiederholt und vertieft sein bisheriges Vorbringen. Insbesondere führt er nochmals aus, daß die steuerlichen Folgen einer Veräußerung in Eigentumswohnungen nur am Rande erörtert worden seien, ohne daß hierzu eine konkrete, abschließende Stellungnahme von ihm verlangt worden sei. Er habe sich deshalb auf den angegebenen allgemeinen Hinweis beschränkt. Es treffe nicht zu, daß er von einer solchen Veräußerung abgeraten habe. In dem Gespräch sei hierüber auch noch keine abschließende Entscheidung getroffen worden. Später sei er hierauf nicht mehr angesprochen worden. Vor diesem Gespräch am 23.3.1996 sei zwar schon die Frage eines Verkaufs des Hauses erörtert worden, allerdings nicht im Zusammenhang mit einer Veräußerung als Eigentumswohnungen, sondern im Zusammenhang mit § 15a des Natotruppenstatuts. (..)

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Auch sie wiederholt und vertieft ihr bisheriges Vorbringen. Ergänzend behauptet sie noch, daß die Frage eines Verkaufs in Eigentumswohnungen bereits 1991 erstmals mit dem Beklagten besprochen worden sei und er schon damals davon abgeraten habe.

**Aus den Gründen:**

Die Berufung des Beklagten ist zulässig, hat aber in der Sache nur in geringem Umfang Erfolg.

Der Beklagte ist aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung verpflichtet, den der Klägerin aufgrund seiner falschen steuerlichen Beratung zum Verkauf des Mehrfamilienhauses in O. entstandenen Schaden in Höhe von 167.413,50 DM zu ersetzen.

Der Beklagte war seit vielen Jahren für die Klägerin und deren Ehemann als Steuerberater tätig und erstellte für diese die Steuererklärungen und Jahresabschlüsse. Der Erörterung eines solchen Jahresabschlusses diente zunächst das Gespräch vom 23.3.1992. Angesichts eines derartigen, auf bestimmte Aufgaben beschränkten Auftrags, ist ein Steuerberater zwar nicht verpflichtet, sonstige Vorgänge, die ihm bei Gelegenheit dieser Tätigkeit bekannt werden, auf steuerliche Fragen zu überprüfen (BGH, GI 1995, 65 = NJW 1995, 958 und 2842). **Mit der Frage des Verkaufs des Mehrfamilienhauses ist der Beklagte aber nicht nur beiläufig anlässlich der Bilanzerörterung konfrontiert worden. Vielmehr wurde er von der Klägerin und ihrem Ehemann gebeten, darüber hinaus auch noch an dem weiteren Gespräch mit dem Sparkassenangestellten E. und dem Notar F. über die Möglichkeit der Liquiditätsbeschaffung für das Bauunternehmen teilzunehmen.**

Damit wurde sein Beratungsauftrag auch für ihn erkennbar erweitert, indem er als Steuerfachmann zu dem anschließenden Gespräch mit anderen Fachleuten hinzugezogen wurde. Ihm fiel somit die Aufgabe zu, in der Beratung über die Liquiditätsbeschaffung die steuerlichen Aspekte zu prüfen und in die Besprechung einzubringen (vgl. BGH, DStR 1996, 563). Eine der in diesem Zusammenhang auftretenden Fragen war die nach der steuerlichen Auswirkung eines Verkaufs des Mehrfamilienhauses in sechs einzelnen Eigentumswohnungen, wie sowohl die Zeugen E., F. als auch S. bekundet haben, und was auch von dem Beklagten selbst eingeräumt wird. Nach den Feststellungen der durchgeführten Beweisaufnahme hat der Beklagte dann dazu erklärt, daß bei einem Verkauf in Form von Eigentumswohnungen die sog. 3-Objekt-Grenze überschritten werde und die Veräußerung deshalb steuerlich als gewerbliche Tätigkeit eingestuft werde, so daß aus steuerlicher Sicht von diesem Plan abzuraten sei.

Diese konkrete negative Auskunft des Beklagten ergibt sich aufgrund der glaubhaften Aussagen der

Zeugen E., F. und S. Zwar können alle drei Zeugen nicht mehr den genauen Wortlaut der Stellungnahme des Beklagten wiedergeben. Trotzdem kann eine lediglich allgemeine Auskunft, wie sie der Beklagte nach seinem Vorbringen erteilt haben will, ausgeschlossen werden, denn nach den Bekundungen der drei Zeugen ergab sich als Ergebnis, daß ein gewinnbringenderer Verkauf von Eigentumswohnungen wegen der 3-Objekt-Grenze aus steuerlichen Gründen nicht zu machen sei. Diesem, von den drei Zeugen übereinstimmend wiedergegebenen Gesprächsergebnis zu diesem Punkt aber muß ein abweisender Rat des Beklagten zugrunde gelegen haben, da er der Steuerfachmann in dieser Runde war und sich hierzu, wie er selbst einräumt, auch geäußert hat. Bedenken an der Glaubwürdigkeit der Zeugen bestehen insoweit nicht, zumal die Zeugen E. und F. kein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens haben. Außerdem hat die negative Stellungnahme des Beklagten auch noch ihren Niederschlag in einer Mitteilung des Zeugen E. vom 23.3.1992 an die Immobilienabteilung der L. gefunden, die mit dem Verkauf beauftragt war, und aus der sich ebenfalls ergibt, daß der Steuerberater, also der Beklagte, einen Verkauf en bloc empfohlen habe, um einer gewerbsmäßigen Tätigkeit zu entgehen.

Dieser negative Rat des Beklagten, aus steuerlichen Gründen von einem Verkauf in Form einzelner Eigentumswohnungen abzusehen und statt dessen nur en bloc zu veräußern, aber war falsch. Denn steuerlich hätte eine Veräußerung des Objektes in Form von Eigentumswohnungen keine anderen Auswirkungen gehabt als ein Verkauf des Hauses als Ganzes, insbesondere wäre auch dabei der Verkaufserlös nicht als gewerbliche Einkünfte behandelt worden.

**Das Haus stand nämlich seit mehr als 15 Jahren im Privateigentum der Klägerin und wurde auch als solches vermietet, wie dem Beklagten als deren langjährigen Steuerberater bekannt war. Aus diesem Grunde hätte die bloße Veräußerung des Objektes unabhängig von der Frage, ob das in mehr als drei Eigentumswohnungen oder en bloc geschah, nur eine private Vermögensverwaltung und keine gewerbliche Tätigkeit dargestellt (vgl. Schmidt, EStG 14. Aufl., § 15, Rdn. 61; Söffing, DB 1992, 1846/51).** Sie ist lediglich Ausdruck einer privaten Vermögensumschichtung, da die Finanzbehörden nach einem Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 20.12.1990 (BStBl. I 1990, 884) einen gewerblichen Grundstückshandel nur bis zu einer Obergrenze von 10 Jahren nach dem Erwerb der Immobilie prüfen und nur hierauf die sogenannte „3-Objekt-Grenze“ anwenden (vgl. Tz. 10 des genann-

ten Schreibens des Bundesfinanzministeriums). Da die Wohnungen unrenoviert hätten veräußert werden können, wie auch der Zeuge F. ausgesagt hat, bestanden auch keine sonstigen Anhaltspunkte für eine gewerbliche Tätigkeit (vgl. dazu Tz. 23 des genannten Schreibens).

Bei hinreichender Sorgfalt hätte der Beklagte die Fehlerhaftigkeit seines Rates erkennen und einen sachlich zutreffenden Rat erteilen können und müssen. Zumindest aber hätte er, wenn ihm die Einzelheiten dazu während des Gesprächs am 23.3.1992 nicht geläufig waren, noch keinen konkreten Rat mit der Folge, daß alle Gesprächsteilnehmer den Weg über Eigentumswohnungen aus steuerlichen Gründen für nicht machbar hielten, erteilen dürfen. Auf jeden Fall aber war er verpflichtet, wenn sein Rat diesen Eindruck hinterließ, die Richtigkeit seiner Auskunft nochmals anschließend anhand der einschlägigen Literatur zu überprüfen und dann gegenüber der Klägerin zu berichtigen. Das aber ist nicht geschehen. Der Beklagte hat somit schuldhaft, nämlich fahrlässig, der Klägerin einen falschen steuerlichen Rat erteilt.

Diese falsche Auskunft war ursächlich für den nunmehr von der Klägerin geltend gemachten Schaden. Denn der Rat des Beklagten hat nach den insoweit eindeutigen Bekundungen der Zeugen E., F. und S. dazu geführt, daß ein Verkauf des Hauses in Form von Eigentumswohnungen nicht weiter verfolgt wurde, obwohl nach der Aussage des Zeugen E. auch schon aus damaliger Sicht bei einer solchen Veräußerung mit einem höheren Gewinn zu rechnen gewesen wäre.

Die Behauptung des Beklagten, die Klägerin habe in jedem Fall en bloc verkaufen müssen, weil sie von der Sparkasse zu einer unverzüglichen Veräußerung gedrängt worden sei, hat der Zeuge E. nicht bestätigt. Vielmehr hat er bekundet, daß er als Sparkassenvertreter erst auf die gewinnbringendere Veräußerung in Eigentumswohnungen hingewiesen habe. Diese Idee sei dann aber wegen der negativen steuerlichen Auskunft des Beklagten wieder fallengelassen worden. Bei einem Verkauf von Eigentumswohnungen hätte ein Erlös von 855.684 DM erzielt werden können. Denn zu diesem Gesamtpreis hat die Firma B. das Objekt, das sie von der Klägerin erworben hatte, bereits kurze Zeit später - aufgeteilt in Eigentumswohnungen - weiterveräußert, wie der Zeuge F. bekundet hat, ohne daß Renovierungsarbeiten vorgenommen werden mußten. Die Nachfrage für solche Wohnungen war zur damaligen Zeit in O. vorhanden, wie der Zeuge F. weiter ausgesagt hat.

Somit ist der Klägerin durch den abweisenden Rat des Beklagten ein Gewinn von 168.684 DM entgangen. Um diesen aber erzielen zu können, hätte sie zuvor noch die Kosten für die Teilungserklärung nach § 8 WEG und für die Anlegung von Wohnungsgrundbüchern aufwenden müssen. Diese hätten 1.270,50 DM betragen (885,50 DM gemäß §§ 36 Abs. 1, 21 Abs. 2, 151a KostO und 385 DM gemäß § 76 Abs. 1 KostO). Der der Klägerin infolge der vom Beklagten erteilten falschen steuerlichen Auskunft entstandene Schaden beläuft sich demnach auf 176.413,50 DM.

## Steuerberaterhaftung

- Fristausnutzung
  - Zinsverluste
- (OLG Hamm, Urt. v. 8.11.1996 - 25 U 188/95)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Der Steuerberater hat die Weisung des Mandanten, die Abgabe der Steuererklärung erst am letzten Tag einer vom Finanzamt eingeräumten Frist abzugeben, zu befolgen. Ein entgangener Gewinn ist nur dann nicht ersatzfähig, wenn er durch Verletzung eines gesetzlichen Verbots erzielt worden wäre. Der Mandant soll als entgangenen Gewinn nicht etwas fordern können, was er nur mit rechtswidrigen Mitteln erlangt hätte. Gemäß § 109 Abs. 1 AO können Fristen zur Einreichung der Steuererklärung verlängert werden.
2. Zinsverlust ist als entgangener Gewinn i.S.v. § 252 BGB zu ersetzen.

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger, ein Immobilienkaufmann, nimmt den Beklagten, seinen Steuerberater, wegen schuldhafter Verletzung des Steuerberatungsvertrages auf Schadenersatz in Anspruch.

Das Finanzamt B., gewährte dem Kläger mit Bescheid vom 26.1.1994 eine Fristverlängerung gemäß § 109 AO für die Einreichung der Einkommensteuererklärung für das Jahr 1993 bis zum 30.11.1994. In dem Bescheid vom 26.1.1994, auf dessen weiteren Inhalt Bezug genommen wird, ist als Grund für die Fristverlängerung angegeben, daß „die Arbeitslage und Arbeitsplanung es erfordern“.

Am 2.11.1994 führte der Kläger mit dem Beklagten ein Beratungsgespräch, in dessen Verlauf der Jahresabschluß 1993 einschließlich der zugehörigen Steuererklärungen übergeben wurden. Bei dem Beratungsgespräch wies der Kläger den Beklagten an, sämtliche Steuererklärungen für das Jahr 1993 erst nach seiner ausdrücklichen Weisung bei dem Finanzamt einzureichen, da der Kläger wegen der zu erwartenden hohen Steuerzahlungen die ihm vom Finanzamt eingeräumte Frist bis zum letzten Tage ausnutzen und die Steuererklärung erst am letzten Tage einreichen wollte.

In Unkenntnis dieser Absprache wurden die Steuererklärungen unmittelbar nach der Besprechung vom 2.11.1994 von einer Angestellten des Beklagten beim Finanzamt abgegeben, was dazu führte, daß das Finanzamt B. bereits unter dem 1.12.1994 bzw. 2.12.1994 Vorauszahlungsbescheide über die Einkommensteuer in Höhe von 6.232.300 DM für das Jahr 1993 sowie 5.761.145 DM für das Jahr 1994 erließ. Auf den Inhalt der Vorauszahlungsbescheide wird Bezug genommen. Ferner erließ die Stadt D., unter dem 10.1.1995 Bescheide über die Gewerbesteueranlagung für die Kalenderjahre 1993 und 1994 in Höhe von jeweils 1.988.157,50 DM, auf deren Inhalt gleichfalls Bezug genommen wird. Der Kläger hat geltend gemacht, er habe, um seiner Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Finanzamt nachzukommen, seine Festgeldkonten bei der Sparkasse E. und der Sparkasse A., auflösen müssen, wodurch ihm ein Zinsschaden bei der Festgeldanlage in Höhe von mindestens 62.660,80 DM entstanden sei. (. . .)

Der Beklagte hat eine Schadenersatzpflicht in Abrede gestellt. Er hat darauf hingewiesen, daß gemäß § 149 AO der Kläger verpflichtet gewesen sei, seine Steuererklärung für das Jahr 1993 bis zum 31.5.1994 abzugeben. Bei Fristeinhaltung zu diesem Zeitpunkt wären der Steuerbescheid für das Jahr 1993 sowie der Vorauszahlungsbescheid in der gleichen Höhe ergangen, wie es im vorliegenden Fall geschehen sei. Aus dem Umstand, daß dem Kläger eine Fristverlängerung zur Vorlage seiner Steuererklärung bis zum 30.11.1994 gewährt worden sei, könne dieser für sich keinerlei Rechte herleiten. Nach materiellem Steuerrecht hätte die Steuererklärung bereits früher vorliegen müssen. Die Fristsetzung bis zum 30.11.1994 habe auch nicht bedeutet, daß eine solche Frist tatsächlich bis zum letzten Tage ausgeschöpft werden müsse; hierauf habe der Kläger keinen Anspruch gehabt. Im übrigen wäre auch bei Einreichung der Steuererklärung zum 30.11.1994 eine zeitlich gleiche Veranlagung und ein zeitgleicher Erlaß der Steuerbescheide erfolgt.

Das Landgericht hat den Beklagten durch das angefochtene Urteil antragsgemäß zur Zahlung von 62.660,80 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1.8.1995 verurteilt. Zur Begründung ist im wesentlichen ausgeführt, dem Kläger stehe der geltend gemachte Schadenersatzanspruch wegen schuldhafter Pflichtverletzung des Steuerberatungsvertrages zu. Denn der Kläger sei berechtigt gewesen, die ihm bis zum 30.11.1994 gewährte Fristverlängerung zur Vorlage der Steuererklärung bis zum 30.11.1994 in vollem Umfange in Anspruch zu nehmen. An die entsprechende Weisung hätte sich der Beklagte halten müssen. Im übrigen widerspreche es jeglicher Lebenserfahrung, daß Steuerbescheide einen Tag nach Eingang der entsprechenden Steuererklärungen bereits erteilt worden wären. Umstände, die eine von dieser Lebenserfahrung abweichende Beurteilung rechtfertigen könnten, habe der Beklagte nicht vorgetragen. Auf den weiteren Inhalt der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils wird Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Beklagten, der seinen Rechtsstandpunkt wiederholt und vertieft sowie den geltend gemachten Schaden dem Grunde und der Höhe nach bestreitet. (. . .)

#### Aus den Gründen:

Die Berufung ist zulässig, in der Sache jedoch unbegründet.

I. Dem Kläger steht, wie das Landgericht in dem angefochtenen Urteil zutreffend festgestellt hat, ein Schadenersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung des zwischen den Parteien bestehenden Steuerberatervertrages zu. Dabei ist die Pflichtverletzung als solche zwischen den Parteien unbestritten; sie besteht darin, daß der Beklagte bzw. seine Angestellte, für deren Verhalten er gemäß § 278 BGB haftet, der konkreten Weisung des Klägers, die Steuererklärung erst am letzten Tage der eingeräumten Frist einzureichen, nicht gefolgt ist.

Problematisch ist lediglich, ob der Kläger die geltend gemachten Zinsverluste als Schaden gemäß §§ 249, 252 BGB beanspruchen kann. Diese Frage ist mit dem Landgericht zu bejahen. Dabei stellt sich die in der Berufungsbegründung aufgeworfene Frage, ob die Haftung des Beklagten nach den Grundsätzen des Schutzzweckes der Norm bzw. des Rechtswidrigkeitszusammenhanges, die grundsätzlich auch auf Vertragsverletzungen Anwendung finden können (vgl. Palandt, BGB 55. Aufl., vor § 249

Rdn. 62 m.w.N.; u.a. BGH, NJW 1990, 2057 für den Fall einer Steuerberaterhaftung; BGH, NJW 1991, 2346; OLG Karlsruhe, NJW 1983, 2643), im vorliegenden Fall nicht, da es hier nicht darum geht, daß der Beklagte einer bestimmten Norm zuwider gehandelt bzw. gegen eine zweckgerichtete vertragliche Beratungs- oder Hinweispflicht verstoßen hat. Vielmehr hat der Beklagte eine ihm im Rahmen des Steuerberatungsverhältnisses erteilte konkrete Weisung mißachtet, wobei diese Weisung gerade darauf gerichtet war, dem Kläger die Zinsvorteile zu erhalten, die ihm durch die vorzeitige Abgabe der Steuererklärungen entgangen sind und deren Ersatz er als entgangenen Gewinn i.S.d. § 252 BGB begehrt.

In einem solchen Fall bestünde eine Schadenersatzpflicht nur dann nicht, wenn die mit der Weisung erstrebten Vorteile als solche der Rechtsordnung widersprechen würden (Palandt/Heinrichs, Rdn. 3 zu § 252 BGB m.w.N.). Dies vermag der Senat jedoch nicht festzustellen. Es ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme schon nicht festzustellen, daß die mit dem Bescheid vom 26.1.1994 gewährte Verlängerung der Einreichungsfrist bis zum 30.11.1994 als solche rechtswidrig war. **Gemäß § 109 Abs. 1 AO können Fristen zur Einreichung der Steuererklärungen – hier die Frist gemäß § 149 Abs. 2 AO – verlängert werden.** Hierbei handelt es sich um eine Ermessensentscheidung der Behörde (Klein/Orlopp, AO 4. Aufl., Anm. 1 zu § 109; Koch/Scholz/Mösbauer, AO 4. Aufl., Rdn. 2 zu § 109; Kühn/Kutter/Hofmann, AO 16. Aufl., Anm. 2 zu § 109), wobei das Ermessen i.S.d. § 5 AO nach dem Zweck des § 109 Abs. 1 AO, nämlich der Sicherung des Anspruchs aus dem Steuerschuldverhältnis auszurichten ist (Koch/Scholz, a.a.O., Rdn. 2/3).

Im vorliegenden Fall ergibt sich aufgrund der Aussagen der dazu als Zeugen vernommenen Finanzbeamten S. und D., daß die Verlängerung der Fristen auf einer generellen Anweisung der zuständigen Finanzbehörde beruhte, die in erster Linie der Arbeitsplanung und einer besseren Verteilung der im Laufe des Jahres anfallenden Bearbeitungsvorgänge dient. Es kann nicht festgestellt werden, daß diese Praxis ermessensfehlerhaft ist, d.h., dem Zweck der Sicherung des Anspruchs aus dem Steuerschuldverhältnis widerspricht. Es leuchtet vielmehr ein, daß es durchaus sinnvoller sein kann, durch Setzung entsprechender gestaffelter Fristen bereits zu Beginn des Jahres den Eingang der Steuererklärungen und damit deren Bearbeitung gleichmäßiger zu verteilen, als wenn beispielsweise zum 31.5. oder auch zum 30.9. – zu diesem Stichtag gibt es nach der Verwaltungsübung ohnehin eine regelmäßige Verlängerung, wenn

Steuerberater eingeschaltet sind – eine Flut von Steuererklärungen beim Finanzamt eingehen, die dann wegen der anfallenden Mengen ohnehin nicht zügig bearbeitet werden können.

Der Steuerpflichtige, der bereits zu Jahresbeginn weiß, daß, wie im vorliegenden Fall, seine Abgabefrist bis zum 30.11.1994 verlängert wird, kann sich von vornherein darauf einrichten und hat keinen Anlaß, später noch einmal einen Verlängerungsantrag zu stellen, so daß, wie es die Zeugin S. einleuchtend dargestellt hat, die von Anfang an erteilte Fristverlängerung sogar der Beschleunigung des Verfahrens dienen kann. Dies kann auch, wie die Zeugin dargestellt hat, gerade in den Fällen sinnvoll sein, in denen hohe Abschlußzahlungen zu erwarten sind, da das Finanzamt mit einiger Sicherheit mit dem Eingang der Steuererklärung zu dem festgesetzten Zeitpunkt rechnen und darauf seine Planung einrichten kann. Auch wenn der Beklagte einwendet, daß im Januar des Veranlagungsjahres die künftige Arbeitsbelastung noch nicht vorauszusehen sei, ist doch davon auszugehen, daß die Finanzbehörde aufgrund der Eingangszahlen der Vorjahre über entsprechende Erfahrungen verfügt. Daß bei der dargestellten Praxis der Finanzbehörde außer dem Gesichtspunkt der besseren Verteilung und „Entzerrung“ der Arbeitsbelastung andere sachfremde Gesichtspunkte, etwa eine einseitige Bevorzugung bestimmter Steuerpflichtiger, eine Rolle spielt, hat die Beweisaufnahme nicht ergeben.

Aber auch, wenn man die dargestellte Praxis der Finanzbehörde als ermessenswidrig i.S.d. § 5 AO ansehen würde, folgt daraus noch nicht, daß der Kläger nicht gemäß § 252 BGB den Schaden ersetzt verlangen kann, der ihm aufgrund der Verletzung seiner Weisung durch den Beklagten entstanden ist. **Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist entgangener Gewinn nur dann nicht ersatzfähig, wenn er nur durch die Verletzung eines gesetzlichen Verbotes zu erzielen gewesen wäre, sofern das Verbotsgesetz nicht nur die Vornahme des Rechtsgeschäftes mißbilligt, sondern auch dessen zivilrechtliche Wirksamkeit verhindern will.** Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß der Verletzte als entgangenen Gewinn nicht etwas fordern kann, was er nur mit rechtswidrigen Mitteln erlangt hätte (BGHZ 67, 119, 121; 75, 366, 368; BGH, NJW 1964, 1181, 1183; NJW 1974, 1374, 1377; BGHZ 79, 223; 231). Ein solcher Fall liegt hier indessen nicht vor.

Hätte der Kläger – ohne das weisungswidrige Verhalten des Beklagten – sich die Praxis der Finanzbehörde zunutze gemacht und die Steuererklärung

erst am letzten Tag der Frist abgegeben, so hätte er ebensowenig rechtswidrige Mittel angewendet wie andere Steuerpflichtige, denen die gleiche Fristverlängerung gewährt worden ist und die diese gleichfalls ausgenutzt haben. Hat es, wie hier, der Auftragnehmer vertraglich übernommen, dafür zu sorgen, daß eine bestimmte Verwaltungsübung ausgenutzt wird, so gebietet es Sinn und Zweck dieser Vereinbarung, den Auftragnehmer auch für die Nachteile eintreten zu lassen, die der Auftraggeber dadurch erleidet, daß er sich durch schuldhaft schlechte Ausführung des Auftrages diese Behördenpraxis nicht hat zunutze machen können. Dies gilt selbst dann, wenn sich die betreffende, bis dahin nicht beanstandete Verwaltungspraxis bei objektiver Betrachtungsweise als ermessensfehlerhaft oder rechtswidrig herausstellen sollte (BGHZ 79, 230).

Die Ermessenserwägungen, die die Behörde anzustellen hat, sind für den Steuerpflichtigen regelmäßig nicht relevant. Auch wenn die gemäß § 109 Abs. 1 AO geregelte Möglichkeit einer Fristverlängerung zur Abgabe der Steuererklärungen nicht dazu bestimmt ist, dem Steuerpflichtigen Zinsvorteile durch die spätere Zahlung der Steuer zu verschaffen, so ändert dies doch nichts daran, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit, entsprechende Zinsvorteile zu erlangen, in Kauf genommen hat, was sich schon daraus ergibt, daß – jedenfalls nach der damaligen Rechtslage – die Steuerschuld für die Zeit der Verlängerung nicht zu verzinsen war, so daß keine Rede davon sein kann, daß der vom Kläger erstrebte Vorteil als solcher der Rechtsordnung widerspricht.

II. Die Klage ist auch der Höhe nach in vollem Umfange begründet. Der Kläger kann den geltend gemachten **Zinsverlust als entgangenen Gewinn i.S.d. § 252 BGB ersetzt verlangen**. Nach dieser Bestimmung, deren Zweck es ist, dem Geschädigten den Beweis zu erleichtern (BGHZ 74, 221, 224 = NJW 1979, 1403; BGH, NJW 1983, 442; NJW 1983, 758), umfaßt der zu ersetzende Schaden den entgangenen Gewinn, wobei als entgangen derjenige Gewinn gilt, welcher nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.

Das Landgericht ist insoweit davon ausgegangen, daß es der Lebenserfahrung entspricht, daß die Bearbeitungsdauer bei den einzelnen Bearbeitungsvorgängen „parallel“ verläuft, d.h., die Zeitdauer zwischen dem Eingang der Steuererklärungen beim Finanzamt und dem Herausgehen des Steuerbescheides in etwa gleich geblieben wäre. Gegen

das Bestehen eines solchen Erfahrungssatzes im Rahmen der gemäß § 252 BGB zu stellenden Wahrscheinlichkeitsprognose ist dem Grunde nach nichts einzuwenden. Der Beklagte hat auch in seiner Berufungsbegründung nichts vorgetragen, was geeignet wäre, diesen Erfahrungssatz zu erschüttern. Auch die zu den Bearbeitungszeiten vernommenen Zeugen D. und S. haben dazu nichts anderes bekundet. Die Zeugin S. hat vielmehr in ihrer Aussage bestätigt, daß nach ihrer Einschätzung die Bearbeitungszeiten „parallel“ verlaufen wären, d.h., also ebenso lange gedauert hätten.

Der Zeuge D. hat dies zwar in gewissem Umfange eingeschränkt dahin, daß man nicht generell sagen könne, wie lange im einzelnen die Bearbeitungszeit – einschließlich der Bearbeitungszeit der Eingabebögen in dem Rechenzentrum – gewesen wäre; jedoch ergeben sich auch aus seiner Aussage keine Anhaltspunkte dafür, daß sich der Bearbeitungsablauf bei einer Einreichung der Steuererklärungen Ende November 1993 wesentlich anders dargestellt hätte, als er tatsächlich aufgrund der Einreichung der Unterlagen am 3.11.1994 erfolgt ist, zumal der Zeuge – insoweit allerdings abweichend von der Aussage der Zeugin S. – bestätigt hat, daß es so etwas wie einen „Weihnachtsfrieden“ gibt, der dazu führt, daß in der Zeit von Weihnachten bis Neujahr in der Regel keine Steuerbescheide herausgehen.

Auch wenn man entsprechend der insoweit abweichenden Aussage der Zeugin S. davon ausgeht, daß der „Weihnachtsfrieden“ für die Bearbeitungszeit keine nennenswerte Rolle gespielt hätte, so ergeben sich doch insgesamt aufgrund der Aussagen der beiden Zeugen keine Umstände, die geeignet wären, den dargestellten **Erfahrungssatz einer in etwa gleich ablaufenden Bearbeitungsdauer** zu erschüttern.

Bei der Höhe des nach § 252 BGB ersatzfähigen Schadens geht der Senat aufgrund der Aussage der Zeugin R. davon aus, **daß der Kläger seine Einnahmen auf den beiden Festgeldkonten in E. und in A. als Festgelder für vier Wochen angelegt hätte**, soweit nicht – wie hier bei den anfallenden Steuerzahlungen – kurzfristig höhere Abgänge zu erwarten gewesen wären. Auch wenn die Zeugin als Ehefrau des Klägers am Ausgang des Rechtsstreits interessiert ist, sieht der Senat keinen Anlaß, ihre Angaben in Zweifel zu ziehen, zumal die längerfristige Anlage eingehender Gelder mit einem entsprechend höheren Zinssatz, soweit diese nicht für kurzfristig anfallende Zahlungen benötigt werden, dem wirtschaftlichen Geschäftsgebahren eines Kaufmannes entspricht.

Es ist daher entsprechend der im übrigen rechnerisch zutreffenden Berechnung des Klägers in seiner Berufungserwidernng vom 6.3.1996 unter Ziffer 2a) bei einer möglichen Festgeldverzinsung in Höhe von 4,9 % für die Zeit vom 16.12.1994 bis zum 15.1.1995 von einem insoweit entstandenen Schaden in Höhe von 21.250,25 DM auszugehen. Entsprechendes gilt für den unter Ziffer IV 2b) der Berufungserwidernng berechneten Schaden. Auch insoweit hat der Kläger substantiiert dargelegt und durch die Aussage seiner Ehefrau nachgewiesen, daß er die Gelder, die er für die Einkommensteuervorauszahlung per 4.1.1995 durch Auflösung bzw. Umbuchung der entsprechenden Festgeldguthaben verwendet hatte, in der Zeit vom 19.1. bis 18.2.1995 auf Monatsgeldbasis zu 4,9 % hätte anlegen können. Der insoweit errechnete und in erster Linie geltend gemachte Betrag von 26.030,63 DM ist rechnerisch zutreffend. Die Zinssätze für die entsprechenden 30-Tages-Termingelder sind durch die Auskunft der Sparkasse A. vom 19.4.1996 belegt.

Soweit der Beklagte geltend gemacht hat, der Kläger könne aus dem Umstand, daß er die Steuern abweichend von den in den Vorauszahlungsbescheiden genannten Fälligkeitsterminen verspätet gezahlt hat, keine weiteren Vorteile ziehen, ist unwidersprochen geblieben, daß die Einkommensteuervorauszahlungen vom Finanzamt selbst zu den späteren Terminen jeweils im Lastschriftverfahren eingezogen worden sind; der Vorteil, der sich daraus ergibt, daß der Kläger sich das vom Finanzamt selbst betriebene Lastschriftverfahren zunutze gemacht hat, kann daher gleichfalls nicht als rechtswidrig beanstandet werden.

Soweit der Kläger unter Ziffer II 2d) seiner Berufungserwidernng den Schaden geltend gemacht hat, der sich aus der verfrühten Zahlung der Gewerbesteuerbeträge ergibt, ist darauf hinzuweisen, daß hinsichtlich der Gewerbesteuer zwar, anders als bei der Einkommensteuer, eine Verlängerungsbewilligung nach §109 AO nicht vorliegt. Jedoch ist **unbestritten, daß die spätere Einreichung der Einkommensteuererklärung auch zu einem entsprechend späteren Erlaß der Gewerbesteuer geführt hätte, da die Stadt D. als zuständige Veranlagungsstelle für die Gewerbesteuer die Erteilung der Gewerbesteuervorauszahlungsbescheide von den entsprechenden Informationen durch das Finanzamt abhängig gemacht hätte.** Im übrigen ist auch insoweit aufgrund der glaubhaften Aussage der Zeugin R. davon auszugehen, daß der Beklagte die entsprechenden Beträge zu einem Monatsgeldzinssatz von 4,9 % angelegt hätte, so daß sich der vom Kläger rechnerisch zutreffend errechnete Betrag von 14.946,64 DM ergibt.

Der Kläger macht schließlich in seiner Schadenberechnung unter Ziffer IV 2c) aa) und bb) Zinsausfälle geltend, die durch die Tagesgeldanlagen in der Zeit bis zum 15.12.1994 bzw. bis zum 10.1.1995 entstanden sind. Hinsichtlich der Position IV 2c), aa) ergibt sich bei richtiger Berechnung folgender Betrag:  $5.106.217,29 \text{ DM} \times 0,55 \% = 28.084,194 \times 15 : 365 = 1.154,15 \text{ DM}$ .

Da der Kläger allerdings nur Zahlung von 62.660,80 DM verlangt und die erstrangig geltend gemachten Positionen IV 2a), 2b) und 2d) insgesamt bereits einen Betrag von 62.227,52 DM ausmachen, genügt insoweit nur noch ein Restbetrag von 433,28 DM. Der geltend gemachte Schadenbetrag ist daher dem Grunde und der Höhe nach in vollem Umfange gerechtfertigt, wobei sich der Zinsanspruch zusätzlich aus §§ 288, 291 BGB rechtfertigt.

## Steuerberaterhonorar

- Freier Mitarbeiter
- Wettbewerbsverbot

(OLG Hamm, Urt. v. 15.11.1995 - 25 U 157/94)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Zum Vergütungsanspruch eines freien Mitarbeiters für dessen Bereitstellung der Arbeitsbereitschaft.
2. Wettbewerbsverbote müssen auf das zeitlich, örtlich und gegenständlich notwendige Maß beschränkt bleiben, da sie nur zum Ziel haben dürfen, daß Arbeitserfolge nicht illoyal verwertet werden. Eine Wettbewerbsbeschränkung bis zu zwei Jahren wird als angemessen angesehen.

### Aus den Gründen:

Die wechselseitigen Berufungen der Parteien und die Anschlußberufung des Klägers sind zulässig und in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet bzw. nicht begründet.

Zu Recht hat das Landgericht das Versäumnisurteil vom 6.6.1994 in seinem Urteil vom 8.8.1994 aufrechterhalten, soweit der Beklagte durch das erstinstanzliche Urteil zur Zahlung von 21.302,70 DM an den Kläger verurteilt worden ist. Aufgrund §§ 3, 7 der unter dem 25.5.1993 getroffenen schriftlichen Vereinbarung der Parteien hat der Kläger, der für den Beklagten als freier Mitarbeiter gemäß



§ 1 vergütungspflichtige Arbeiten zu erledigen hatte, die nach der Steuerberatergebührenordnung abzurechnen waren, einen werkvertraglichen Anspruch in ausgeurteilter Höhe erworben.

**Voraussetzung dieses Anspruchs** des Klägers war gemäß § 7 Satz 1 der Vereinbarung **allein die Arbeitsbereitschaft des Klägers**. Nicht abhängig war der Honoraranspruch des Klägers von erbrachten Arbeitsergebnissen, falls der Beklagte gegen seine durch § 7 Satz 2 der Vereinbarung begründete Verpflichtung verstieß. Nach dieser Vertragsklausel hatte der Beklagte dem Kläger monatlich Einzelaufträge bei Zugrundelegung der Steuerberatergebührenverordnung im Wert von 20.000 DM zur Verfügung zu stellen, damit der Kläger das in § 3 der Vereinbarung vereinbarte Honorar von 50 % der Honorarsumme, also 10.000 DM monatlich erzielen konnte. Die genannte Vereinbarung begründete nämlich eine bindende Verpflichtung des Beklagten und ist nicht – wie der Beklagte meint – als unverbindliche Absichtserklärung zu werten. Das folgt einmal aus dem Wortlaut – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – und folgt zum anderen aus der Intention der Parteien bei Vertragsschluß. Aus § 7 Satz 1 ist herzuleiten, daß sich der Beklagte die Arbeitskraft des Klägers in dem angegebenen Umfang sichern wollte. Der Kläger dagegen, der keine eigene Steuerberaterpraxis betrieb, wollte korrespondierend dazu seinen Lebensunterhalt sicherstellen.

Dabei ist ohne Bedeutung, daß die Parteien die Vergütungsregelung in zwei verschiedenen Paragraphen ihrer Vereinbarung, die nicht aufeinanderfolgen, geregelt haben. Ob sich dies daraus erklärt, daß § 7 als Zusatzregelung in einen vorhandenen Vertragstext eingearbeitet worden ist, kann dahinstehen. Die von dem Parteien in den §§ 3 und 7 getroffene Vergütungsregelung ist klar und eindeutig und nicht deshalb anders auszulegen, weil sie nicht in aufeinanderfolgenden Paragraphen in die schriftliche Vertragsregelung eingestellt worden ist.

Gegen die oben niedergelegte Vertragsauslegung spricht nicht, daß der Kläger dem Beklagten ab Dezember 1993 Rechnungen in geringerer Höhe (Dezember 1993: 7.512 DM, Januar 1994: 4.409 DM, Februar 1994: 1.776,30 DM) erteilt hat. Vereinbarungsgemäß hatte der Kläger dem Beklagten monatlich Rechnung über die erbrachten Einzelleistungen vorzulegen. Der Kläger war also nicht berechtigt, monatlich pauschal 10.000 DM gegenüber dem Beklagten abzurechnen. Daß der Kläger entsprechend dieser Vereinbarung die in den genannten Monaten erbrachten Einzelleistungen

gegenüber dem Kläger abrechnete, ist daher nicht zu beanstanden.

Eine Auslegung dieser Handlungsweise des Klägers dahin, durch die in den Monaten Dezember 1993 bis Februar 1994 dem Beklagten erteilten Rechnungen habe der Kläger zum Ausdruck gebracht, daß ihm über die ausgewiesenen Rechnungssummen kein Resthonoraranspruch zustehe, verbietet sich. Der Kläger hat bereits im Februar 1994 einen Rechtsanwalt eingeschaltet, der den Beklagten auftragsgemäß durch Schreiben vom 25.2.1994 aufgefordert hat, Aufträge in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen, unter Hinweis, der Beklagte komme seinen Vertragspflichten seit Dezember 1993 nur noch vermindert nach. Der Kläger hat hierdurch zeitnah klargestellt, daß die ab Monat Dezember 1993 erteilten Rechnungen nur als Berechnung von Teilansprüchen, nämlich der Abrechnung erbrachter Leistungen, aufzufassen sind.

Dieser Vertragsauslegung steht auch nicht die von dem Beklagten angeführte Regelung des § 4 Ziffer 3 entgegen, nach der der Kläger den Beklagten von allen Ansprüchen der Finanzverwaltung und der Sozialversicherungsträger freistellt und dem Kläger vereinbarungsgemäß außer dem Honorar und dem Auslagenersatzanspruch keine weiteren Ansprüche zustehen sollten. Der dem Kläger zuerkannte Anspruch ist kein Schadenersatzanspruch, sondern ein Werklohnanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 3, 7 der Vereinbarung vom 25.5.1993. Nach der Honorarvereinbarung der Parteien erhielt der Kläger für geleistete Abschlußarbeiten 50 % der Honorarsumme – d.h. 10.000 DM monatlich – unabhängig davon, ob der Beklagte seiner vertraglichen Verpflichtung nachkam, dem Kläger monatlich Einzelaufträge in Höhe eines Honoraranspruchs von 20.000 DM nach der Steuerberatergebührenverordnung zur Verfügung zu stellen.

Für die Anwendung des § 326 BGB ist daher kein Raum. Da der Kläger nicht in der Lage ist, ungenutzte Arbeitskraft zu bevorraten, bestand für ihn nach entsprechendem Zeitablauf nicht die tatsächliche Möglichkeit, Abschlußarbeiten, für deren Bearbeitung er seine Arbeitskraft z. B. im Dezember 1993 bereitgehalten hatte, in späteren Monaten zusätzlich zu erledigen. Es kann dabei dahinstehen, ob der Kläger für die vereinbarte Vertragsleistung ca. 30–40 Stunden wöchentlich an Arbeitszeit aufzubringen hatte. Da die Parteien in § 5 Satz 1 vereinbart hatten, daß der Kläger berechtigt war, jede andere Tätigkeit auszuüben, durfte er Arbeitskraft, die er für den Beklagten nicht bereitzuhalten hatte, anderweitig im eigenen Interesse nutzen.

Der der Höhe nach unstreitige Werklohnanspruch stellt sich auf 21.302,70 DM.

Ein Anspruch des Klägers auf Zahlung von Umsatzsteuern, den der Kläger in der Berufungsinstanz klageerweiternd im Wege der Anschlußberufung mit 3.195,41 DM verfolgt, steht dem Kläger nicht zu. Zwar haben die Parteien sich in § 4 Satz 2 ihrer Vereinbarung dahin geeinigt, **daß der Beklagte an den Kläger Umsatzsteuern zahlt, soweit der Kläger steuerpflichtig ist. Wegen fehlenden Umsatzes, d. h. fehlenden Leistungsaustausches, fällt jedoch ein Steuertatbestand (§ 1 USt) nicht an.** Der Kläger erhält das zuerkannte Honorar von dem Beklagten ohne Erbringung einer Gegenleistung, so daß ein Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht gegeben ist (vgl. BGH, NJW-RR 1986, 1026; BGHZ 101, 133).

Den zuerkannten Honoraranspruch hat der Beklagte aus dem Gesichtspunkt des § 291 BGB ab Zustellung der Klage am 19.4.1994 mit 4 % zu verzinsen.

Ein Anspruch des Beklagten gegen den Kläger auf Zahlung von 2.000 DM, den der Beklagte aus dem Gesichtspunkt **wettbewerbswidrigen Verhaltens** gegen den Kläger widerklagend verfolgt, besteht nicht. Die in § 5 der genannten Vereinbarung zugunsten des Beklagten vereinbarte Mandantenschutzklausel ist unwirksam, denn sie ist wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 BGB nichtig. **Wettbewerbsverbote müssen auf das zeitlich, örtlich und gegenständlich notwendige Maß beschränkt bleiben, da sie nur zum Ziel haben dürfen, den einen Teil davor zu schützen, daß der andere Teil die Erfolge seiner Arbeit illoyal verwertet oder sich in sonstiger Weise zu seinen - des Begünstigten - Lasten die Freiheit der Berufsausübung zunutze macht** (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1993, 1314).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat folgt, ist die vertragliche Beschränkung der Berufsausübung nur dann gerechtfertigt, wenn ein **aner kennenswertes Bedürfnis besteht, einen Vertragspartner vor illoyaler Verwertung des Erfolges seiner Arbeit zu schützen** (BGH, NJW 1991, 699; NJW 1984, 2366; NJW 1986, 2944). Bei der Beurteilung der zeitlichen Dauer eines Wettbewerbsverbotes ist das schutzwürdige Interesse des Begünstigten an der Fernhaltung des Verpflichteten im allgemeinen nur für einen Zeitraum anzuerkennen, indem die in der Vertragszeit geschaffenen geschäftlichen Beziehungen noch fortwirken. Erfahrungsgemäß verflüchtigen sich diese Beziehungen nach gewisser Zeit, so daß die geschützte Steuerberaterpraxis durch

die Eröffnung eines Konkurrenzunternehmens des Verpflichteten keine wesentlichen Einbußen mehr erfahren kann.

**Dabei wird eine Wettbewerbsbeschränkung bis zu zwei Jahren in der Regel als angemessen angesehen** (BGH, WM 1974, 74). Diese berechnet sich jedoch nicht vom Zeitpunkt des Eintritts des Verpflichteten in das Unternehmen des Begünstigten an, sondern vom Zeitpunkt des Ausscheidens des Verpflichteten aus dem Unternehmen des Berechtigten. Diesen Anforderungen entspricht die vereinbarte Mandantenschutzklausel nicht. Nach § 5 Abs. 2 der Vereinbarung bezieht sie sich vielmehr auf alle Mandanten des Beklagten, für die der Beklagte in den letzten drei Jahren vor einem eventuellen Tätigwerden des Klägers irgendwelche Arbeiten ausgeführt hat. Darüber hinaus bezieht sie sich auf alle Mandanten des Beklagten für die Dauer von drei Jahren nach Beendigung des Vertragsverhältnisses mit dem Kläger.

**Darüber hinaus fehlt die örtliche und gegenständliche Eingrenzung der Verpflichtung zur Unterlassung wettbewerblicher Handlungen zu Lasten des Klägers.** Der Beklagte ist nicht schutzwürdig hinsichtlich derjenigen Mandanten, die sich aus seinem räumlichen Tätigkeitsbereich endgültig verabschiedet haben und sich etwa in einen weit entfernten Ort begeben haben, falls hier der Kläger seine Tätigkeit begründen würde.

Eine geltungserhaltende Reduktion des Wettbewerbsverbots auf ein inhaltlich noch zulässiges Maß kommt vorliegend nicht in Betracht (BGH, NJW-RR 1993, 1355). Wenn ein Wettbewerbsverbot allein wegen einer überlangen Bindung gegen die guten Sitten verstößt, so kann es zwar mit einer als angemessen anzusehenden Laufzeit aufrechterhalten werden. Diese Grundsätze sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich der Senat anschließt, jedoch dann nicht anwendbar, wenn ein Wettbewerbsverbot nicht allein wegen der unangemessenen Laufzeit, sondern wegen seiner inhaltlich zu weit gehenden Fassung gegen die guten Sitten verstößt.

Dem Beklagten steht auch kein Schadenersatzanspruch wegen Verletzung vertraglicher Pflichten durch den Kläger zu. Dadurch, daß der Beklagte nach seinem Ausscheiden bei dem Beklagten eine andere Tätigkeit als Mitarbeiter bei einem anderen Steuerberaterbüro aufgenommen hat und Mandanten betreut, die zum Kundenstamm des Beklagten gehört haben, begeht er noch keine Pflichtverletzung. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Mandanten aus freien Stücken zu dem Kläger kommen

und ihn um die Übernahme des Mandates bitten. Lediglich wenn der Kläger aktiv darauf hingewirkt hätte, daß die Mandanten des Beklagten das Auftragsverhältnis kündigen und ihre Aufträge durch ihn erledigen lassen, würde eine Vereitelung des Vertragszweckes durch eine Tätigkeit des Klägers zum Nachteil des Beklagten vorliegen können. Daß der Kläger in dieser Weise **abwerbend** tätig geworden ist, behauptet der Beklagte nicht.

## Fristenkontrolle

– Unmißverständliche Weisung an Boten  
(BGH, Beschl. v. 12.8.1997 – VI ZB 22/97)

### Leitsatz:

**Beauftragt der Rechtsanwalt einen Dritten, während seiner Abwesenheit eine Rechtsmittelschrift bei Gericht einzureichen, dann muß dieser Auftrag eindeutig und unmißverständlich sein.**

### Aus den Gründen:

I.

Die Klägerin hat gegen das ihre Klage abweisende, am 3.3.1997 zugestellte Urteil des Landgerichts am 8.4.1997 Berufung eingelegt und zugleich gegen die Versäumung der Berufungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Zur Begründung dieses Antrags hat sie vorgetragen:

Ihre Prozeßbevollmächtigte habe vor Antritt ihres Erholungsurlaubs, der vom 20.3. bis 4.4.1997 gedauert habe, durch ihren Ehemann dessen Kollegen, den Rechtsanwalt Dr. A., beauftragt, die vorbereitete, auf den 2.4.1997 vordatierte und unterschriebene Berufungsschrift fristgerecht bei dem Berufungsgericht einzureichen. Dr. A. habe absprachegemäß dem Büro ihrer Prozeßbevollmächtigten während deren Urlaubsabwesenheit für Rückfragen zur Verfügung gestanden. In der vorliegenden Sache habe sich die Einschaltung des Dr. A. aber auf eine bloße Botentätigkeit beschränkt; ihm habe keine eigene Prüfungskompetenz zugestanden. Der Ehemann der Prozeßbevollmächtigten habe am 19.3.1997 Dr. A. deren Weisung übermittelt, die Berufungsschrift in jedem Fall einzureichen, es sei denn, er erhalte noch eine anders lautende Weisung.

Den Umstand, daß ihre Prozeßbevollmächtigte die Berufungsschrift vor ihrem Urlaub nicht selbst

eingereicht habe, habe ihr Ehemann damit erklärt, daß die Entscheidung des Rechtsschutzversicherers noch ausstehe. Am 1.4.1997 habe die Kanzlei der Prozeßbevollmächtigten ohne deren Veranlassung Dr. A. mitgeteilt, daß der Rechtsschutzversicherer für das Berufungsverfahren noch keine Deckungszusage erteilt habe. Am 3.4.1997 sei in der Kanzlei ein Schreiben des Rechtsschutzversicherers eingegangen, in dem dieser den Deckungsschutz für ein zweitinstanzliches Verfahren abgelehnt habe. Daraufhin habe Dr. A., dem dieses Schreiben übermittelt worden sei, von der Einreichung der Berufungsschrift abgesehen, weil er der irrigen Ansicht gewesen sei, daß in der Übermittlung des ablehnenden Schreibens des Rechtsschutzversicherers die Weisung gelegen habe, die Berufungsschrift nicht einzureichen.

Zur Glaubhaftmachung dieses Sachverhalts hat sich die Klägerin auf eine eidesstattliche Versicherung des Dr. A. berufen. Dort heißt es (u.a.), daß er – Dr. A. – in diesem Fall nur habe sicherstellen sollen, daß die Berufungsschrift fristgerecht bei Gericht eingehe. Der Ehemann der Prozeßbevollmächtigten der Klägerin habe ihm, als er ihm am Abend des 19.3.1997 den Schriftsatz übergeben habe, ergänzend erklärt, daß seine Ehefrau die Berufungsschrift deshalb noch nicht selbst vor ihrem Urlaub bei Gericht eingereicht habe, weil die Entscheidung des Rechtsschutzversicherers über den Deckungsschutz für die zweite Instanz noch ausstehe. Er habe die Berufungsschrift aber in jedem Fall spätestens am 3.4.1997 einreichen sollen, es sei denn, er erhalte vorher eine gegenteilige Weisung. Als ihm dann am 3.4.1997 das den Deckungsschutz ablehnende Schreiben des Rechtsschutzversicherers mitgeteilt worden sei, habe er hierin irrtümlich die Weisung erblickt, die Berufungsschrift nicht zum Bericht zu bringen; eine dahingehende Weisung habe er aber weder von der Prozeßbevollmächtigten der Klägerin selbst noch aus ihrem Büro erhalten.

Das Berufungsgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung der Klägerin als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat es ausgeführt, daß der Antrag auf Wiedereinsetzung nach §§ 233, 85 Abs. 2 ZPO deshalb abgelehnt werden müsse, weil die Prozeßbevollmächtigte der Klägerin Dr. A. über den Umgang mit der Berufungsschrift eine unklare Weisung erteilt habe und nicht ausgeschlossen werden könne, daß dies zur Fristversäumnis geführt habe. Da sie Dr. A. habe mitteilen lassen, daß sie die Berufung deshalb noch nicht selbst vor ihrem Urlaub eingelegt habe, weil die Entscheidung des Rechtsschutzversicherers über den Deckungsschutz für die zweite

Instanz noch ausstehe, habe Dr. A. – zumal seine Beauftragung zur Einreichung der Berufungsschrift unter dem Vorbehalt einer anders lautenden Weisung gestanden habe – davon ausgehen müssen, daß über die Einlegung der Berufung noch nicht endgültig entschieden gewesen sei.

Überdies müsse sich die Klägerin ein Organisationsverschulden ihrer Prozeßbevollmächtigten entgegenhalten lassen. Die Prozeßbevollmächtigte hätte dafür sorgen müssen, daß ihr Büropersonal während ihrer Abwesenheit nicht in einer Weise an Dr. A. herantrat, die diesen habe zweifeln lassen müssen, ob die Berufungsschrift eingereicht werden solle oder nicht.

## II.

Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat der Klägerin zu Recht die beantragte Wiedereinsetzung versagt, weil die Versäumung der Berufungsfrist auf einem Verschulden ihrer Prozeßbevollmächtigten beruht, das sich die Klägerin zurechnen lassen muß (§§ 233, 85, Abs. 2 ZPO).

Mit dem Berufungsgericht ist der Senat der Auffassung, daß das Verschulden der Prozeßbevollmächtigten der Klägerin darin besteht, daß sie den an Dr. A. gerichteten Auftrag zur Einreichung der Berufungsschrift mit dem Vorbehalt einer anders lautenden Weisung verknüpft hat und ihm zusätzlich hat mitteilen lassen, daß die Einreichung des Schriftsatzes bisher unterblieben sei, weil der Rechtsschutzversicherer seine Entscheidung über den Deckungsschutz noch nicht getroffen habe. Hierdurch ist Dr. A. in eine mißverständnisträchtige Situation geraten, die in der weiteren Entwicklung dazu geführt hat, daß er von der rechtzeitigen Einreichung der Berufungsschrift abgesehen hat. Zu dem Mißverständnis ist es gekommen, als das Büro der Prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalt Dr. A., der dem Büro während der Urlaubsabwesenheit der Prozeßbevollmächtigten als Ansprechpartner zur Verfügung stehen sollte, mit der negativen Entscheidung des Rechtsschutzversicherers konfrontiert hat.

Es lag nahe, daß sich Dr. A. in dieser Situation als Rechtsanwalt veranlaßt sehen konnte, von der Einreichung der Berufungsschrift abzusehen. Ein solches Mißverständnis war für die Prozeßbevollmächtigte der Klägerin vorhersehbar. Sie hätte es durch einen vorbehaltlosen Auftrag zur Einreichung der Berufungsschrift und – da Dr. A. das Problem der Deckungszusage bereits mitgeteilt worden war – durch die zusätzliche ausdrück-

liche Erklärung, daß die Berufungsschrift auch im Fall einer negativen Entscheidung des Rechtsschutzversicherers eingereicht werden müsse, verhindern müssen.

Einen derart eindeutigen Auftrag hat Dr. A. ausweislich seiner eidesstattlichen Erklärung vom 8.4.1997 nicht erhalten. Zwar hat Dr. A. in seiner eidesstattlichen Versicherung vom 20.6.1997 erklärt, der Ehemann der Prozeßbevollmächtigten der Klägerin habe dem Hinweis auf die noch ausstehende Entscheidung des Rechtsschutzversicherers ausdrücklich hinzugefügt, daß die Berufung unabhängig von der Entscheidung des Rechtsschutzversicherers in jedem Fall eingelegt werden solle. Es kann auf sich beruhen, ob dieser Ergänzung der eidesstattlichen Versicherung, die Dr. A. erst nach der Zustellung des angefochtenen Beschlusses vorgenommen hat, nicht schon – sollte sie überhaupt zu berücksichtigen sein (vgl. *Senatsbeschl. v. 8.4.1997 – VI ZB 8/97, VersR 1997, 895, 896*) – die erforderliche Überzeugungskraft fehlt.

Entscheidend ist, daß die Einschränkung des Auftrags zur Einreichung der Berufungsschrift bestehen geblieben ist. Ausweislich seiner eidesstattlichen Versicherung vom 8.4.1997 war der Vorbehalt einer anders lautenden Weisung für Dr. A. die Ursache dafür, daß er von der Einreichung der Berufungsschrift abgesehen hat. Bei dieser Sachlage kann dahinstehen, ob ein weiteres Verschulden der Prozeßbevollmächtigten der Klägerin darin besteht, daß sie es versäumt hat, ihr Personal anzuweisen, Äußerungen des Rechtsschutzversicherers nicht an Dr. A. weiterzuleiten.

## Fristenkontrolle

- Sozietät
- Friststreichung ohne Aktenprüfung  
(BGH, *Beschl. v. 10.7.1997 – IX ZB 57/97*)

### Leitsatz (d. Red.):

Das Streichen von Fristen im Fristenkontrollbuch ohne Nachprüfung anhand der Handakte oder des postfertigen Schriftsatzes muß in einer Organisationsanweisung untersagt sein.

**Aus den Gründen:**

**I.**

Der Beklagte hat gegen ein ihm am 19.12.1996 zugestelltes landgerichtliches Urteil am 18.1.1997 Berufung eingelegt. Seine Berufungsbegründung ist erst am 27.2.1997 beim Oberlandesgericht eingegangen. Am selben Tage hat er wegen der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt.

Das Berufungsgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Dagegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Beklagten.

**II.**

Das gemäß § 519b Abs. 2 ZPO zulässige Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Der Beklagte hat zur Begründung seines Wiedereinsetzungsgesuchs vorgetragen:

Im Büro seines Prozeßbevollmächtigten habe der sachbearbeitende (nicht beim Berufungsgericht zugelassene) Rechtsanwalt Dr. D. – weil sich die Fertigstellung der Berufungsbegründung hingezogen habe – am 14.2.1997, einem Freitag, einen Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist um acht Wochen auf Band diktirt. Das Diktat habe mit der Anweisung geendet, den aufgrund des Diktats gefertigten Schriftsatz dem beim Berufungsgericht zugelassenen Sozius Q. am 18.2.1997 zur Unterschrift vorzulegen und sodann noch am selben Tage beim Berufungsgericht einzureichen. Bei der Übergabe des Bandes mit der Akte an die Rechtsanwaltsgehilfin R. habe Rechtsanwalt Dr. D. die Anweisung nochmals – nun unmittelbar – wiederholt.

Am darauffolgenden Montag, dem 17.2.1997, habe Frau R. den diktierten Text zwar mittels eines PCs geschrieben. Sie habe aber den Ausdruck vergessen. Am nächsten Tag sei Frau R. die im Terminkalender notierte Frist aufgefallen und sie habe ihre Kollegin J. gefragt, was mit der Sache sei. Frau J. habe die Frage auf das erstinstanzliche Verfahren bezogen und geantwortet, die Sache sei erledigt. Daraufhin habe Frau R. – entgegen der geltenden Büroregelung, bei Zweifeln einen Rechtsanwalt zu konsultieren – die Frist im Terminkalender abgehakt, ohne weiteres zu veranlassen. Bei der abendlichen Kontrolle des Terminkalenders habe Rechtsanwalt Dr. D. angesichts des von Frau R. angebrachten „Hakens“ angenommen, daß der Schrift-

satz, entsprechend seiner Anweisung, fristgerecht eingereicht worden sei. Erst am nächsten Tag, dem 19.2.1997, habe Rechtsanwalt Dr. D. bei der Bearbeitung der Akte das Fehlen des Antrags auf Fristverlängerung festgestellt.

2. Dieses Vorbringen ist nicht geeignet, ein dem Beklagten zuzurechnendes Verschulden seines Prozeßbevollmächtigten an der Fristversäumung auszuschließen.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehört es zu den Aufgaben des Prozeßbevollmächtigten, dafür zu sorgen, daß ein fristgebundener Schriftsatz hergestellt wird und rechtzeitig bei dem zuständigen Gericht eingeht. Zu diesem Zweck muß der Prozeßbevollmächtigte eine zuverlässige Fristenkontrolle organisieren. Er muß sicherstellen, daß die im Fristenkalender vermerkten Fristen erst gestrichen oder in anderer Weise als erledigt gekennzeichnet werden, wenn die fristwahrende Maßnahme durchgeführt, ein fristwahrender Schriftsatz also gefertigt und zumindest postfertig gemacht worden ist (BGH, Beschl. v. 18.10.1993 – II ZB 7/93, VersR 1994, 703 = Gl 1994, 164; v. 8.12.1993 – XII ZB 155/93, BGHR-ZPO § 233 – Fristenkontrolle 31; v. 15.2.1995 – XII ZB 229/94, BGHR-ZPO § 233 – Fristenkontrolle 39; v. 14.3.1996 – III ZB 15/96, BGHR-ZPO § 233 – Ausgangskontrolle 5).

Dabei muß der Prozeßbevollmächtigte auch Vorkehrungen treffen, die geeignet sind, versehentliche Erledigungsvermerke im Fristenkalender zu verhindern (BGH, Beschl. v. 14.1.1993 – VII ZB 18/92, VersR 1993, 772 f; v. 7.12.1993 – XI ZR 207/93, VersR 1994, 956; v. 14.3.1996, a.a.O.). Eine Frist darf nur gestrichen werden, wenn die Person, die mit der Kontrolle betraut ist, sich anhand der Akte oder des postfertigen, die Frist erledigenden Schriftsatzes selbst vergewissert hat, daß zweifelsfrei nichts mehr zu veranlassen ist. Sie dazu anzuhalten, ist Sache des Prozeßbevollmächtigten selbst (BGH, Beschl. v. 14.3.1996, a.a.O.).

b) Nach dem Vorbringen in dem Wiedereinsetzungsgesuch ist diesen Obliegenheiten im vorliegenden Fall nicht genügt worden.

Von mehreren in einer Sozietät zusammengeschlossenen Rechtsanwälten hat grundsätzlich derjenige die Fristen zu überwachen, der bei dem zuständigen Gericht zugelassen ist. Dies gilt nicht nur für die überörtliche Sozietät (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 24.3.1994 – I ZB 1/94, NJW 1994, 1878 f = Gl 1995, 20), sondern allgemein. In diesem Fall oblag es Rechtsanwalt Q., die am 18.2.1997 ablaufende Berufungsbegründungsfrist zu überwachen.

Was er zu diesem Zweck unternommen hat, läßt sich dem Vorbringen des Beklagten nicht entnehmen. Falls dieses so zu verstehen ist, daß dem „sachbearbeitenden“ Rechtsanwalt Dr. D. die Bearbeitung des Mandats auch im Hinblick auf die Fristen übertragen worden sei, scheitert die von dem Beklagten begehrte Wiedereinsetzung daran, daß die büromäßige Organisation der Fristenüberwachung, derer sich Rechtsanwalt Dr. D. bedient hat, unzureichend war. Dieser Umstand ist dem Beklagten ebenso zuzurechnen (§ 85 Abs. 2 ZPO), wie wenn Rechtsanwalt Q. anstelle von Rechtsanwalt Dr. D. gehandelt hätte (vgl. BGH, Beschl. v. 19.1.1995 - III ZR 107/94, NJW 1995, 1841).

In dem Wiedereinsetzungsgesuch ist das Versehen der Rechtsanwaltsgehilfin R. nur darin erblickt worden, daß sie die „geltende Büroregelung, bei Zweifeln einen Rechtsanwalt zu konsultieren“, mißachtet habe. Aufgrund der – falschen – Auskunft ihrer Kollegin J. hatte Frau R. aber keine Zweifel (mehr). Aus der beschriebenen Büroregelung ergibt sich nichts dafür, daß die Anwaltsgehilfinnen verpflichtet waren, die Erledigung der Frist anhand der Akten oder des fristwahrenen Schriftsatzes zu überprüfen. Ist eine derartige Überprüfung nicht allgemein angeordnet, dürfen sich die Hilfspersonen vielmehr auf ihr Gedächtnis – oder dasjenige von Mitarbeitern – verlassen, liegt es nahe, daß die Fristenkontrolle unzuverlässig ist (vgl. BGH, Beschl. v. 16.5.1997 - VI ZB 12/97, z.V.b.).

c) Allerdings hat der Beklagte zur Begründung der sofortigen Beschwerde ausgeführt, im Büro seines Prozeßbevollmächtigten würden – entsprechend einer allgemein erteilten Weisung – Fristen erst „abgehakt“, wenn die fristwahrende Handlung erfolgt sei, z.B. der fristwahrende Schriftsatz sich bei der Post befinde. Selbst wenn dieser Vortrag noch als bloße Erläuterung unklarer oder Ergänzung unvollständiger Angaben berücksichtigt werden kann (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 4.5.1994 - XII ZB 21/94, NJW 1994, 2097, 2098 = Gl 1995, 2; v.21.3.1995 - VI ZB 5/95, VersR 1995, 933, 934; v. 6.5.1997 - VI ZB 12/97, z.V.b.), so rechtfertigt er keine andere Beurteilung. Auch der nachgeschobene Vortrag besagt nicht, daß der Rechtsanwaltsgehilfin R. ein „Abhaken“ aus der – eigenen oder fremden – Erinnerung heraus, also ohne Nachprüfung anhand der Akten, verboten war.

## Postausgangsfach

- Büroorganisation
- Fristenkontrolle

(BGH, Beschl. v. 9.9.1997 - IX ZB 80/97)

### Leitsatz:

Fristwahrende Maßnahmen dürfen vor ihrer Durchführung im Kalender erst dann als erledigt gekennzeichnet werden, wenn sie eingeleitet sind und allgemein dafür Sorge getragen ist, daß dieser einleitende Vorgang zuverlässig zum Abschluß der fristwahrenden Maßnahme führt. Mit dem Einlegen fristwahrender Schriftsätze in ein Postausgangsfach hat die Einreichung bei dem Adressaten nur begonnen, wenn diese Post anschließend unmittelbar zu dem Adressaten verbracht wird.

### Aus den Gründen:

#### I.

Die Beklagte hat gegen ein Teil- und Grundurteil fristgerecht Berufung eingelegt. Nach mehrfacher Verlängerung lief die Berufungsbegründungsfrist am 7.10.1996 ab. Eine Berufungsbegründung ist erst am 22.10.1996 beim Oberlandesgericht eingegangen. Am selben Tag hat die Beklagte wegen der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Das Oberlandesgericht hat den Antrag zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Dagegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Beklagten.

#### II.

Das gemäß § 519b Abs. 2 ZPO zulässige Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Die Beklagte hat zur Begründung ihres Wiedereinsetzungsgesuchs vorgetragen: Im Büro ihres Prozeßbevollmächtigten pflege man – einer allgemein erteilten Weisung entsprechend – gefertigte und unterschriebene Fristsachen in ein Postausgangsfach zu legen. Anschließend würden die Fristen im Terminkalender gelöscht. Abends werde das Postausgangsfach geleert und sein Inhalt in den Nachtbriefkasten des betreffenden Gerichts eingeworfen.

In der vorliegenden Sache sei die Berufungsbegründungsschrift am 7.10.1996 fertiggestellt und in das Postausgangsfach gelegt worden. Die Frist sei im Kalender gelöscht worden. Danach habe der Prozeßbevollmächtigte dem Ausgangsfach die ge-

samte Post entnommen und auf seinen Schreibtisch gelegt, um sie anschließend zum Nachtbriefkasten zu befördern. Später habe die Bürovorsteherin noch Prozeßkostenhilfe-Unterlagen aufgefunden. Sie habe die auf dem Schreibtisch des Prozeßbevollmächtigten liegende Berufungsbegründungsschrift an sich genommen, die Prozeßkostenhilfe-Unterlagen angeheftet und sodann den so ergänzten Schriftsatz nicht wieder auf den Schreibtisch, sondern in das bereits geleerte Postausgangsfach gelegt, ohne den Prozeßbevollmächtigten hiervon zu verständigen. Im Postausgangsfach sei der Schriftsatz dann bis zum nächsten Tag verblieben.

2. Dieses Vorbringen ist nicht geeignet, ein der Beklagten zuzurechnendes Verschulden ihres Prozeßbevollmächtigten an der Fristversäumung auszuschließen.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehört es zu den Aufgaben des Prozeßbevollmächtigten, dafür zu sorgen, daß ein fristgebundener Schriftsatz hergestellt wird und rechtzeitig bei dem zuständigen Gericht eingeht. Zu diesem Zweck muß der Prozeßbevollmächtigte eine zuverlässige Fristenkontrolle organisieren. Er muß sicherstellen, daß die im Fristenkalender vermerkten Fristen erst gestrichen oder in anderer Weise als erledigt gekennzeichnet werden, wenn die fristwahrende Maßnahme durchgeführt, ein fristwahrender Schriftsatz also gefertigt und zumindest postfertig gemacht worden ist (BGH, Beschl. v. 18.10.1993 - II ZB 7/93, VersR 1994, 703 = GI 1994, 164; v. 8.12.1993 - XII ZB 155/93, BGHR-ZPO § 233 - Fristenkontrolle 31; v. 15.2.1995 - XII ZB 229/94, BGHR-ZPO § 233 - Fristenkontrolle 39; v. 26.2.1996 - II ZB 7/95, NJW 1996, 1540, 1541; v. 14.3.1996 - III ZB 13/96, BGHR-ZPO § 233 - Ausgangskontrolle 5; v. 10.7.1997 - IX ZB 57/97, z.V.b.).

Wird für die Fristenkontrolle bereits daran angeknüpft, daß der fristwahrende Schriftsatz postfertig gemacht worden ist, muß die Beförderung zu der Stelle, für die der Schriftsatz bestimmt ist, organisatorisch so weit vorbereitet sein, daß sie durch Versehen, welche die eigentliche Beförderung nicht betreffen, nicht mehr verhindert werden kann.

b) So war der Bürobetrieb bei den Prozeßbevollmächtigten der Beklagten nicht organisiert.

Die Beklagte hat nicht vorgetragen, ob ihr Prozeßbevollmächtigter es steht so handhabt, daß er die Post, die er in den Nachtbriefkasten einwerfen will, nicht unmittelbar dem Postausgangsfach ent-

nimmt, sondern sie vorübergehend auf seinem Schreibtisch ablegt. Wenn dem so ist, hat er seinen Bürobetrieb nicht so organisiert, wie es erforderlich wäre. Ist hingegen allgemein vorgesehen, daß die Post unmittelbar aus dem Ausgangsfach an ihren Bestimmungsort gelangen soll und ist der Prozeßbevollmächtigte nur an dem fraglichen Tag in der beschriebenen Weise davon abgewichen, trifft ihn ebenfalls ein Verschulden.

**Daß fristwahrende Maßnahmen im Kalender bereits als erledigt gekennzeichnet werden, bevor sie durchgeführt, nämlich erst eingeleitet sind, ist nur dann gerechtfertigt, wenn allgemein dafür Sorge getragen ist, daß dieser einleitende Vorgang zuverlässig zum Abschluß der fristwahrenden Maßnahme führt.** Mit dem Einlegen fristwahrender Schriftsätze in ein Postausgangsfach hat die Einreichung bei dem Adressaten nur begonnen, wenn diese Post anschließend unmittelbar zu dem Adressaten verbracht wird. Bürointern ist das Postausgangsfach dann die „letzte Station“. Im vorliegenden Fall hat der Prozeßbevollmächtigte, indem er die ausgehende Post aus dem dafür vorgesehenen Fach entnahm und sie auf seinem Schreibtisch deponierte, eine weitere „Station“ angehängt, nämlich seinen Schreibtisch, und damit den Vorgang der Einreichung unterbrochen. Einem Versehen – sei es durch den Prozeßbevollmächtigten selbst, sei es durch sein Personal – ist hier Tür und Tor geöffnet.

An dieser Beurteilung ändert nichts, falls die Bürovorsteherin des Prozeßbevollmächtigten – wie in der Beschwerdebegründung vorgetragen – die Berufungsbegründungsschrift nicht wieder in das Postausgangsfach gelegt haben sollte. Jedenfalls hat sie die Schriftsätze auf dem Schreibtisch nicht als die ausgehende Post erkannt.

## GI Aktuell

### **BFH: Der Arbeitgeber haftet regelmäßig nicht für Lohnsteuer auf Trinkgelder**

Der Bundesfinanzhof hat mit Urteil vom 24.10.1997 - VI R 23/94 zum Lohnsteuerabzug bei Trinkgeldern in der Gastronomie Stellung genommen. Dabei hat er zunächst daran festgehalten, daß derartige Trinkgelder Arbeitslohn darstellen. Weiter hat er ausgeführt, daß solche Zuwendungen nach der Vorschrift des § 38 Abs. 1 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes als üblicherweise von einem Dritten gezahlter Arbeitslohn dem Lohnsteuerabzug unterliegen können. Dies ist aber auf Fälle beschränkt, in denen der Arbeitgeber über die

Höhe des Trinkgeldes in Kenntnis gesetzt wird, z.B. weil er in den Zahlungsvorgang eingeschaltet ist oder weil die Arbeitnehmer freiwillig Angaben machen. Ist dies nicht der Fall, haftet der Arbeitgeber nicht, und die Trinkgelder können nur im Rahmen der Einkommensteuer-Veranlagung der Arbeitnehmer erfaßt werden

Das Urteil wird in Kürze veröffentlicht werden. (Pressemitteilung d. BFH v. 11.12.1997, Nr. 18)

#### **EuGH zur Bilanzveröffentlichung von Kapitalgesellschaften**

**Eine nationale Vorschrift, die verhindert, daß jedermann gerichtlich die Offenlegung der Jahresbilanzen einer Gesellschaft verlangen kann, verstößt gegen Gemeinschaftsrecht.**

Der Gerichtshof äußert sich zu §355 des deutschen Handelsgesetzbuches in Bezug auf die Verhängung von Zwangsgeld gegenüber einer Gesellschaft, damit diese ihre Pflicht zur Bilanzoffenlegung erfüllt.

Der Verband hat gerichtlich den Antrag gestellt, der D. Deutschland GmbH unter Androhung von Zwangsmaßnahmen aufzugeben, ihre Jahresbilanzen vorzulegen, die seit 1989 nicht mehr offengelegt wurden. Nach deutschem Recht kann das zuständige Gericht unter Androhung von Zwangsgeld einer Gesellschaft auferlegen, ihre Pflicht zur Offenlegung ihrer Bilanz zu erfüllen; das Gerichtsverfahren kann allerdings nur auf Antrag eines Gesellschafters, eines Gläubigers oder des Betriebsrates der Gesellschaft eingeleitet werden. Der Verband gehört jedoch zu keiner der Personengruppen. Deshalb haben die angerufenen deutschen Gerichte den Antrag abgelehnt.

Das inzwischen befaßte Oberlandesgericht Düsseldorf ist jedoch der Ansicht, daß die deutsche Vorschrift eine Gemeinschaftsrichtlinie über Schutzbestimmungen, die den Gesellschaftern im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, nicht korrekt umgesetzt. Die Richtlinie von 1968 verpflichtet nämlich die Mitgliedstaaten, geeignete Maßregeln für den Fall anzudrohen, daß Gesellschaften ihren Pflichten auf dem Gebiet der Offenlegung des Jahresabschlusses nicht nachkommen. Das OLG hat deshalb das Verfahren ausgesetzt und den Gerichtshof um Auslegung der Richtlinie ersucht.

Der Gerichtshof der EG führt aus, die Richtlinie sei Bestandteil des im EG-Vertrag vorgesehenen

allgemeinen Programms zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, das auch für Gesellschaften gelte. In diesem Rahmen sei im Vertrag selbst vom Ziel des Schutzes der Interessen „Dritter“ die Rede, ohne daß insoweit einzelne Gruppen unterschieden oder ausgeschlossen würden. Somit könne dieser Begriff nicht auf die Gläubiger der Gesellschaft beschränkt werden. Nach der Richtlinie diene die Offenlegung des Jahresabschlusses hauptsächlich der Unterrichtung Dritter, die die buchhalterische und finanzielle Situation der Gesellschaft nicht hinreichend kennen oder kennen können. Demnach sei eine nationale Vorschrift wie die deutsche, die unter „Dritten“ nur solche verstehe, die zur Gesellschaft in vertraglicher Beziehung stünden, zu eng.

Der Gerichtshof weist allerdings darauf hin, daß nach ständiger Rechtsprechung eine Gemeinschaftsrichtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen einzelnen begründen könne, so daß ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich sei. Das hindere aber nicht die etwaige Anwendbarkeit des Grundsatzes, wonach das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem einzelnen durch die unterlassene oder unrichtige Umsetzung einer Richtlinie entstanden sei. (Pressemitteilung d. EuGH v. 4.12.1997)

## **GI Leitsätze**

#### **Rechtsanwalt / Versicherungsberater / Berufsbezeichnung**

Der Rechtsanwalt darf als der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten auch Tätigkeiten wahrnehmen, die zum Berufsbild eines Versicherungsberaters gehören; ob ein gemäß Art. 1 §1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 RBERG zugelassener Versicherungsberater nach seiner Zulassung zur Rechtsanwaltschaft die Zulassung nach dem Rechtsberatungsgesetz behalten und die Berufsbezeichnung „Versicherungsberater“ weiterführen darf, ist keine unter dem Gesichtspunkt eines Versagungsgrunds nach § 7 Nr. 8 BRAO relevante Frage.

(BGH, Beschl. v. 26.5.1997 – AnwZ [B] 65/96)

#### **Fristenkontrolle / Änderung der Postlaufzeiten / Fahrplanwechsel der Bundesbahn**

1. Zur Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Klagefrist, wenn sich mit einem Fahrplanwechsel der Eisenbahn die Postlaufzeiten verlängert haben.



2. Die Festsetzungsfrist gehört nicht zu den Fristen, bei deren Versäumung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden kann. (BFH, Urt. v. 21.10.1996 - VI R 4/94, BFH/NV 1997, 330)

#### Werbung / Berufliche Tätigkeit des Anwalts / „Forderungseinzug“

Der Anwalt darf auch mit einem Tätigkeitsschwerpunkt werben, der kein Rechtsgebiet, sondern eine fachübergreifende rechtliche Aufgabe bezeichnet, sofern das rechtsuchende Publikum daraus einen inhaltlich hinreichend abgrenzbaren Bereich anwaltlicher Tätigkeit zu erkennen vermag (hier: Forderungseinzug).

(BGH, Beschl. v. 26.5.1997 - AnwZ [B] 64/96)

#### Fristenkontrolle / Organisationsfehler / Schlüssige Darlegung eines Wiedereinsetzungsantrages

1. Beruft sich der Prozeßbevollmächtigte auf ein (von ihm nicht zu vertretendes) Büroversehen, so muß er darlegen, daß kein Organisationsfehler vorliegt, d. h., daß er alle Vorkehrungen dafür getroffen hat, die nach vernünftigem Ermessen die Nichtbeachtung von Fristen auszuschließen geeignet sind, und daß er durch regelmäßige Belehrung und Überwachung seiner Bürokräfte für die Einhaltung seiner Anordnungen Sorge getragen hat (vgl. BFH, Beschl. v. 30.3.1994 - II R 56/93, BFH/NV 1995, 38, m.w.N.).

2. Nach diesen Grundsätzen reicht es zur schlüssigen Darlegung eines Wiedereinsetzungsgrundes insoweit nicht aus, wenn nur vorgetragen wird, daß eine Mitteilung der Eintragung der Revisionsbegründungsfrist in das vom Prozeßbevollmächtigten ohne nähere Erläuterung so bezeichnete Fristenkontrollbuch an den zuständigen Sachbearbeiter versehentlich nicht erfolgt sei. Damit wird bereits nicht hinreichend deutlich, wem dieses Versehen anzulasten ist, dem Prozeßbevollmächtigten selbst oder einem Mitarbeiter, gegebenenfalls ob hinsichtlich der Auswahl, Belehrung und Überwachung dieser Bürokraft den Anforderungen entsprochen wurde. Nicht hinreichend substantiiert vorgetragen wird damit auch, ob das vom Prozeßbevollmächtigten so bezeichnete Fristenkontrollbuch den an ein solches zu stellenden organisationsmäßigen Anforderungen genügt. Notwendig ist in einem derartigen Fall darüber hinaus eine Darlegung darüber, daß eine für eine ordnungsgemäße Büroorganisation unerläßliche Ausgangskontrolle eingerichtet ist.

(BFH, Beschl. v. 16.10.1996 - II R 3/96, BFH/NV 1997, 359)

## GI Hinweise

1. Der Verlag Dr. Otto Schmidt KG legt als zweiten Band der Reihe „Aktuelle Wirtschaftsförderung“ einen Überblick über Maßnahmen zur Mittstands-förderung seitens der EU, des Bundes, der Länder, Kreise und Kommunen vor. Darüber hinaus berichten die Autoren über Erfahrungen aus der Praxis der Mittelstandsförderung. Schwerpunkte bilden hierbei u.a. der Zugang zum Kapitalmarkt, Eigenkapitalhilfe, Technologie- und Informations-transfer und neue Wege zur Förderung und Stabilisierung von Existenzgründungen. (Ridinger/Steinröx: Mittelstandsförderung in der Praxis, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 234 Seiten, DIN A 5, DM 68,-, ISBN 3-504-40071-4)

2. In völlig neubearbeiteter Auflage ist der unverzichtbar gewordene Handkommentar von STRECK zum Körperschaftsteuergesetz erschienen. Auch die Neuauflage kommentiert in prägnanter und präziser Form. Das Werk zeichnet sich durch einen großen Praxisbezug aus. STRECK gibt wertvolle Beratungs- und Gestaltungshilfen. Hervorzuheben ist das ABC der verdeckten Gewinnausschüttung. Der STRECK gehört in jede Steuerberatungskanzlei. (Dr. Michael Streck, Rechtsanwalt: STRECK Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, Körperschaftsteuergesetz mit Nebengesetzen, 5. völlig neubearbeitete Auflage 1997, 765 Seiten, Leinen, DM 138,-, ISBN 3-406-42358-2)

3. Der Verlag Dr. Otto Schmidt KG legt ein „Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement“ vor. Das von Heussen herausgegebene Handbuch hilft dem Anwalt, komplizierte Vertragswerke fehlerlos vorzubereiten, zu entwerfen, zu systematisieren sowie Änderungen effizient durchzuführen, ohne dabei dauerhaft die Übersicht zu verlieren. Der erste Teil des Buches ist der Verhandlungstechnik und -taktik gewidmet. Im zweiten Teil wird gezeigt, wie komplizierte Austauschverträge auf ein einheitliches Grundmuster reduziert und über ein System zu klaren Verträgen zusammengefügt werden können. Der dritte Teil befaßt sich mit dem Grundmuster bei gesellschaftsrechtlichen Verträgen. Ausführliche Beispiele helfen bei der praktischen Umsetzung. Das Werk schließt mit Vorschlägen zur außergerichtlichen Konfliktlösung. (Heussen [Hersg.]: Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement - Planung, Verhandlung, Design und Durchführung von Verträgen. Hrsg. Von RA Dr. Benno Heussen; bearbeitet von Prof. Dr. Stephan Breidenbach, RA Dr. Benno Heussen, RA Dr. Martin Imbeck, Notar Dr. Norbert Mayer, RA Sieghart Ott, RA Dr. Holger Peres, RA Dr. Reiner Ponschab, Notar Dr. Bernd Wegmann. Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 996 Seiten, Lexikonformat, gebunden, 248,- DM, ISBN 3-504-06122-7)

# Stichwort- und Entscheidungsverzeichnis

## Heft 1

### Abschlußprüfung

- Dritthaftung 98, 20

### Belehrungspflicht des StB/WP

- Bankgespräch, Hinzuziehung zu Belehrungspflicht 98, 9
- Grundstückshandel, gewerblicher 98, 9

### Beratung

- Umfang 98, 9

### Berufungsbegründungsfrist

- Wiedereinsetzung 98, 3

### Dritthaftung

- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
- = Prüfungsauftrag 98, 8

### Freie Mitarbeiter

- Honoraranspruch 98, 16
- Wettbewerbsverbot 98, 16

### Fristenkontrolle

- Ausgangskontrolle
- = Postausgangsfach 98, 22
- Bote
- = Weisung 98, 19
- Fristenkontrollbuch
- = Friststreichung 98, 20, 22
- Fristversäumnis, unverschuldetes
- = Postlaufzeit, DB-Fahrplanwechsel 98, 24
- Organisationsanweisung
- = Darlegung, schlüssige 98, 25
- Weisung an Bürokräft
- = Eindeutigkeit 98, 19

### GI Aktuell

- Arbeitgeberhaftung, Lohnsteuer 98, 23
- Bilanzveröffentlichung 98, 24
- Kosten künstlicher Befruchtung 98, 2
- Trinkgelder, Lohnsteuer 98, 23
- Vermietung, Liebhaberei 98, 2

### Grundstückshandel

- Mehrfamilienhaus, Privatvermögen 98, 9

### Honoraranspruch des StB

- Mitarbeiter, freie 98, 16

### Rechtsanwalt

- Berufsbezeichnung
- = Versicherungsberater 98, 24
- Tätigkeitsschwerpunkt
- = Forderungseinzug 98, 25

### Schaden

- Eigentumswohnungen, Aufteilung in - 98, 9
- Zinsschaden, Steuererklärungsfrist 98, 12

### Steuerberatungsvertrag

- Bankgespräch 98, 9

### Werbeverbot

- Forderungseinzug 98, 25

### Wettbewerbsverbot

- Mitarbeiter, freie 98, 16

### Wiedereinsetzung

- Antrag
- = Darlegung, schlüssige 98, 25
- = Frist 98, 6
- = Organisationsanweisungen 98, 25
- = Sachvortrag, unvollständiger 98, 6

- BGH v. 13.2.1997 - III ZR 285/95 98, 3
- BGH v. 27.2.1997 - I ZB 50/96 98, 6
- BGH v. 26.5.1997 - AnwZ (B) 64/96 98, 25
- BGH v. 26.5.1997 - AnwZ (B) 65/96 98, 24
- BGH v. 28.5.1997 - III ZR 277/95 98, 8
- BGH v. 10.7.1997 - IX ZB 57/97 98, 20
- BGH v. 12.8.1997 - VI ZB 22/97 98, 19
- BGH v. 9.9.1997 - IX ZB 80/97 98, 22

- OLG Hamm v. 15.5.1996 - 25 U 54/95 98, 9
- OLG Hamm v. 8.11.1996 - 25 U 188/95 98, 12
- OLG Hamm v. 15.11.1995 - 25 U 157/94 98, 16

- BFH v. 16.10.1996 - II R 3/96 98, 25
- = BFH/NV 1997, 359
- BFH v. 21.10.1996 - VI R 4/94 98, 24
- = BFH/NV 1997, 330
- BFH v. 18.6.1997 - III R 84/96 98, 2
- BFH v. 30.9.1997 - IX R 80/94 98, 2
- BFH v. 24.10.1997 - VI R 23/94 98, 23





Die elektronische GI-Gesamtausgabe 1980-1997 erschließt Rechtsprechung rund um das Thema Mandat und Mandatsvertrag. Sie zeigt Grenzen und Risiken des Berufsalltags auf, zum Beispiel bei den Themen Beratungsrisiko, Belehrungspflicht, Haftung,

Versicherungsschutz, Honorar, Zurückbehaltungsrecht, Büroorganisation etc.

Weitere Informationen finden Sie in der GI-Beilage dieser Ausgabe. Bestellungen an GI-Service Fax-Hotline (02 21) 1 44-51 55.

#### GI-BEILAGE 1/98

Dieser Ausgabe liegt eine Information über eine Rechtsschutzversicherung für Steuerstraft- und Steuerbußgeldverfahren bei.

#### IMPRESSUM

GI-Gerling Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe  
ISSN 1430-550 X

##### Herausgeber:

Gerling  
Unternehmenskommunikation  
50597 Köln  
Telefon: (02 21) 1 44-72 98  
Telefax: (02 21) 1 44-51 27

##### Redaktion:

Dr. Jürgen Gräfe, Fachanwalt für  
Steuerrecht (verantwortlich);  
Monika Reifferscheid M. A.

##### Erscheinungsweise:

12 mal im Jahr, jeweils am  
10. des Monats

##### Satz:

Type Connection, Erfstadt

##### Druck:

Pilgram Druck GmbH, Rösrath

##### Bezugsmöglichkeiten:

Nur im Jahresabonnement.  
Preis: DM 96,- jährlich inklusive  
Mehrwertsteuer und Versandkosten.  
Die Postgebühren sind jeweils ein-  
geschlossen. Bestellungen nimmt  
der Herausgeber entgegen.

##### Nachdruck:

Nur mit vorheriger schriftlicher  
Zustimmung.