

## INHALT:

<b>GI Aktuell</b>	Seite 28
<b>Berufshaftpflichtversicherung</b>	Seite 29
Rechtsanwalt, § 51 BRAO / Kanzlei in Italien (BGH, Beschl. v. 24.11.1997 - AnwZ [B] 38/97)	
<b>Steuerberaterhaftung</b>	Seite 31
Belehrungspflichten / Inhalt eines umfassenden Dauermandats / Verrechnung von Gewinn- und Verlustbetrieb (BGH, Urt. v. 20.11.1997 - IX ZR 62/97)	
<b>Steuerberaterhaftung</b>	Seite 34
Fehlerhafte Auskunft, hier: Höhe der Vorsteuererstattung / Schaden, hier: Bauvorhaben / Haftungsbegrenzung, Schutzzweck der verletzten Pflicht / Vermögenslage ohne Vermögensdisposition / Darlegungs- und Beweislast, § 287 ZPO, des Mandanten (BGH, Urt. v. 20.11.1997 - IX ZR 286/96)	
<b>Kausalität</b>	Seite 36
Beratungskonformes Verhalten / Anscheinsbeweis / Mitverschulden des neuen Prozeßbevollmächtigten / Arbeitsrechtlicher Abfindungs- anspruch und Zugewinnausgleich (BGH, Urt. v. 13.11.1997 - IX ZR 37/97)	
<b>Abschlußprüfung</b>	Seite 40
Mitwirkungsverbot, § 319, Abs. 2 Nr. 5 HGB / Steuerliche und wirtschaftliche Beratung (BGH, Urt. v. 21.4.1997 - II ZR 317/95)	
<b>Fristenkontrolle</b>	Seite 43
Anordnung einer Vorfrist / Behandlung von Vorfristen / Ausnutzung einer Frist bis zum letzten Tag (BGH, Beschl. v. 27.5.1997 - VI ZB 10/97)	
<b>Fristenkontrolle</b>	Seite 45
Fristenüberwachung durch RA / Aktenvorlage (BGH, Beschl. v. 14.1.1997 - VI ZB 24/96)	
<b>Steuerberaterhonorar</b>	Seite 46
unter den Sätzen der StBGebV? / Nachträgliche Erhöhung? (OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.2.1996 - 13 U 255/95)	
<b>Steuerberatungsgesellschaft mbH</b>	Seite 48
Haftung des Geschäftsführers, § 31 BGB / Steuerberatung des Geschäftsführers (OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.4.1994 - 13 U 105/93)	
<b>GI Hinweise</b>	Seite 51



## GI Aktuell

### **BFH: Sogenanntes Zwei- oder Dreikontenmodell steuerlich anerkannt**

Der XI. und der X. Senat des Bundesfinanzhofs (BFH) hatten dem Großen Senat des BFH die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob Schuldzinsen auch dann als Betriebsausgaben abziehbar sind, wenn der Steuerpflichtige Betriebseinnahmen auf einem gesonderten Einnahmekonto erfaßt, um hierüber private Aufwendungen (z. B. für den Kauf oder für den Bau eines privaten Einfamilienhauses) zu finanzieren, während die Betriebsausgaben von einem betrieblichen Ausgabenkonto unter Inanspruchnahme eines Kredit gezahlt werden.

Der Große Senat hat nun das sog. Zwei- oder Dreikontenmodell steuerlich anerkannt. Er hat durch Beschl. v. 8. 12. 1997 – GrS 1-2/95 unter weitgehender Bezugnahme auf seinen früheren Beschl. v. 4. 7. 1990 – GrS 2-3/88 (BFHE 161, 290, BStBl II 90, 817) entschieden, daß der Steuerpflichtige berechtigt ist, z. B. die Kasseneinnahmen auf einem Konto einzuzahlen, das nur privaten Auszahlungen dient. Dies berührt die betriebliche Veranlassung des durch private Auszahlungen ausgelösten betrieblichen Kreditmittelbedarfs nicht. Betriebliche Auszahlungen von dem dem betrieblichen Zahlungsverkehr gewidmeten Ausgabenkonto und die damit einhergehende Erhöhung des Schuldsaldos sind ungeachtet der Tatsache, daß der Finanzierungsbedarf durch die Barentnahmen ausgelöst worden ist, ausschließlich betrieblich veranlaßt. Die damit zusammenhängenden Schuldzinsen sind als Betriebsausgaben abziehbar. Der Steuerpflichtige ist, wie bisher durch die Rechtsprechung des BFH schon anerkannt war, berechtigt, Eigenkapital durch Fremdkapital zu ersetzen. Dies folgt aus dem Grundsatz, daß der Steuerpflichtige in seiner Entscheidung frei ist, ob er zur Erzielung steuerpflichtiger Einkünfte Eigenkapital oder Fremdkapital einsetzt.

(Pressemitteilung d. BFH v. 22. 1. 1998, Nr. 3)

### **BFH: Förderung des Motorsports kann gemeinnützig sein**

In einem beim Bundesfinanzhof geführten Rechtsstreit war zu entscheiden, ob die Förderung des nicht kommerziellen Automobilsports gemeinnützig sein kann, obwohl diese Sportart unfallträchtig ist und zu erhöhten Umweltbelastungen führen kann. Der Bundesfinanzhof hat die Frage in seiner Entscheidung vom 29.10.1997 – I R 13/97 bejaht, weil § 52 Abs. 2 der Abgabenordnung (AO) allgemein die Förderung des Sports den gemeinnützigen Zwecken zurechnet. Als entscheidendes Kriterium für die steuerrechtliche Förderungswürdig-

keit des Motorsports hat er die Eignung des Motorsports ebenso wie die der anderen Sportarten zur körperlichen Ertüchtigung angesehen. Nach Auffassung des Gerichts ist es allein Aufgabe des Gesetzgebers, Zielkonflikte innerhalb des Katalogs der steuerbegünstigten Zwecke nach § 52 Abs. 2 AO durch Einschränkung der begünstigten Zwecke oder durch Regelungen im Polizei-, Umwelt- und Ordnungsrecht zu lösen. Dies gilt nach der Entscheidung auch für etwaige Zielkonflikte zwischen dem verfassungsrechtlichen Staatsziel des Umweltschutzes gemäß Art. 20a des Grundgesetzes und dem Katalog der nach § 52 Abs. 2 AO steuerbegünstigten Zwecke.

(Pressemitteilung d. BFH v. 9.1.1998, Nr. 1)

### **BFH: Konkurrentenklage gegen Steuerbefreiung von wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb einer gemeinnützigen Körperschaft grundsätzlich zulässig**

Steuervergünstigungen können zu erheblichen Wettbewerbsvorteilen führen. Zahlreiche Unternehmen klagen daher gegen Finanzämter, um für sich Steuervergünstigungen zu sichern. Selten sind dagegen Klagen, durch die Dritte erreichen wollen, daß das Finanzamt einem ihrer Konkurrenten eine Steuervergünstigung versagt. Derartige Konkurrentenklagen sind in der Regel unzulässig. Denn die Vorschriften des Steuerrechts dienen meist nur den öffentlichen Interessen und nicht auch dem individuellen Schutz Dritter.

Nach einem jetzt bekanntgegebenen Urteil des Bundesfinanzhofs vom 15.10.1997 – I R 10/92 gilt dies jedoch nicht für die Regelungen über die Steuerbefreiung von wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben, sog. Zweckbetrieben, gemeinnütziger Körperschaften (§§ 64 bis 68 der Abgabenordnung in Verbindung mit z.B. § 5 Abs. 1 Nr. 9 Satz 2 des Körperschaftsteuergesetzes). Ein Verstoß der Finanzbehörden gegen diese Vorschriften des Gemeinnützigkeitsrechts kann, wenn er wettbewerbsrelevant ist, zu einer Verletzung von Rechten eines Konkurrenten führen, gegen die dieser sich als Dritter mit einer Klage wehren kann.

Das Urteil des Bundesfinanzhofs hat ein Arzt erstritten. Er wollte erreichen, daß ein mit ihm auf medizinischem Gebiet in Wettbewerb stehender Verein von den Finanzbehörden nicht weiterhin wegen Verfolgung gemeinnütziger Zwecke von der Besteuerung freigestellt wird. Die Klage hatte in dem entschiedenen Fall allerdings keinen Erfolg, weil der Arzt nicht ausreichend dargelegt hatte, daß der durch die Nichtbesteuerung des Vereins in seinen Rechten beeinträchtigt worden sei.

(Pressemitteilung d. BFH v. 31.12.1997, Nr. 19)

## Berufshaftpflichtversicherung

- Rechtsanwalt, § 51 BRAO
- Kanzlei in Italien  
(BGH, Beschl. v. 24.11.1997 – AnwZ [B] 38/97)

### Leitsatz:

**Einem deutschen Rechtsanwalt, der die in § 51 BRAO vorgeschriebene Haftpflichtversicherung nicht unterhält, ist die Zulassung auch dann zu entziehen, wenn er von der Residenzpflicht befreit ist und eine Kanzlei nur im Ausland eingerichtet hat.**

### Aus den Gründen:

I. Der Antragsteller ist seit 1990 als Rechtsanwalt bei dem Amtsgericht und Landgericht zugelassen. Er hat in Mailand eine Anwaltskanzlei eingerichtet und in Italien die Zulassung als *Avvocato* erhalten. Auf seinen Antrag wurde er zunächst bis zum 31.12.1995, im Laufe des Verfahrens bis zum 31.12.2000 von der Residenzpflicht des § 27 Abs. 1 BRAO befreit.

Mit Verfügung vom 27.6.1996 hat der Antragsgegner die Zulassung des Antragstellers zur Rechtsanwaltschaft gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 10 BRAO widerrufen, weil die in § 51 BRAO vorgeschriebene Berufshaftpflichtversicherung fehlte. Den Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat der Anwaltsgerichtshof zurückgewiesen. Dagegen hat der Antragsteller sofortige Beschwerde eingelegt, inzwischen jedoch die geforderte Haftpflichtversicherung abgeschlossen, worauf der Antragsgegner die angegriffene Verfügung aufgehoben hat. Der Antragsteller beantragt nunmehr festzustellen, daß der Widerruf rechtswidrig war und er nicht nach § 51 BRAO verpflichtet ist, eine Haftpflichtversicherung zu unterhalten, hilfsweise, den Antragsgegner zu verpflichten, die italienische Haftpflichtversicherung zu überprüfen, ob sie den Anforderungen des § 51 BRAO genügt.

II. Die gemäß § 42 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 BRAO zulässige Beschwerde führt nicht zu dem vom Antragsteller erstrebten Erfolg.

1. Durch die Aufhebung der Widerrufsverfügung während des Beschwerdeverfahrens hat sich die auf Beseitigung dieses Bescheids gerichtete Hauptsache erledigt. Diese Rechtsfolge war im Tenor der Entscheidung klarstellend auszusprechen (vgl. Senatsbeschl. v. 1.3.1993 – AnwZ [B] 29/92, BRAK-Mitt 1993, 105). In einem solchen Falle ist in der Regel nur noch über die Verfahrenskosten und die Auslagen der Beteiligten entsprechend §§ 91a ZPO, 13 a

FGG zu befinden. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Antragsteller ausdrücklich eine Erledigungserklärung ablehnt und die Entscheidung über einen von ihm gestellten Sachantrag begehrt (Senatsbeschl. v. 1.3.1993, a.a.O.). Der Senat hat daher den vom Antragsteller in der Beschwerdeinstanz eingeführten Feststellungsantrag sowie den Hilfsantrag zu bescheiden.

2. Der Feststellungsantrag ist zulässig.

a) Grundsätzlich besteht im Streitverfahren über die Entziehung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft nicht die Möglichkeit, vom Anfechtungsantrag zu einem der Klage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO entsprechenden Feststellungsbegehren überzugehen, weil der Gesetzgeber bewußt davon abgesehen hat, in der BRAO eine solche Möglichkeit zu eröffnen (Senatsbeschl. v. 26.5.1986 – AnwZ [B] 5/86; v. 27.5.1991 AnwZ [B] 7/91; v. 1.3.1993, a.a.O.; vgl. auch *Notarsenat*, BGHZ 67, 343, 345). Ein Rechtsschutzbedürfnis für den nach Erledigung der Hauptsache gestellten Feststellungsantrag ist jedoch ausnahmsweise anzuerkennen, wenn der Antragsteller sonst in seinen Rechten beeinträchtigt wäre und die begehrte Feststellung zugleich geeignet ist, eine Rechtsfrage allgemein zu klären, die sich für den Rechtsanwalt in Zukunft erneut stellen wird (Senatsbeschl. v. 26.5.1986, a.a.O.; v. 27.5.1991, a.a.O.; vgl. auch *Notarsenat*, BGHZ 67, 343, 347; 81, 66, 68 f).

b) Entsprechende Voraussetzungen sind im Streitfall gegeben. Der Antragsteller hat die Haftpflichtversicherung nach Erlaß den erstinstanzlichen Entscheidung ersichtlich nur abgeschlossen, um zu verhindern, daß bei einer ihm ungünstigen Entscheidung über die Beschwerde die Entziehung der Zulassung bestandskräftig wird. Zwischen ihm und dem Antragsgegner besteht weiterhin Streit darüber, ob der Antragsteller, solange er in Deutschland keine Kanzlei eingerichtet hat, die von § 51 BRAO geforderte Haftpflichtversicherung benötigt, wenn er seine Zulassung nicht nach § 14 Abs. 2 Nr. 10 BRAO verlieren will. Der Antragsteller beabsichtigt, die entsprechende Versicherung im Falle einer ihm günstigen gerichtlichen Entscheidung unverzüglich zu kündigen. Auch eine Entscheidung über den Feststellungsantrag führt hier zur abschließenden Klärung des Streitpunktes, der das Verfahren zwischen den Beteiligten ausgelöst hat und allein in der unterschiedlichen Beurteilung einer Rechtsfrage besteht.

Daher ist kein vernünftiger Grund dafür ersichtlich, eine Sachentscheidung davon abhängig zu machen,

daß der Antragsteller auf seinem ursprünglichen Verhalten, sich nicht gegen Regreßansprüche in Deutschland zu versichern, beharrt und damit das Risiko einer rechtskräftigen gerichtlichen Bestätigung der ihm nachteiligen Verfügung auf sich nimmt. Davon abgesehen ist die Rechtsfrage, ob deutschen Rechtsanwälten, die nur im Ausland eine Kanzlei betreiben, die Zulassung zu entziehen ist, sofern sie nicht die in § 51 BRAO vorgesehene Haftpflichtversicherung unterhalten, bisher höchstrichterlich nicht entschieden und deshalb sowohl für die Justizverwaltung als auch die Rechtsanwaltskammern von grundsätzlicher Bedeutung.

3. Der Feststellungsantrag ist jedoch unbegründet. Entgegen der Meinung des Antragstellers verletzt die in § 51 BRAO vorgesehene Verpflichtung, eine Haftpflichtversicherung zu unterhalten, einen in Deutschland zugelassenen Anwalt, der ausschließlich im Ausland eine Kanzlei errichtet hat, nicht in seinen Rechten.

a) § 51 BRAO schreibt jedem in Deutschland zugelassenen Rechtsanwalt vor, eine Haftpflichtversicherung mit dem dort näher vorgesehenen Inhalt abzuschließen. Die Haftpflichtversicherung des Antragstellers bei einer in Italien ansässigen Gesellschaft genügt den gesetzlichen Voraussetzungen nicht, weil nicht nachgewiesen ist, daß jenes Versicherungsunternehmen zum Geschäftsbetrieb in Deutschland zugelassen und im Versicherungsvertrag verpflichtet worden ist, der zuständigen Landesjustizverwaltung und der zuständigen Rechtsanwaltskammer den Beginn und die Beendigung oder Kündigung des Versicherungsvertrages sowie jede Änderung, die den vorgeschriebenen Versicherungsschutz beeinträchtigt, unverzüglich mitzuteilen (vgl. § 51 Abs. 1 Satz 2, Abs. 6 BRAO).

Mit der Befreiung des Antragstellers von der Verpflichtung, eine Kanzlei in Deutschland einzurichten (§ 29a Abs. 2 BRAO), ist eine solche Versicherung nicht sinnlos geworden. Der Antragsteller ist trotz der Verlegung seiner Tätigkeit ins Ausland berechtigt geblieben, seinen Beruf in Deutschland auszuüben. Die für Anwälte ohne Kanzlei in Deutschland zunächst in § 29a Abs. 2 BRAO vorgesehenen Einschränkungen sind nicht Gesetz geworden (vgl. dazu die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer, BRAK-Mitt 1988, 124, 125). Der Antragsteller unterliegt auch nicht den Bestimmungen des Rechtsanwaltsdienstleistungsgesetzes.

Die Vorschrift des § 51 BRAO dient dem Schutz des rechtsuchenden Publikums. Dieses soll darauf vertrauen können, daß eventuelle Schadenersatz-

ansprüche gegen den Rechtsanwalt im Rahmen des vorgeschriebenen Versicherungsschutzes ohne weiteres durchsetzbar sind (vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf, BT-Drucks. 12/4993, S. 25). Das ist nur dann hinreichend gesichert, wenn die Haftpflichtversicherung uneingeschränkt den in § 51 BRAO normierten Anforderungen genügt. Da die gesetzliche Regelung ihren Zweck auch bei einem in Deutschland zugelassenen Rechtsanwalt, der sich allein im Ausland niedergelassen hat, erfüllt, steht die angefochtene Verfügung im Einklang mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG und dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG).

b) Die Vorschriften der Art. 52 bis 60 EG-Vertrag (EGV), die die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit betreffen, finden auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt keine Anwendung; denn ihm fehlt es an dem notwendigen Auslandsbezug. Art. 52 ff EGV verpflichten zum Abbau von Beschränkungen zu Lasten von Angehörigen anderer Mitgliedsstaaten (vgl. Art. 53 EGV); über die Rechte von Inländern verhalten sich diese Bestimmungen nicht. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften gelten sie daher nicht für Betätigungen, von deren wesentlichen Elementen keines über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweist (EuGH, Ur. v. 26.1.1993 - C-112/91, Slg. 1993 I-429, 469 f Rdn. 13 ff; v. 16.2.1995 - C-29-35/94, Slg. 1995 I-301, 316 Rdn. 9; v. 12.12.1996 - C-3/95, AnwBl 1997, 114 Rdn. 14; vgl. auch Troberg, in: v.d. Gröben/Thiesing/Ehlmann, Komm. zum EU-/EG-Vertrag 5. Aufl., Art. 52 Rdn. 61-63).

Im Streitfall geht es allein darum, welche Beschränkungen das deutsche Recht einem deutschen Anwalt für dessen Berufsausübung in Deutschland auferlegen darf. Aus der Tatsache, daß der Antragsteller nur in Italien eine Anwaltskanzlei betreibt, ergibt sich nicht der in den genannten Bestimmungen vorausgesetzte internationale Bezug, weil die hier zu treffende Entscheidung die Berechtigung des Antragstellers, in Italien als Avvocato tätig zu sein, nicht berührt.

c) Davon abgesehen wäre die angegriffene Verfügung selbst dann nicht zu beanstanden, wenn man sie an Art. 52 EGV messen würde. Da der Antragsteller berechtigt ist, sich in Deutschland als Rechtsanwalt niederzulassen, er also nicht den Beschränkungen unterliegt, die ein ausländischer Anwalt zu beachten hat, der in Deutschland Dienstleistungen erbringen will, kämen nicht Art. 59, 60 EGV sondern nur Art. 52 ff EGV zur Anwendung (vgl. EuGH, Ur. v. 30.11.1995 - C-55/94, NJW 1996, 579, 580 Rdn. 22; Senatsbeschl. v. 18.11.1996 - AnwZ [B] 28/96, NJW 1997, 867, 868). Deshalb kann

der Antragsteller für sich nichts daraus herleiten, daß ausländische Anwälte, die gelegentlich in Deutschland Dienstleistungen erbringen, nicht der Versicherungspflicht nach § 51 BRAO unterliegen.

Da der Antragsteller im Vergleich zu seinen deutschen Kollegen keine zusätzlichen rechtlichen Beschränkungen für die Berufsausübung in Deutschland hinnehmen muß, ist die Regelung des § 51 BRAO – wie oben zu a) ausgeführt – aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Sie ist auch geeignet, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles zu gewährleisten und geht nicht über das hinaus, was zum Schutz des rechtsuchenden Publikums in Deutschland erforderlich ist (vgl. dazu EuGH, Urt. v. 30.11.1995, a.a.O., S. 581 Rdn. 37; Senatsbeschl. v. 18.11.1996, a.a.O.); denn gemäß § 51 Abs. 3 Nr. 2 BRAO darf die Haftung für Ersatzansprüche aus Tätigkeiten über in anderen Staaten unterhaltene Kanzleien von der Versicherung ausgeschlossen werden. Nicht jede Tätigkeit des Beschwerdeführers als Rechtsanwalt in Deutschland erfolgt zwingend – und insbesondere für die Mandanten erkennbar – von seiner Kanzlei in Mailand aus.

4. Der in der mündlichen Verhandlung gestellte Hilfsantrag ist nicht zulässig, weil Gegenstand des Verfahrens nur die Anfechtung der vom Antragsgegner erlassenen Verfügung ist.

5. Da die Entscheidung somit nicht von der Beurteilung einer nicht hinreichend geklärten Rechtsfrage aus dem Gemeinschaftsrecht abhängt, kam eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nach Art. 177 EGV nicht in Betracht.

## Steuerberaterhaftung

- Belehrungspflichten
- Inhalt eines umfassenden Dauermandats
- Verrechnung von Gewinn- und Verlustbetrieb (BGH, Urt. v. 20.11.1997 – IX ZR 62/97; Berufungsurteil: OLG Zweibrücken, GI 1997, 117)

### Leitsatz:

**Zur Pflicht eines mit einem umfassenden Dauermandat betrauten steuerlichen Beraters, den Auftraggeber bei einer Ausweitung der gewerblichen Tätigkeit auf steuerlich günstige Gestaltungsformen hinzuweisen.**

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger betrieb seit etwa 1976 unter der Firma G.H.-Modelle einen Textilgroßhandel. Bereits seit 1970 betreute die Beklagte den Kläger in steuerlicher Hinsicht; ihre Tätigkeit umfaßte die Buchhaltung, die Aufstellung der Bilanzen, die Abfassung der Steuererklärungen, die Führung von Lohnkonten und die steuerliche Beratung. Nach erheblichen Verlusten begann der Kläger im Jahre 1980, seine Tätigkeit auf das Kunsthandels- und Auktionsgeschäft auszuweiten. Am 30.7.1980 wurde die Firma „Kunst- und Auktionshaus . . . F.G.H.“ in das Handelsregister eingetragen; die Gewerbeanmeldung datiert vom 4.8.1980.

Um die Verluste aus dem Textilgroßhandel mit den im Kunsthandel und Auktionsgeschäft erzielten Gewinne ausgleichen zu können, schloß der Kläger am 30.12.1983 auf den Rat der Beklagten als Inhaber der beiden Unternehmen einen Vertrag mit sich selbst, wonach die Firma G.H.-Modelle organisatorische Arbeiten für das Kunst- und Auktionshaus übernehmen sollte. Das Finanzamt erkannte diesen „Vertrag“ und die auf dessen Grundlage in Rechnung gestellten Zahlungen nach einer im Jahre 1991 durchgeführten Betriebsprüfung nicht an.

Deshalb blieben Verluste aus dem Textilgroßhandel unausgeglichen; das führte nach der Behauptung des Klägers in den Jahren 1985 bis 1991 zu einer Gewerbesteuerbelastung in Höhe von 201.012,08 DM. Unter Berücksichtigung damit verbundener Einkommensteuervorteile hat der Kläger seinen Schaden auf 195.016,28 DM errechnet.

Er nimmt die Beklagte auf Ersatz dieses Schadens in Anspruch. Er hat behauptet, die Beklagte habe ihm zur Errichtung eines zweiten Betriebs für den neuen Tätigkeitsbereich geraten. Diese Beratung sei pflichtwidrig gewesen; die Beklagte hätte ihm eine Gestaltungsform empfehlen müssen, mit der eine Verrechnung der Verluste und Gewinne aus den beiden Tätigkeiten erreichbar gewesen wäre. Eine solche Möglichkeit hätte bestanden, wenn beide Tätigkeitsbereiche in einem Betrieb zusammengefaßt worden wären; er hätte zu diesem Zweck auch mit seiner Ehefrau eine Personengesellschaft gründen können.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger den Klageanspruch weiter.

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung.

**Aus den Gründen:**

I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung der Klageabweisung ausgeführt, der Kläger habe gegenüber dem Vorbringen der Beklagten, sie sei mit steuerlichen Fragen im Zusammenhang mit der Gründung des Kunst- und Auktionshauses nicht befaßt gewesen, nicht substantiiert dargelegt, wann, wo und bei welcher Gelegenheit die Beklagte ihn vor der Gründung jenes Betriebs in der behaupteten Weise beraten habe. Das Berufungsgericht ist offenbar davon ausgegangen, eine Pflichtverletzung der Beklagten könne nur dann vorliegen, wenn der Kläger ihr dafür einen zusätzlichen Sonderauftrag erteilt habe. Diese rechtliche Beurteilung ist, wie die Revision zu Recht rügt, unzutreffend.

Die Beklagte war seit 1970 aufgrund eines umfassenden Dauermandats als steuerliche Betreuerin für den Kläger tätig. Bei einem solchen Auftragsverhältnis hat der Steuerberater den Mandanten von sich aus – also ungefragt – über die steuerlich bedeutsamen Fragen einschließlich insoweit bestehender zivilrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten zu beraten (BGHZ 129, 386, 396 = GI 1995, 169; Senatsurt. v. 7.5.1992 – IX ZR 151/91, NJW-RR 1992, 1110. 1111 = GI 1992, 209; v. 4.6.1996 – IX ZR 246/95, WM 1996, 1841 = GI 1996, 221; vgl. auch BGH, Urt. v. 25.11.1987 – IVa ZR 162/86, WM 1988, 166, 167 = GI 1988, 95).

Der Kläger hat vorgetragen, am 25.3.1980 und am 23.4.1980 hätten Gespräche mit der Beklagten über die Eröffnung des Kunst- und Auktionshauses stattgefunden. Das Berufungsgericht hat ferner aufgrund einer vom Kläger vorgelegten Gesprächsnotiz unterstellt, daß am 21.5.1980 ein ausführliches, das neue Betätigungsfeld des Klägers betreffendes Gespräch geführt worden sei. Die Beklagte war damit über das Vorhaben des Klägers informiert. Sie wußte aus der laufenden Tätigkeit für ihn, daß er in der letzten Zeit mit seinem Textilgroßhandel Verluste erlitten hatte und deshalb auf einem neuen, gewinnversprechenden Gebiet tätig werden wollte. Die Parteien schlossen zudem am 14.8.1980 mit Rückwirkung auf den 1.6.1980 eigens einen (weiteren) Vertrag, wonach die Beklagte auch für das Kunst- und Auktionshaus mit den Arbeiten „Buchhaltung, Bilanzen, Steuererklärungen, steuerliche Beratung, Führung von Lohnkonten“ beauftragt wurde.

Danach gehörte es ohne weiteres zu ihren Aufgaben, den Kläger über die steuerlich günstigste Art der Gestaltung des neuen Tätigkeitsfeldes zu beraten. Dazu bedurfte es weder eines darauf gerich-

teten Sonderauftrags noch auch nur einer gezielten Bitte des Klägers um Aufklärung über die steuerliche Gestaltung seiner Aktivitäten. Das gilt um so mehr, als keine abgelegenen und besonders schwierigen Rechtsfragen zu beantworten waren.

Gewinne und Verluste aus zwei verschiedenen Betrieben einer natürlichen Person können im Gegensatz zur Rechtslage im Einkommensteuerrecht hinsichtlich der Gewerbesteuer als einer Objektsteuer grundsätzlich nicht miteinander verrechnet werden. Die Beklagte hat dazu selbst vorgetragen, über das Wissen, daß dies so sei, verfüge „schon jeder einfache Steuerfachgehilfe“. Sie hätte den Kläger daher hierauf hinweisen und ihm, soweit das rechtlich möglich war, Vorschläge für eine Gestaltung unterbreiten müssen, die – auch – gewerbesteuerliche Nachteile vermied. Tatsächlich hat sie dies später – Ende 1983 – mit dem Rat, durch einen „Vertrag“ zwischen den beiden Betrieben des Klägers einen Teil der Einnahmen aus dem Kunsthandels- und Auktionsgeschäft auf den Textilgroßhandelsbetrieb zu verlagern, in freilich untauglicher Weise getan.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, es sei zu einer Beratung zu spät gewesen, als die Beklagte über das Vorgehen des Klägers unterrichtet worden sei, ist auf der Grundlage des Klagevorbringens unzutreffend. Die zur Einrichtung des neuen Geschäfts erforderlichen organisatorischen Maßnahmen (Eröffnung eines Geschäftskontos, Abschluß eines Mietvertrages mit der Ehefrau) sollen erst nach den vom Kläger behaupteten Gesprächen von März und Mai 1980, nämlich im Juni 1980, getroffen worden sein. Nach einer vom Kläger vorgelegten Abrechnung der Beklagten vom 18.12.1980 über die Buchhaltungsarbeiten für das Kunst- und Auktionshaus scheint der Betrieb sogar erst im September 1980 angelaufen zu sein. Aber selbst wenn die Beklagte erst nach Beginn der Geschäftstätigkeit von dieser etwas erfahren haben sollte, wäre damit eine nachfolgende Neuorganisation in einem steuerlich günstigen Sinne nicht, wie das Berufungsgericht gemeint hat, ohne weiteres als Umgehungstatbestand zu werten gewesen.

Soweit eine die gewerbesteuerliche Verrechnung der unterschiedlichen Gewinne und Verluste ermöglichende Gestaltung überhaupt zu verwirklichen war (s. dazu nachfolgend zu II. 1.), ließ sie sich grundsätzlich auch durch nachträgliche Neuordnung, etwa durch die noch zu erörternde Einbringung in eine Gesellschaft, erreichen. Einen Lebenssachverhalt in einer steuergünstigen Weise einzurichten, ist steuerrechtlich nicht unzulässig, wenn damit tatsächlich – und nicht nur vorgespie-

gelt – die wirtschaftlichen Voraussetzungen geschaffen werden, an die der angestrebte Steuertatbestand anknüpft.

II. Das angefochtene Urteil läßt sich danach mit der Begründung des Berufungsgerichts nicht aufrechterhalten. Es erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig.

1. Die Beklagte hat ihre Pflicht, den Kläger im Zusammenhang mit der Ausweitung seiner geschäftlichen Tätigkeit ordnungsgemäß zu beraten, verletzt.

a) Allerdings war es auf der Grundlage des bisher vorgetragenen Prozeßstoffs **kein Fehler, daß die Beklagte dem Kläger nicht riet, anstelle der Einrichtung eines zweiten Betriebs sein bisheriges Textilgroßhandelsunternehmen um die neue Tätigkeit („Kunst- und Auktionshaus“) auszuweiten und damit die gesamte geschäftliche Betätigung in einem einzigen Betrieb zu vereinen.** Der Kläger meint, auf diese Weise wäre es möglich gewesen, die Verluste und Gewinne aus beiden Betätigungsbereichen – einschließlich des damals für die vorangegangenen fünf Jahre zulässigen Verlustabzugs nach § 10a GewStG – miteinander zu verrechnen. Indessen bestand eine solche Möglichkeit, wie schon das Landgericht richtig gesehen hat, auf der Grundlage des Sachvortrags des Klägers nicht.

**Verlustverrechnung und -abzug** setzen voraus, daß es sich um einen **einheitlichen Gewerbebetrieb** handelt. Nicht alles, was ein Einzelunternehmer geschäftlich tut, bildet einen einheitlichen Gewerbebetrieb im Sinne des Steuerrechts; die Gewerbesteuer knüpft vielmehr als Objektsteuer an die **wirtschaftliche Einheit „Betrieb“** an (*Glanegger, GewStG 2. Aufl., § 2 Rdn. 9*). Bei ungleichartigen Tätigkeiten folgt die Selbständigkeit jeder einzelnen von ihnen in der Regel schon aus der Ungleichartigkeit als solcher (*BFHE 83, 438, 440*). Zwar kann auch bei wesentlicher Verschiedenheit der Unternehmensgegenstände ein einziger Gewerbebetrieb vorliegen, wenn die Betätigungen finanziell, organisatorisch und – vor allem – wirtschaftlich zusammenhängen (*BFH, BStBl II 1986, 719, 720; vgl. auch BFHE 72, 173, 176; BFH, BStBl II 1989, 901, 902; BFH/NV 1990, 261, 262*). Nicht alle diese Gesichtspunkte haben jedoch das gleiche Gewicht (*BFH, BStBl II 1986, 719, 720*).

Dem Unternehmer steht allerdings in organisatorischer Hinsicht ein nicht unbeträchtlicher Gestaltungsspielraum zur Verfügung (*Glanegger, a.a.O., § 2 Rdn. 11*). In erster Linie kommt es aber auf die **wirtschaftlichen Zusammenhänge zwischen den**

**einzelnen Tätigkeitsbereichen an** (*BFHE 72, 173, 176; BFH, BStBl II 1986, 719, 720 f.*). Maßgebend sind letztlich die objektiv vorliegenden Verhältnisse (*Lenski/Steinberg, GewStG, § 2 Rdn. 10*). Entscheidend ist das Gesamtbild der Verhältnisse im Einzelfall unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung; richtungsweisende Kriterien sind unter anderem der Kunden- und Lieferantenkreis, die Geschäftsleitung, die Arbeitnehmerschaft, die Betriebsstätte und die Zusammensetzung und Finanzierung des Aktivvermögens (*BFHE 83, 438, 440; BFHE 138, 90, 92*).

Der Kläger hat gemeint, es sei „ohne weiteres gestaltbar gewesen, daß die Modefirma und das Auktionshaus sachlich zusammengearbeitet hätten“. Dazu sei insbesondere eine einheitliche Buchführung und die Ausübung beider Geschäftszweige in denselben Räumen erforderlich gewesen. Indessen hätte dies allein nach den genannten Kriterien nicht ausgereicht. Der Kläger hat zu sachlichen Verbindungen zwischen seinem Textilgroßhandel und dem Kunst- und Auktionshaus nur vorgetragen, dieses habe sich damit beschäftigt, Bekleidungs-, Möbel- und Juweliengeschäfte sowie andere Unternehmen aufzulösen und zu versteigern „und im Textilhandel die Restware zu verkaufen“. Dieser pauschalen Darstellung der tatsächlichen Verhältnisse läßt sich kein so enger wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den beiden Tätigkeitsbereichen entnehmen, daß die Annahme eines einheitlichen Betriebs gerechtfertigt wäre.

b) Der Kläger hat jedoch in der Berufungsinstanz zu Recht darauf hingewiesen, daß der Tatbestand **eines einheitlichen Gewerbebetriebs dadurch zu erreichen gewesen wäre, daß er und seine Ehefrau eine Personengesellschaft mit beiden Tätigkeitsbereichen als Unternehmensgegenstand gegründet hätten.** Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (*BFHE 72, 173, 176; BFHE 140, 44, 47; BFH, BStBl II 1989, 901, 902*) und der Handhabung der Finanzverwaltung (Abschn. 19 Abs. 3 der Gewerbesteuererrichtlinien) bildet die Tätigkeit einer Personengesellschaft – ebenso wie die einer juristischen Person –, sofern nicht nur ein Teil davon gewerblich ist, stets einen einheitlichen Gewerbebetrieb. Um getrennte Betriebe handelt es sich in solchen Fällen nur dann, wenn für jeden von Ihnen eine eigene Gesellschaft gegründet wird (*BFHE 140, 44, 48; Schmidt, a.a.O., § 15 Rdn. 193; Abschn. 19 Abs. 3 der Gewerbesteuererrichtlinien*). Der **Kläger hätte danach die Verrechnung sowohl der laufenden als auch der in früheren Jahren entstandenen (§ 10a GewStG) Verluste aus dem Textilgroßhandel mit den Gewinnen aus dem Kunst- und Auktionshaus dadurch erreichen können,**



**daß beide Tätigkeitsbereiche in einer aus ihm und seiner Ehefrau bestehenden Personengesellschaft - oder auch GmbH - vereinigt worden wären.**

Der vorliegende Fall gibt keinen Anlaß zu einer umfassenden Erörterung der Frage, **unter welchen Umständen ein Steuerberater gehalten ist, seinen Auftraggeber auf die Möglichkeit hinzuweisen, zum Zweck der Steuerersparnis seinen Ehegatten in seine gewerbliche Tätigkeit einzuschalten.** Sollen die mit einer derartigen Gestaltung beabsichtigten steuerrechtlichen Wirkungen eintreten, so setzt dies voraus, daß die Beteiligung des Ehegatten an der gewerblichen Tätigkeit ernstlich gewollt ist und mit allen Konsequenzen durchgeführt wird. Diese bestehen bei der Gründung einer Gesellschaft vor allem darin, daß beide im Umfang ihrer jeweiligen Beteiligung an Gewinn und Verlust des Unternehmens teilnehmen und auch die je nach der gesellschaftsrechtlichen Gestaltung bestehenden Haftungsrisiken übernehmen. Fehlt es an Anhaltspunkten dafür, daß eine Einbeziehung des Ehegatten mit all diesen Rechtsfolgen dem Willen der Beteiligten entsprechen könnte, wird möglicherweise eine Belehrungspflicht zu verneinen sein.

Im Streitfall gab es indessen Umstände, die eine Beteiligung der Ehefrau an der gewerblichen Betätigung des Klägers nahelegen konnten. Nach dem bisher in tatsächlicher Hinsicht nicht geprüften, aber anscheinend nicht bestrittenen Vortrag des Klägers war dessen Ehefrau bereits seit längerer Zeit als Prokuristin in seinem Unternehmen tätig; sie soll außerdem für „sämtliche Geschäftskredite“ des Klägers selbstschuldnerische Bürgschaften übernommen haben. Darüber hinaus war sie, wie sich aus dem zwischen ihr und dem Kläger geschlossenen Mietvertrag vom 1.6.1980 ergibt, Eigentümerin des Grundstücks, auf dem der Kläger seine Kunsthandels- und Auktionstätigkeit betrieb. Schließlich war nach der Behauptung des Klägers ein auf das Kunst- und Auktionsgeschäft bezogener Arbeitsvertrag mit seiner Ehefrau zumindest geplant.

Bei diesen Gegebenheiten, die die Beklagte aufgrund der langjährigen steuerlichen Beratung des Klägers gekannt haben dürfte, lag eine gemeinsame Ausübung der unternehmerischen Betätigungen durch beide Ehegatten zumindest nicht außerhalb jeder vernünftigen Erwägung. **Jedenfalls für die Revisionsinstanz ist deshalb davon auszugehen, daß die Beklagte verpflichtet war, den Kläger über die Möglichkeit einer solchen, die Gewerbesteuerlast senkenden Gestaltung der tatsächlichen Verhältnisse zu unterrichten.**

2. Für die revisionsrechtliche Prüfung ist ferner zu unterstellen, daß der Kläger und seine Ehefrau von der genannten Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch gemacht hätten. Der Kläger hat unter Beweisantritt behauptet, seine Ehefrau wäre zur Teilnahme an der Gründung einer Personengesellschaft zum Zweck der gemeinsamen Ausübung der gewerblichen Tätigkeit bereit gewesen. Die Beklagte hat dies zwar bestritten und ihrerseits vorgetragen, die Ehefrau des Klägers habe gerade damals angestrebt, „sich vermögensrechtlich mit ihrem Ehemann auseinanderzusetzen“. Insoweit fehlt es aber bisher an tatsächlichen Feststellungen.

## Steuerberaterhaftung

- Fehlerhafte Auskunft, hier: Höhe der Vorsteuererstattung
- Schaden, hier: Bauvorhaben
- Haftungsbegrenzung, Schutzzweck der verletzten Pflicht
- Vermögenslage ohne Vermögensdisposition
- Darlegungs- und Beweislast, § 287 ZPO, des Mandanten

(BGH, Urt. v. 20.11.1997 - IX ZR 286/96)

### Leitsatz:

**Zur Berechnung des Vertrauensschadens aus einer unzutreffenden Auskunft.**

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger war Vermögens- und Anlageberater. Im Jahre 1993 beabsichtigte er, ein Grundstück zu kaufen und darauf ein Bürogebäude zu errichten; dieses wollte er selbst für seine beruflichen Zwecke nutzen und im übrigen an andere Vermögens- und Anlageberater vermieten. Am 4.2.1994 stellte ihm der Beklagte, der seit 1986 als Steuerberater für ihn tätig war, eine schriftliche „Bestätigung“ aus, wonach sich „aus dem neu zu errichtenden Bürogebäude . . . ein Vorsteuererstattungsausgleich in Höhe von 41.920 DM ergeben“ werde. Aufgrund dieser Bescheinigung übernahm die BfG-Bank die volle Finanzierung des Bauvorhabens auf dem Grundstück, das der Kläger am 23.2.1994 erwarb, wobei ein Teilkredit von 52.000 DM bis zum 31.12.1994 mit Hilfe des erwarteten Mehrwertsteuererstattungsanspruchs zurückzuführen war.

Am 25.11.1994 lehnte jedoch das zuständige Finanzamt die Erstattung von Vorsteuern mit der Begründung ab, daß die vom Kläger erklärte Umsatz-



steueroption wegen der Steuerfreiheit der Umsätze der Vermögensberater, an die das Gebäude vermietet werden sollte, nach § 9 Abs. 2 UStG nicht zulässig sei.

Der Kläger hat vom Beklagten Ersatz der von ihm auf insgesamt 66.860,69 DM bezifferten Aufwendungen zur Tilgung und Verzinsung jenes Teilkredits verlangt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr in Höhe von 61.060,22 DM stattgegeben. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Beklagte, als er die „Bestätigung“ vom 4.2.1992 ausstellte, den Kläger schuldhaft falsch beraten habe und daß dieser, wenn ihm richtigerweise gesagt worden wäre, daß er keine Vorsteuererstattung zu beanspruchen habe, von dem Bauvorhaben Abstand genommen hätte. Das läßt Rechtsfehler nicht erkennen; die Revision greift das Berufungsurteil insoweit nicht an.

2. Sodann ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß der Beklagte den Kläger im Schadenersatzwege grundsätzlich vermögensmäßig so stellen müsse, wie dieser bei pflichtgemäßem Verhalten und damit bei Unterbleiben des Bauvorhabens stünde. Da der Beklagte indessen den Kläger nicht umfassend hinsichtlich der gesamten Gebäudeerrichtung, sondern nur in einem bestimmten Einzelpunkt – der Frage der Erstattungsfähigkeit von Vorsteuern – zu beraten gehabt habe, brauche er auch nur für das Risiko einzustehen, das mit der der Auskunft zugrunde liegenden Einschätzung verbunden gewesen sei. Denn in einem solchen Fall dürfe der Geschädigte durch die Schadenersatzleistung nicht besser gestellt werden, als wenn die Auskunft sich als zutreffend erwiesen hätte. Auf dieser rechtlichen Grundlage hat das Berufungsgericht dem Kläger die infolge der ausgebliebenen Vorsteuererstattung für die Gesamtfinanzierung fehlenden 52.000 DM zuzüglich Zinsen und Kosten zugesprochen.

Das entspricht, wie die Revision mit Erfolg beanstandet, nicht der Rechtslage. Das Berufungsgericht hat trotz seines zutreffenden Ausgangspunkts, wonach dem Kläger Ersatz des Schadens zusteht, der dadurch eingetreten ist, daß er auf

die unrichtige Auskunft des Beklagten vertraut hat, dem Kläger im Ergebnis das positive Interesse – also das, was er aufgrund des vom Beklagten fälschlich angenommenen Vorsteuererstattungsanspruchs erhalten hätte – zugesprochen. Es hat sich hierfür auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gestützt, wonach der **Haftungsumfang durch den Schutzzweck der verletzten Pflicht begrenzt wird** (BGHZ 116, 209, 212).

Dem Berufungsgericht kann darin gefolgt werden, daß im vorliegenden Fall eine solche Haftungsbegrenzung auf der Grundlage der von ihm getroffenen tatsächlichen Feststellungen anzunehmen sein mag. **Danach schuldete der Beklagte, der die Anerkennung der Umsatzsteueroption nicht garantiert hat** (vgl. Senatsurt. v. 16.2.1995 – IX ZR 15/94, WM 1995, 941, 942; v. 8.2.1996 – IX ZR 215/94, WM 1996, 1102, 1105), **keine umfassende, das gesamte Für und Wider der Gebäudeerrichtung betreffende Beratung; die von ihm erteilte Auskunft bezog sich vielmehr nur auf die Erstattungsfähigkeit der Vorsteuern.**

Das Berufungsgericht hat indessen jenen Grundsatz der Haftungsbegrenzung mißverstanden. Er besagt lediglich, daß der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens bei Verletzung von Beratungs- und Auskunftspflichten durch das Interesse an der Richtigkeit der Auskunft begrenzt ist. Die – in dieser Weise eingeschränkte – Haftung des Auskunftgebers setzt aber voraus, daß dessen Vertragspartner im Endergebnis einen Schaden erlitten hat (BGHZ 116, 209, 214). Das bedeutet im vorliegenden Fall, daß die Vermögenslage des Klägers insgesamt günstiger gewesen sein müßte, wenn er das Bauvorhaben nicht durchgeführt hätte. Da das Berufungsgericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat, kann sein Urteil mit der bisherigen Begründung nicht bestehenbleiben.

3. Der Rechtsstreit ist nicht entscheidungsreif. Der Kläger hat behauptet, die Herstellungskosten für das Gebäude (einschließlich Finanzierungskosten) in Höhe von insgesamt rund 508.000 DM überstiegen dessen Verkehrswert, der, wie er unter Beweis gestellt hat, unter 400.000 DM liege. Treffen diese Angaben zu, dann ist die Vermögenslage des Klägers um die Differenz zwischen jenen beiden Beträgen ungünstiger, als sie sich darstellen würde, wenn das Bauvorhaben unterblieben wäre. Darin läge ein Schaden, der es rechtfertigen würde, dem Kläger einen – unter Berücksichtigung des begrenzten Schutzzwecks nach Maßgabe der Berechnung des Berufungsgerichts eingeschränkten (vgl. oben zu 2.) – Ersatzanspruch zuzuerkennen.

Der Beklagte hat den Vortrag des Klägers zum Verkehrswert jedoch mit Nichtwissen bestritten; Feststellungen hat das Berufungsgericht hierzu nicht getroffen. Die Revisionserwiderung meint, dies sei nicht erforderlich gewesen, weil das Vorbringen des Beklagten auf die Behauptung hinauslaufe, die Aufwendungen für die Errichtung des Gebäudes seien durch dessen Wert voll ausgeglichen. Da es sich hierbei um den Einwand der Vorteilsausgleichung handele, hätte er, so meint sie, darlegen müssen, daß bei einem Verkauf ein den Herstellungsaufwand deckender Preis zu erzielen gewesen sei; er habe sich nicht mit dem Bestreiten des gegenteiligen Vortrags des Klägers begnügen dürfen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Die Regeln der Vorteilsausgleichung gelten dann, wenn das schädigende Ereignis das Vermögen des Betroffenen durch Einwirkung auf einen bestimmten Gegenstand, durch Abfluß von Geldmitteln oder durch Belastung mit einer Verbindlichkeit geschmälert hat und es darum geht, ob dieser Beeinträchtigung ein anderweitiger, auf das Schadenereignis zurückzuführender Vermögensvorteil gegenübersteht (vgl. *Senatsurt. v. 31.1.1991 - IX ZR 124/90, WM 1991, 814 f = GI 1991, 85; v. 11.7.1996 - IX ZR 116/95, WM 1996, 2074, 2076 f = GI 1996, 293*).

Ist dagegen zu ermitteln, ob eine Vermögensdisposition, die jemand im Vertrauen auf den Rat oder die Auskunft eines anderen getroffen hat, sich für ihn als günstig oder ungünstig erwiesen hat, so läßt sich ein etwaiger Schaden erst dann feststellen, wenn sich die Vermögenslage „unter dem Strich“ schlechter darstellt, als sie es sein würde, wenn die Maßnahme unterblieben wäre (*Senatsurt. v. 8.2.1996, a.a.O.; v. 21.12.1989 - IX ZR 234/88, WM 1990, 695, 699*). Dies hat derjenige, der einen solchen Schaden geltend macht, darzulegen und zu beweisen (*BGH, Urt. v. 14.1.1969 - VI ZR 130/67, WM 1969, 470 f*), wobei ihm freilich die Erleichterungen des § 287 ZPO und des Anscheinsbeweises helfen können (*Senatsurt. v. 16.2.1995 - IX ZR 15/94, WM 1995, 941, 942 = GI 1995, 248*).

Damit die danach erforderlichen Feststellungen zu Entstehung und etwaiger Höhe eines Schadens des Klägers getroffen werden können, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

## Kausalität

- Beratungskonformes Verhalten/Anscheinsbeweis
  - Mitverschulden des neuen Prozeßbevollmächtigten
  - Arbeitsrechtlicher Abfindungsanspruch und Zugewinnausgleich
- (*BGH, Urt. v. 13.11.1997 - IX ZR 37/97*)

### Leitsatz:

Zu den Voraussetzungen, unter denen der Anscheinsbeweis dafür spricht, daß der Mandant sich beratungsgemäß verhalten hätte, wenn er vom Anwalt zutreffend über die Rechtslage (hier: Berücksichtigung einer arbeitsrechtlichen Abfindung beim Zugewinnausgleich) belehrt worden wäre.

### Zum Sachverhalt:

Die beklagten Rechtsanwälte vertraten die Klägerin in dem von ihrem früheren Ehemann am 12.1.1994 rechtshängig gemachten Scheidungsverfahren. Dieser verpflichtete sich in einem am 6.7.1994 geschlossenen gerichtlichen Vergleich, an die Klägerin zur Ausgleichung des Zugewinns 7.500 DM zu zahlen. Er hatte damals im Zusammenhang mit der Auflösung seines Arbeitsverhältnisses zum 31.12.1993 von seinem Arbeitgeber Ende 1993 30.000 DM und am 30.1.1994 weitere 141.275 DM als Abfindung erhalten. Dieses Vermögen wurde bei der Vereinbarung über den Zugewinnausgleich nicht berücksichtigt. Die Klägerin machte nach der Scheidung ihren Unterhaltsanspruch gesondert geltend. Dieser wurde durch gerichtlichen Vergleich vom 9.5.1995 mit einem Betrag von 18.000 DM abgegolten. Ob dabei die Abfindung berücksichtigt wurde, ist zwischen den Parteien streitig.

Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Schadenersatz in Höhe von 85.371,50 DM in Anspruch. Sie ist der Ansicht, dem Endvermögen des Mannes hätte damals die erhaltene Abfindung hinzugerechnet werden müssen. Die Beklagten hätten sie in diesem Punkt nicht der Rechtslage entsprechend beraten. Der frühere Ehemann habe die Abfindung inzwischen verbracht, so daß der Anspruch bei ihm nicht mehr durchsetzbar sei. In den Vorinstanzen wurde die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

**Aus den Gründen:**

1. Der Ansicht des Berufungsgerichts (*sein Urteil ist in VersR 1997, 697 abgedruckt*), daß die Abfindung des Ehemannes im Rahmen des Zugewinns in die Berechnung seines Endvermögens hätte einbezogen werden müssen, ist zuzustimmen.

a) Bei Scheidung der Ehe bildet der Tag, an dem der Scheidungsantrag ausgehändigt wird, den für die Berechnung des Zugewinns maßgeblichen Zeitpunkt (§ 1384 BGB). Zum Zugewinnausgleich gehören die dem Ehegatten dann zustehenden rechtlich geschützten Positionen von wirtschaftlichem Wert, also grundsätzlich alle bereits entstandenen objektiv bewertbaren Rechte (BGHZ 87, 367, 369 f; BGH, Urt. v. 1.10.1986 – IVb ZR 69/85, NJW 1987, 321). Auch die bis zu diesem Zeitpunkt gezahlten und noch vorhandenen Abfindungen sind unabhängig von der Art der Ansprüche, die dadurch abgegolten werden sollen, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausgleichspflichtig (BGHZ 82, 145, 147). Daher ist der am Stichtag bereits bestehende Anspruch auf Zahlung einer Abfindung ebenfalls zu berücksichtigen. Dem Ehemann der Klägerin war die Abfindung bereits mit Schreiben vom 28.10.1993 verbindlich zugesagt worden.

b) Die höchstrichterliche Rechtsprechung wird im Schrifttum teilweise angegriffen, soweit sie Abfindungen beim Endvermögen berücksichtigt, die Ansprüche für Zeiten außerhalb des Güterstandes abgelten oder den Verlust höchstpersönlicher Rechte ausgleichen sollen (Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts 3. Aufl, Rdn. VII 33, 45; Staudinger/Thiele, BGB 13. Bearb., § 1373 Rdn. 5; Gernhuber, NJW 1991, 2238, 2241 f).

Der Streitfall gibt keine Veranlassung, darauf einzugehen. Abfindungen, die der Arbeitgeber aus Anlaß einer Kündigung verspricht, werden nicht zum Ausgleich für entgangenes Arbeitsentgelt gewährt. Sie sollen vielmehr eine Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes und des damit verbundenen sozialen Besitzstandes darstellen (BAG AP Nr. 1 zu § 113 AVAVG a.F.; Nr. 24 zu § 7 KSchG a.F.; Schaub, Handbuch des Arbeitsrechts 8. Aufl., § 141 VII). Sie bezwecken keinen auf die Zukunft gerichteten Ausgleich und können daher, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem maßgeblichen Stichtag geendet hat, nicht Zeiträumen außerhalb des Güterstandes zugeordnet werden.

2. Die Beklagten waren kraft des erhaltenen Auftrags verpflichtet, die Klägerin über die Rechtslage zu belehren und ihr die Maßnahmen darzulegen,

welche zur Durchsetzung des Anspruchs in Betracht kamen. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß die Beklagten der Klägerin hätten raten müssen, die Abfindung in den Zugewinnausgleich einzubeziehen. Da sie eine solche Empfehlung unterließen, haben sie ihre anwaltlichen Pflichten verletzt.

Die Beklagten haben das Vorbringen der Klägerin, sie sei nicht belehrt und beraten worden, lediglich mit Nichtwissen bestritten. Das ist prozessual unbeachtlich und hat zur Folge, daß die Behauptung der Klägerin als zugestanden gilt (§ 138 Abs. 3, 4 ZPO). Verfügte der Beklagte zu 1) über kein eigenes Wissen, hätte er sich beim Zweitbeklagten, seinem Sozium, informieren müssen (vgl. BGHZ 109, 205, 209 f; BGH, Urt. v. 10.10.1994 – II ZR 95/93, NJW 1995, 130, 131). Das danach pflichtwidrige Verhalten der Beklagten war auch schuldhaft, weil sie hätten erkennen müssen, wie die höchstrichterliche Rechtsprechung Abfindungen im Rahmen des Zugewinnausgleichs behandelt.

3. Trotzdem hält das Berufungsgericht die Klage für unbegründet. Die Klägerin habe behauptet, sie sei immer davon ausgegangen, daß die Abfindung beim Zugewinn zu berücksichtigen sei, und habe die Beklagten auch darauf hingewiesen. Sie sei daher umfassend informiert gewesen und habe keiner Aufklärung bedurft, so daß den Beklagten keine Pflichtverletzung anzulasten sei. Da die Klägerin gleichwohl den Vergleich akzeptiert habe, dokumentiere sie damit, daß sie sich bei zutreffender Beratung nicht anders verhalten hätte, der Schaden also auch dann entstanden wäre. Daher fehle es am kausalen Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden. Diese Beurteilung ist in mehrfacher Hinsicht rechtsfehlerhaft; sie stellt die Verhältnisse, was Verantwortung und Zurechnung angeht, gleichsam auf den Kopf.

a) Die Behandlung von Abfindungen im Zugewinnausgleich stellt eine schwierige Rechtsfrage dar, über die sich ein nicht rechtskundiger Ehegatte ohne Hilfe keine hinreichend gesicherte Meinung bilden kann. Ist er aufgrund seiner laienhaften Vorstellung zu einem Ergebnis gelangt, das eigene Ansprüche begründet, und wendet er sich demzufolge an einen Anwalt, so hat er ein offenkundiges Interesse daran, von diesem zu erfahren, ob die eigene Auffassung dem geltenden Recht entspricht. Ist dies, wie im Streitfall, zu bejahen, wird häufig keine ausführliche Belehrung mehr notwendig sein. Der Anwalt muß sich jedoch dazu äußern, wie er die Rechtslage beurteilt, und den Mandanten beraten, welche tatsächlichen und recht-

lichen Schritte zur Durchsetzung seiner Interessen in Betracht kommen.

Diesen Anforderungen sind die Beklagten nicht gerecht geworden. Nach dem Vortrag der Klägerin haben sie diese dahin beraten, die Abfindung sei bei den Unterhaltsansprüchen zu berücksichtigen. Sie haben nichts unternommen, um insoweit Zugewinnausgleichsansprüche geltend zu machen. Die Beklagten sind dieser Darstellung nicht mit substantiiertem Tatsachenvortrag entgegengetreten. Aus den von den Parteien vorgelegten Urkunden ergibt sich ebenfalls kein Hinweis, daß sie damals dem Ehemann gegenüber außergerichtlich oder bei der Verhandlung vor dem Familiengericht die Auffassung zum Ausdruck gebracht haben, die Abfindung sei dem Endvermögen des Mannes zuzurechnen.

b) Infolgedessen fehlt jegliche Grundlage für die Annahme, die Klägerin, die sich mit einer Zahlung von 7.500 DM hat abfinden lassen, hätte ebenso gehandelt, wenn die Beklagten die ihnen obliegenden Pflichten vertragsgemäß wahrgenommen hätten. Die Klägerin hat nach ihrer Darstellung die Beklagten in der Erwartung aufgesucht, daß diese die Berücksichtigung der Abfindung erreichen, falls sie darauf Anspruch hat. Die Beklagten haben jedoch nichts unternommen, um die Rechte der Klägerin zu wahren. Sie haben ihr nicht abgeraten, den Vergleich zu schließen, sondern im Gegenteil mit Schreiben vom 30.6.1994 an die gegnerischen Prozeßbevollmächtigten selbst den Betrag von 7.500 DM vorgeschlagen, der nur dann einen angemessenen Ausgleich darstellte, wenn die Abfindung nicht das Endvermögen des Ehegatten erhöhte. Da die Klägerin im Beratungsgespräch mit den Beklagten zum Ausdruck gebracht hatte, sie erhoffe sich einen Zugewinnausgleich unter Einbeziehung der Abfindung, spricht nichts dafür, daß sie dem gerichtlichen Vergleich auch dann zugestimmt hätte, wenn sie von den Beklagten sachgerecht beraten worden wäre, diese ihr also die Ablehnung des Vergleichs empfohlen hätten.

Aufgrund des Parteivorbringens in den Tatsacheninstanzen ist vielmehr vom Gegenteil auszugehen. Hätte der Ehemann sich nicht vergleichsweise auf eine Zahlungsverpflichtung eingelassen, die die Abfindung als Zugewinn einbezog, hätte eine sofortige Scheidung, an der beiden Eheleuten gelegen war, ohne Regelung des Zugewinnausgleichs erreicht werden können; denn die Beteiligten hätten keinen Verbundantrag nach § 623 Abs. 1 ZPO gestellt. Als das Scheidungsurteil rechtskräftig wurde, befand sich nach Behauptung der Klägerin noch ein Betrag von 170.743 DM aus der Abfindung im Vermögen des Mannes.

Der Zugewinnausgleichsanspruch scheiterte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch nicht an der Vorschrift des § 1378 Abs. 2 BGB, wonach die Höhe der Ausgleichsforderung durch den Wert des Vermögens begrenzt wird, das nach Abzug der Verbindlichkeiten bei Beendigung des Güterstandes vorhanden ist. **Auf dieser Grundlage wäre es allein sachgerecht gewesen, den Anspruch nach Rechtskraft des Scheidungsurteils gesondert gerichtlich geltend zu machen.** Somit sind die Voraussetzungen gegeben, unter denen nach der Rechtsprechung des Senats der Anscheinsbeweis dafür spricht, **daß der Mandant sich Beratungsgemäß verhalten hätte, wenn er vom Anwalt zutreffend aufgeklärt und in seinem Begehren unterstützt worden wäre** (vgl. BGHZ 123, 311, 315 ff = Gl 1994, 3). Umstände, die geeignet sind, die tatsächliche Vermutung zu entkräften, haben die Beklagten nicht vorgetragen.

4. Der Klägerin ist nach ihrer Darstellung durch die Pflichtverletzung ein Schaden entstanden.

a) Dies trifft selbst dann zu, wenn man mit dem Berufungsgericht davon ausgeht, beim Vergleich vom 6.7.1994 hätten beide Teile angenommen – insoweit ist gemäß § 166 BGB auf die Kenntnis der Prozeßbevollmächtigten abzustellen –, die Abfindung sei beim Unterhalt und nicht beim Zugewinn zu berücksichtigen. Zwar kommt dann ein Anspruch der Klägerin gegen den früheren Ehemann auf Anpassung der gerichtlichen Vereinbarung über den Zugewinn in Betracht. **Die Grundsätze des Fehlens der Geschäftsgrundlage sind bei Vergleichen anzuwenden, wenn die Vertragspartner einem gemeinsamen Rechtsirrtum unterlegen und die Voraussetzungen des § 779 BGB nicht gegeben sind** (BGH, Urt. v. 21.2.1952 – IV ZR 103/51, LM § 779 BGB Nr. 2; v. 12.5.1965 – IV ZR 122/64, LM § 779 BGB Nr. 24; v. 18.11.1993 – IX ZR 34/93, WM 1994, 604, 605).

Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob die Beklagten die Klägerin auf diesen Weg verweisen dürfen. Aus § 255 BGB folgt, daß ein Schaden grundsätzlich nicht deshalb entfällt, weil dem Beschuldigten gegen einen Dritten ein Anspruch zusteht, dessen Erfüllung den geltend gemachten Vermögensnachteil ausgleichen würde (BGHZ 120, 261, 268; BGH, Urt. v. 26.6.1997 – IX ZR 233/96, NJW 1997, 2946, 2948 m.w.N.).

Im Streitfall geht es allerdings um ein Weiterverfolgen des Anspruchs gegen den ursprünglichen Schuldner. Die Frage kann hier offen bleiben; denn ein solches Vorgehen brächte allenfalls teilweise Erfolg. Der frühere Ehemann der Klägerin hat

nach ihrer Behauptung die Abfindung inzwischen verbracht. Weiteres Vermögen besitzt er nicht, so daß die Klägerin schon in den Tatsacheninstanzen ersichtlich geltend machen wollte, ein heute noch gegen ihn bestehender Anspruch sei nicht mehr oder höchstens noch teilweise durchsetzbar.

b) Die Beklagten behaupten, die arbeitsrechtliche Abfindung sei bei Abschluß des Unterhaltsvergleichs vor dem Arbeitsgericht berücksichtigt worden. Insoweit berufen sie sich auf einen Umstand, der als **Vorteilsausgleich** anzurechnen ist. Wurde die im Unterhaltsvergleich vereinbarte Summe aus dem genannten Grunde erhöht, so geschah dies nur deshalb, weil sich die Abfindung auf den Zugewinnausgleichsanspruch nicht ausgewirkt hatte. In diesem Fall war der Inhalt des späteren Vergleichs durch das schadenstiftende Ereignis mitbedingt (vgl. BGH, Urt. v. 16.2.1970 - III ZR 183/68, NJW 1970, 1127, 1128; Palandt/Heinrichs, BGB 56. Aufl., Vorbem. Vor § 249 Rdn. 138). Für die entsprechenden Voraussetzungen ist allerdings der Schädiger darlegungs- und beweispflichtig (BGHZ 94, 195, 219). In diesem Punkt fehlt es schon an einem hinreichend substantiierten Vorbringen der Beklagten.

5. Nach dem bisherigen Vorbringen der Beklagten ist der Anspruch der Klägerin nicht infolge eines **Mitverschuldens** (§ 254 BGB) ausgeschlossen oder gemindert.

a) Die Klägerin hat das Mandatsverhältnis zu den Beklagten mit Schreiben vom 21.7.1994 gekündigt und gleichzeitig ihren gegenwärtigen erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten mit der weiteren Wahrnehmung ihrer Interessen in der Familiensache beauftragt. Das Berufungsgericht meint, mangels anderslautenden Vortrags sei zu unterstellen, daß die Klägerin und ihr neuer Anwalt zu diesem Zeitpunkt Kenntnis von dem Pflichtversäumnis der Beklagten hatten. Diese Auffassung ist rechtlich nicht haltbar. Da es um die Voraussetzungen eines Mitverschuldens geht, trifft die Beklagten die Darlegungs- und Beweislast. Aus ihrem Vorbringen ergibt sich jedoch nichts, was eine entsprechende Kenntnis belegt. Darüber hinaus käme ein eigenes Mitverschulden der Klägerin nur in Betracht, wenn sie wußte, daß Zugewinnausgleichsansprüche trotz des Vergleichs noch mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden konnten. Dafür fehlt es an jeglichem Anhaltspunkt.

b) Die Beklagten haben außerdem nicht dargetan, daß der dem heutigen Prozeßbevollmächtigten im Juli 1994 erteilte Auftrag, trotz des kurz zuvor geschlossenen gerichtlichen Vergleichs, den Zugewinnausgleich umfaßte. Diente jenes Mandat

nicht dazu, den durch den Fehler der Beklagten entstandenen Schaden zu vermeiden oder zu mindern, so hat die Klägerin eine eventuelle Pflichtverletzung ihres neuen Anwalts den Beklagten gegenüber nicht gemäß §§ 254, 278 BGB zu vertreten (BGH, Urt. v. 13.3.1997 - IX ZR 81/96, WM 1997, 1392, 1395 m.w.N. = GI 1997, 185).

6. Die Sache ist somit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei hat der Senat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

In der neuen Verhandlung wird zu beachten sein, daß Zugewinnausgleichsansprüche der Klägerin gegen ihren früheren Ehemann inzwischen – auch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Anpassung des Vergleichs – gemäß § 1378 Abs. 4 Satz 1 BGB verjährt sind. Der Güterstand endete mit Verkündung des sofort rechtskräftig gewordenen Scheidungsurteils vom 6.7.1994. Da der rechtliche Zusammenhang zwischen der Scheidung und dem Ende des Güterstandes allgemein bekannt ist, kann in der Regel davon ausgegangen werden, daß der Gläubiger von Anfang an die für den Beginn der Verjährung notwendige Kenntnis von der Beendigung des Güterstandes hatte (BGHZ 100, 203, 206). Tatsachen, die dem entgegenstehen können (vgl. dazu BGH, Urt. v. 19.3.1997 - XII ZR 287/95, NJW 1997, 2049 f), sind bisher nicht vorgetragen. Die dreijährige Verjährungsfrist war danach am 7.7.1997 abgelaufen.

Der Schaden ist mit Eintritt der Verjährung entstanden; darauf, ob und wann der Verpflichtete die Einrede erhebt, kommt es nicht an (Senatsurt. v. 14.7.1994 - IX ZR 204/93, NJW 1994, 2822, 2823). Dies setzt allerdings voraus, daß die Klägerin bei pflichtgemäßer Beratung durch die Beklagten einen höheren Zugewinnausgleichsanspruch als 7.500 DM gegen den früheren Ehemann durchgesetzt hätte. Dies wird vom Berufungsgericht, unter Beachtung des § 287 ZPO, aufzuklären haben.

Sollten die Beklagten ihr Vorbringen in geeigneter Weise ergänzen (vgl. vor unter 4. b), ist weiter zu prüfen, ob die Klägerin sich einen Vorteil aus der unterhaltsrechtlichen Abfindungsvereinbarung anrechnen lassen muß.

## Abschlußprüfung

- Mitwirkungsverbot, § 319, Abs. 2 Nr. 5 HGB
- Steuerliche und wirtschaftliche Beratung  
(BGH, Urt. v. 21.4.1997 - II ZR 317/95,  
WPK-Mitt 1997, 240)

### Leitsätze:

1. Beratung eines Auftraggebers in wirtschaftlichen und steuerlichen Angelegenheiten ist mit einer Abschlußprüfung durch denselben Wirtschaftsprüfer grundsätzlich vereinbar; sie kann jedoch nach Art und Umfang im Einzelfall eine unzulässige Mitwirkung i.S.d. § 319 Abs. 2 Nr. 5 HGB darstellen.
2. Zur unzulässigen Mitwirkung wird die Beratung im Regelfall erst dann, wenn sie über die Darstellung von Alternativen im Sinne der Entscheidungshilfe hinausgeht, insbesondere der Berater selbst anstelle des Mandanten eine unternehmerische Entscheidung in bezug auf den zu überprüfenden Jahresabschluß trifft.

### Zum Sachverhalt:

Am 27.5.1993 wurde in der Hauptversammlung der Beklagten, einer mittelgroßen prüfungspflichtigen Aktiengesellschaft, der Mehrheitsbeschluß gefaßt, die zugleich mit dem Steuerberatungsmandat betraute Firma A.-GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft (nachfolgend: A.-GmbH) - wie bereits in den vier vorangegangenen Jahren - auch für das Geschäftsjahr 1993 zum Abschlußprüfer zu bestellen. Dagegen wendet sich die Klägerin, eine Aktionärin der Beklagten, mit der im wesentlichen auf eine Verletzung des § 319 Abs. 2 Nr. 5 HGB gestützten Anfechtungsklage.

Das Landgericht hat nach Parteivernehmung des Vorstandsmitglieds der Beklagten die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat nach erneuter Beweisaufnahme der Klage stattgegeben; es hat eine Steuerberatung durch den Abschlußprüfer zwar grundsätzlich für zulässig, im vorliegenden Fall jedoch für gesetzwidrig gehalten, weil die Grenze zulässiger allgemein-abstrakter Beratung wegen „der auch handelsrechtlichen Relevanz aufgrund steuerlicher Überlegungen eingestellter Rückstellungen“ und wegen weiterer erheblicher Einflußnahme auf den Jahresabschluß überschritten sei. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der Revision.

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Wiederherstellung der klageabweisenden Entscheidung des Landgerichts.

### Aus den Gründen:

#### I.

Ohne Erfolg zieht die Revision allerdings die Zulässigkeit der von der Klägerin erhobenen Anfechtungsklage unter dem Blickwinkel der Anfechtungsbefugnis gemäß § 245 Nr. 1 AktG in Zweifel. Die Tatrichter haben im Anschluß an die diesbezügliche erstinstanzliche Beweisaufnahme zutreffend festgestellt, daß der Vorstand der Klägerin nicht nur im eigenen Namen, sondern jedenfalls auch als Stimmberechtigter für die von der Klägerin gehaltenen 897 Aktien in der Hauptversammlung vom 27.5.1993 Widerspruch gegen den Wahlbeschluß zur Niederschrift erklärt hat.

Ob etwa anstelle der erhobenen Anfechtungsklage die Nichtigkeitsfeststellungsklage nach § 249 AktG die zutreffende Klageform wäre, weil es sich bei § 319 Abs. 2 Nr. 5 HGB um ein Verbotsgesetz handelt, das nach herrschender Meinung zur Nichtigkeit eines dagegen verstoßenden Wahlbeschlusses gemäß § 243 Nr. 3 AktG führt (vgl. hierzu Baumbach/Hopt, HGB 29. Aufl., § 319 Rdn. 2; KK/Claussen, HGB 2. Aufl., § 319 Rdn. 65; Sarx/Marquard, Beck'scher Bilanz-Kommentar 2. Aufl., § 319 Rdn. 53 u. § 332 Rdn. 35; Adler/Düring/Schmaltz [ADS] Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen 5. Aufl., § 319 Rdn. 114; Baetge/Hense in: Küting/Weber, Handbuch der Rechnungslegung 3. Aufl., § 319 Rdn. 185; a.A. offenbar Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz 14. Aufl., Anh. § 42 Rdn. 9), kann offenbleiben.

Da beide Klagearten dasselbe materielle Ziel, nämlich die richterliche Klärung der Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses mit Wirkung für und gegen jedermann verfolgen, kann der Senat diese materiell-rechtliche Entscheidung ohne Rücksicht auf die prozessuale Vorfrage treffen (vgl. zur Identität des materiellen Rechtsschutzziels dieser Klagearten und zur Rechtskraftwirkung Senatsurt. v. 17.2.1997 - II ZR 41/96, UA 5 ff, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

#### II.

Demgegenüber hält die Annahme des Berufungsgerichts, der Beschluß über die Wahl der A.-GmbH zum Abschlußprüfer sei wegen Verstoßes gegen § 319 Abs. 2 Nr. 5 HGB nichtig, revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand, weil es die Grenzen der Zulässigkeit einer Steuerberatungstätigkeit des Abschlußprüfers zu eng gezogen und im Zusammenhang damit wesentliche Umstände des Beweisergebnisses nicht in seine Wertung einbezogen hat.

1. Beratung eines Auftraggebers in wirtschaftlichen und steuerlichen Angelegenheiten ist – wovon auch das Berufungsgericht insoweit zutreffend ausgeht – mit einer Abschlußprüfung durch denselben Wirtschaftsprüfer grundsätzlich vereinbar; sie kann jedoch nach Art und Umfang im Einzelfall eine unzulässige Mitwirkung i.S.d. § 319 Abs. 2 Nr. 5 HGB darstellen (h.M.: z.B. BayOLG, WM 1987, 1361, 1366; ADS, § 319 Rdn. 64; Sarx/Marquard, § 319 Rdn. 9; Baetge/Hense, § 319 Rdn. 119; Thümmel, WPg 1986, 643, 648; wohl auch: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, Anh. 42 Rdn. 10; grundsätzlich a.A.: Hartmann, Das neue Bilanzrecht, S. 80; ähnlich für die Steuerberatung: Schulze/Osterloh, EWIR, § 319 HGB 1/96, 129 f).

Zwar hat der Gesetzgeber durch das Bilanzrichtlinien-Gesetz vom 19. Dezember 1985 (BGBl I, 2355) den schon früher geltenden Berufsgrundsatz, daß von der Prüfung ausgeschlossen ist, wer bei der Erstellung der zu prüfenden Unterlagen mitgewirkt hat (vgl. WPK-Richtlinien Abschn. I, Richtungsweisende Feststellungen Nr. 3), aus dem Kreis der nicht näher bezeichneten allgemeinen Befangenheitsgründe (§ 163 Abs. 2 AktG a.F.; jetzt: § 318 Abs. 3 HGB) herausgenommen und in den Katalog der gesetzlich besonders hervorgehobenen Ausschließungsgründe (§ 319 Abs. 2, 3 HGB) aufgenommen, um im übergeordneten Sachinteresse eine zuverlässige und unabhängige Abschlußprüfung zu gewährleisten (vgl. Begr. z. Reg.E, BT-Drucks. 10/317, S. 97).

Trotzdem hat er bewußt auf eine obligatorische Trennung von Prüfung und Beratung durch Zurückweisung entsprechender Gesetzesanträge verzichtet (vgl. BT-Drucks. 10/4268, S. 118); dabei wurde davon ausgegangen, daß es bisher nicht zu Beeinträchtigungen durch gleichzeitige Prüfung und Beratung gekommen sei und daß die von der Wirtschaftsprüferkammer erlassenen Richtlinien ausreichen, wonach der Abschlußprüfer verpflichtet ist, im Einzelfall selbst zu prüfen, ob er im Hinblick auf seine beratende Tätigkeit von der Prüfung wegen Besorgnis der Befangenheit ausgeschlossen ist; zudem sollte vor allem auch eine zusätzliche Kostenbelastung der prüfungspflichtigen Unternehmen vermieden werden. Diese Auffassung des Gesetzgebers von einer grundsätzlichen Vereinbarkeit von Abschlußprüfung und Beratung in steuerlichen und wirtschaftlichen Angelegenheiten hat auch im Gesetz ihren Niederschlag gefunden (vgl. § 319 Abs. 2 Nr. 8 HGB).

Vor diesem Hintergrund kann eine geeignete Abgrenzung zwischen zulässiger Beratung und unzulässiger Mitwirkung nicht durch die – vom Berufungsgericht herangezogene – Unterscheidung

zwischen generell-abstraktem und konkretem Beratungsobjekt oder nach Kausalitätsgesichtspunkten in bezug auf den zu prüfenden Jahresabschluß erfolgen; denn Wirtschafts- und Steuerberatung sind in diesem Bereich jedenfalls überwiegend konkret und einzelfallbezogen, und auch die adäquate Kausalität für den Jahresabschluß ließe sich kaum je verneinen. Damit würde aber die Zulässigkeit der Beratung in einem Maße eingeschränkt, das weder den Intentionen des Gesetzgebers entspräche noch vom Zweck des Selbstprüfungsverbots her geboten wäre.

Eine hinreichend verallgemeinerungsfähige Abgrenzung zwischen erlaubter Beratung und untersagter Mitwirkung muß sich nach Auffassung des Senats an Begriff und Funktion der Beratung sowie der Wahrung der Unabhängigkeit der Abschlußprüfung ausrichten. Beratung ist die Abgabe oder Erörterung von Empfehlungen durch sachverständige Personen im Hinblick auf künftige Entscheidungen des Ratsuchenden; sie ist dadurch gekennzeichnet, daß Handlungsmöglichkeiten und ihre Konsequenzen aufgezeigt werden, während die Entscheidung selbst dem Beratenen vorbehalten bleibt. Stellt der solchermaßen durch den Prüfer zuvor beratene Unternehmer in eigener Verantwortung und Entscheidungszuständigkeit gemäß § 242 HGB den Jahresabschluß auf, so bleibt die Neutralität des Abschlußprüfers gewahrt, weil er die fremde Leistung und Entscheidung des Unternehmers, nicht hingegen seinen eigenen Beratungsbeitrag prüft, der lediglich eine Entscheidungshilfe darstellt.

Zu einer unzulässigen Mitwirkung des Beraters i.S.d. § 319 Abs. 2 Nr. 5 HGB kommt es im Regelfall erst dann, wenn seine Beratung über die Darstellung von Alternativen im Sinne der Entscheidungshilfe hinausgeht, insbesondere er selbst anstelle seines Mandanten – ganz oder teilweise – eine unternehmerische Entscheidung trifft (so zutreffend: ADS, § 319 Rdn. 63 ff; Sarx/Marquard, § 319 Rdn. 22; Nonnenmacher, HdJ (Abt. VI/1) Rdn. 14; grundsätzlich auch: Baetge/Hense, § 319 Rdn. 119); in diesem Fall müßte er als Prüfer unter Verstoß gegen das Selbstprüfungsverbot seine eigene Leistung prüfen. Danach können insbesondere alternativlose Beratungsempfehlungen die Inhabilität des Prüfers begründen. Anders verhält es sich, wenn dem Beratenen die Entscheidungskompetenz verbleibt, dem Rat zu folgen oder nicht (vgl. ADS, § 319 Rdn. 63; so auch: Thümmel, a.a.O., S. 348; IFAC, Vorschlag eines Grundsatzes zur Berufsethik, WPg 1981, 523, 525; Sarx/Marquard, § 319 Rdn. 322; a.A.: Baetge/Hense, § 319 Anm. 119). Stellt ein solcher alternativloser Entscheidungsvorschlag etwa die einzig zulässige



Lösung dar, so wäre zwar an sich eine echte Entscheidungsmöglichkeit des Beratenen zu verneinen; in diesem Fall kommt jedoch der Rat einer – zulässigen – Teilprüfungsentscheidung im Sinne einer prüfungsvorbereitenden Beratung gleich.

Diese für den Regelfall ausreichenden Abgrenzungskriterien entsprechen den **Richtlinien für die Berufsausübung der Wirtschaftsprüfer** (WPK-Richtlinien Abschn. 1, *Richtungsweisende Feststellungen* 3; *Verlautbarung des Vorstandes der Wirtschaftsprüferkammer zu § 319 Abs. 2 Nr. 5 HGB*, WPK-Mitt 1996, 196 f). Standesrichtlinien sind zwar keine Rechtsnormen, können aber als taugliche Erkenntnisquelle dafür gelten, was im Einzelfall nach der Auffassung erfahrener Standesgenossen der Meinung aller billig und gerecht denkenden Wirtschaftsprüfer und der Würde des Standes entspricht (vgl. BVerfGE 36, 212, 217); gerade diese Standesregeln hat der Gesetzgeber im Kern in die Norm des § 319 Abs. 2 Nr. 5 HGB übernommen und im übrigen als ausreichendes Instrumentarium für die Abgrenzung zwischen zulässiger Beratung und unzulässiger Mitwirkung angesehen.

2. Das Kriterium der funktionalen Entscheidungszuständigkeit ist auch für die hier entscheidungserhebliche Beurteilung der Zulässigkeit der Steuerberatung des Abschlußprüfers als eines Unterfalls der Beratung im allgemeinen geeignet.

Soweit eine Ansicht im Schrifttum Abschlußprüfung und gleichzeitige Steuerberatung für generell miteinander unvereinbar hält, weil die enge Verbindung von Handels- und Steuerbilanz im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Maßgeblichkeit nach § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG und der umgekehrten Maßgeblichkeit nach § 5 Abs. 1 Satz 2 EStG zwangsläufig zu Rückwirkungen der Steuerberatung auf den handelsrechtlichen Jahresabschluß führe (vgl. Hartmann, a.a.O., S. 80; Schulze/Osterloh, a.a.O., S. 130 m.w.N.; ähnlich: Fleischer, DStR 1996, 758 ff, 764), vermag der Senat dem nicht zu folgen.

Die zweifellos vorhandenen Verbindungen zwischen beiden Bilanzen beseitigen nicht generell die Entscheidungszuständigkeit und -kompetenz des Auftraggebers im Falle einer steuerlichen Raterteilung nach den oben dargelegten Kriterien. Zwar mag für den – hier nicht vorliegenden – Fall einer vom Steuerberater ganz oder teilweise aufzustellenden sogenannten Einheitsbilanz das Mitwirkungsverbot des § 319 Abs. 2 Nr. 5 HGB unmittelbar gelten. Bei getrennten Bilanzen ist jedoch rechtlich nach § 5 EStG stets die Handelsbilanz maßgeblich, aus der die Steuerbilanz lediglich abzuleiten ist. Auch § 5 Abs. 1 Satz 2 EStG, der be-

stimmt, daß steuerrechtliche Wahlrechte in Übereinstimmung mit der handelsrechtlichen Bilanz auszuüben sind, ändert trotz des allgemein verwendeten Begriffs der „umgekehrten“ Maßgeblichkeit nichts am Vorrang der Handelsbilanz und daran, daß der Kaufmann sie in eigener Verantwortung aufstellt (vgl. auch Wöhe, DStR 1987, 3, 11; Harder, DB 1996, 717, 720).

Freilich ist nicht zu verkennen, daß in der Praxis wegen des engen Zusammenhangs zwischen Handels- und Steuerbilanz vielfach eine steuerliche Beratung zu den diesbezüglichen Wahlrechten (§ 5 Abs. 1 Satz 2 EStG) im Vorfeld der Aufstellung der Handelsbilanz stattfindet und diese deshalb indirekt beeinflußt wird. Das ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Maßgeblichkeit der vom Senat aufgestellten Abgrenzungskriterien, weil auch für das Gebiet der Steuerberatung gilt, daß **Einfluß oder Auswirkungen der Beratung nicht mit verbotener Mitwirkung gleichzusetzen sind**. Die Verwirklichung der Anforderungen des § 5 Abs. 1 Satz 2 EStG stellt immer noch eine autonome Entscheidung des die Handelsbilanz aufstellenden Kaufmanns dar, dem die **eigenständige Wahlmöglichkeit grundsätzlich verbleibt, ob er der vom Steuerberater (und zugleich Abschlußprüfer) zu erstellenden Steuerbilanz oder dessen entsprechenden Ratschlägen zur Gültigkeit verhelfen will oder nicht**.

### III.

Unter Zugrundelegung dieser Abgrenzungskriterien läßt sich die Wertung des Berufungsgerichts, der Wahlbeschluß sei wegen unzulässiger Mitwirkung der A.-GmbH i.S.d. § 319 Abs. 2 Nr. 5 HGB nichtig, nicht aufrechterhalten. Schon nach den vom Oberlandesgericht zur Begründung herangezogenen Tatumständen, insbesondere aber nach dem weiteren – zwischen den Parteien nicht streitigen – Beweisergebnis, ist es nicht zu einer unzulässigen Verlagerung der Entscheidungszuständigkeit für den handelsrechtlichen Jahresabschluß der A.-GmbH gekommen. Da angesichts des auch zweitinstanzlich unverändert gebliebenen Sachvortrags der Klägerin weitere tatsächliche Feststellungen nicht mehr zu erwarten sind, kann der Senat die gebotene Gesamtwürdigung selbst vornehmen und die Klage endgültig als unbegründet abweisen (§ 565 Abs. 3 ZPO).

1. Es mag bereits zweifelhaft sein, ob das Berufungsgericht seine Ausführungen zur angeblichen Inhabilität der A.-GmbH überhaupt hinreichend auf den nach § 319 Abs. 2 Nr. 5 HGB maßgeblichen Zeitpunkt des Wahlbeschlusses vom 27.5.1993 be-

zogen hat, da der Klägervortrag hierzu ebenso pauschal ist wie das Ergebnis der Beweisaufnahme in beiden Instanzen. **Eine Inhabilität des Prüfers für den Jahresabschluß 1993 ergibt sich auch nicht ohne weiteres aus seiner Mitwirkung am Vorjahresabschluß, sofern er für das Jahr 1993 nicht auch Bilanzposten zu prüfen hat, die er im Vorjahr wie ein Abschlußaufsteller maßgeblich mitgestaltet hat** (vgl. Baetge/Hense, § 319 Rdn. 111; Harder, DB 1996, 717). Der Senat entnimmt jedoch der Feststellung des Berufungsgerichts, wonach „die Konfliktlage schon seit längerer Zeit andauerte“, mit (noch) ausreichender Deutlichkeit, daß es aus dem pauschalen Vortrag der Klägerin und den Bekundungen des Vorstandes der Beklagten zumindest eine derartige Fallkonstellation hat annehmen wollen.

2. Selbst in diesem Sinne läßt sich eine verbotene Mitwirkung der A.-GmbH nach § 319 Abs. 2 Nr. 5 HGB nicht feststellen. Die vom Berufungsgericht angenommene „handelsrechtliche Relevanz aufgrund steuerlicher Überlegungen eingestellter Rückstellungen“ ist kein aussagekräftiges Indiz für eine etwa von der A.-GmbH übernommene eigene Entscheidungszuständigkeit; selbst ein „erheblicher Einfluß dieser Firma auf die Gestaltung solcher Rückstellungen in Einzelfällen“ würde insoweit nicht ausreichen. Tatsächlich hat das Vorstandsmitglied seine zweitinstanzliche Aussage aber dahin eingeschränkt; daß der Steuerberater nicht danach gefragt werde, ob eine Rückstellung gemacht werden solle und ob die Höhe (handelsrechtlich) zulässig sei, sondern ob eine – von der Beklagten beabsichtigte oder schon vorgenommene – Rückstellung im Einzelfall (z.B. in der Betriebsprüfung) steuerlich anerkannt werde. **Eine diesbezügliche Beratung etwa für den Fall einer drohenden Nachversteuerung führt nicht zu unzulässiger Mitwirkung beim Jahresabschluß.** Hinsichtlich sonstiger Steuerrückstellungen hat das Vorstandsmitglied die Entscheidungsfreiheit der Beklagten dadurch deutlich gemacht, daß er bekundet hat, diese könne den auf Anfrage gemachten Empfehlungen zur Höhe beabsichtigter Steuerrückstellungen folgen, gebunden sei sie jedoch nicht daran; zwar werde man häufig den im Zuge von Erörterungen gemachten Vorschlägen des Steuerberaters zur Höhe von Rückstellungen folgen, gelegentlich entscheide man jedoch auch anders.

Diese Handhabungsweise läßt nicht den sicheren Schluß zu, die Beklagte habe insoweit den handelsrechtlichen Jahresabschluß nicht eigenverantwortlich im Sinne eines „eigenen Werkes“ aufgestellt. Dies gilt um so mehr, als im übrigen die Beklagte

die gesamten buchhalterischen Grundlagen, insbesondere die Abschreibungsgrundlagen im einzelnen, selbst in einem DIN-A4-Ordner nach dem Grundsatz der steuerlichen Maximalabschreibung geregelt hat und es mit Rücksicht darauf „nicht viel Anlaß zur steuerlichen Einzelberatung“ gibt. Das Verhältnis des Aufwandes zwischen Steuerberatung und Abschlußprüfung beträgt bei der Beklagten 1:5, wobei der Steuerberater über die von ihr initiierten Darlegungen zu einzelnen Rückstellungsfragen hinaus an keinen Ansätzen mitgewirkt hat, die in die Buchhaltung übernommen wurden. **Denn die Beklagte verfügt über eine eigene für die Aufstellung des Jahresabschlusses zuständige Abteilung, die auch allgemeine Rundbriefe der A.-GmbH zur Änderung von Steuergesetzen selbständig umsetzt.**

Im übrigen werden nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gerade die im Rahmen des § 5 Abs. 1 Satz 2 EStG **bedeutsamen Bewertungs- und Aktivierungswahlrechte von der Beklagten allein ohne Einflußnahme des Steuerberaters entschieden.** Bei dieser Sachlage ist für die Wertung des Oberlandesgerichts, wonach der Abschlußprüfer der A.-GmbH in die Lage komme, die Richtigkeit eigenverantwortlich gewählter Ansätze des Steuerberaters derselben Firma beurteilen zu müssen, kein Raum.

3. Die steuerliche Beratungstätigkeit der A.-GmbH überschritt daher jedenfalls im Zeitpunkt ihrer Wahl zum Abschlußprüfer hinsichtlich des Geschäftsjahres 1993 nicht die Grenze zu einer unzulässigen Mitwirkung i.S.d. § 319 Abs. 2 Nr. 5 HGB.

## Fristenkontrolle

- Anordnung einer Vorfrist
- Behandlung von Vorfristen
- Ausnutzung einer Frist bis zum letzten Tag  
(BGH, Beschl. v. 27.5.1997 – VI ZB 10/97)

### Leitsatz:

**Eine auf Vorfristenanordnung vorgelegte Sache muß nicht stets sofort bearbeitet werden. Sie kann zur Wiedervorlage am Tag des Fristablaufs zurückgegeben werden, wenn der Anwalt sich nach sorgfältiger Prüfung davon überzeugt hat, daß die Rechtsmittelbegründung oder ein (erster) Antrag auf Verlängerung der Begründungsfrist noch rechtzeitig bei Gericht eingereicht werden kann.**

**Aus den Gründen:**

**I.**

Der Beklagte hat gegen ein ihm zugestelltes Urteil des Landgerichts Augsburg am 16.8.1996 Berufung eingelegt. Seine Berufungsbegründung ist erst am 13.11.1996 gleichzeitig mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Berufungsbegründung beim Berufungsgericht eingegangen.

Er hat dazu vorgetragen, das Ende der Berufungsbegründungsfrist am 15.10.1996 sei einschließlich zweier Vorfristen (1.10.1996 und 8.10.1996) im Fristenkalender der Kanzlei seiner Anwälte vermerkt und mit „ltg“ (letzter Tag) bezeichnet worden. An beiden Vorfristtagen seien die Akten dem zuständigen Rechtsanwalt ordnungsgemäß vorgelegt und dann weisungsgemäß jeweils wieder in den Aktenschränk zurückgehängt worden, weil noch nicht bekannt gewesen sei, ob die Berufung habe durchgeführt werden sollen.

Am 15.10.1996, dem Tage des Ablaufs der Berufungsbegründungsfrist, habe die zuständige Anwaltsgehilfin die Akten entgegen allgemeiner Weisung jedoch nicht dem sachbearbeitenden Rechtsanwalt vorgelegt und diesen auch nicht auf den Fristablauf angesprochen, sondern fälschlicherweise in den Kalender eingetragen: „Verlängert 15.11.“. Wie der Beklagte mit Schriftsatz v. 8.1.1997 ergänzend vorgetragen hat, sei dies erfolgt, obwohl eine allgemeine Weisung bestanden habe, Endfristen nur zu löschen, wenn ein Anwalt zuvor die Erlaubnis zum Löschen der Frist erteilt habe. Dem Sachbearbeiter seien die Akten erst am 30.10.1996 aus einem anderen Grund vorgelegt worden. Der Beklagte hat zu diesem Vorbringen eidesstattliche Versicherungen seines Prozeßbevollmächtigten und der Anwaltsgehilfin S. eingereicht.

Das Berufungsgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung des Beklagten als unzulässig verworfen. Gegen diesen am 21.1.1997 zugestellten Beschluß richtet sich die am 3.2.1997 eingegangene sofortige Beschwerde des Beklagten. Der Beklagte macht geltend, die Vorfristen seien eingetragen und eingehalten worden. Sein Anwalt habe darauf vertrauen dürfen, daß ihm die Akte am Montag, 14.10.1996, oder am Morgen des 15.10.1996 wieder vorgelegt werden würde. Wenn das geschehen wäre, hätte der Anwalt die Berufungsbegründung noch rechtzeitig fertigstellen oder Antrag auf erstmalige Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist stellen können.

**II.**

Die form- und fristgerecht eingelegte und auch sonst zulässige sofortige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Das Oberlandesgericht hat dem Beklagten die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versagt. Die Fristversäumung beruht auf einem Versehen des Büropersonals seines Prozeßbevollmächtigten, das dem Beklagten nicht zugerechnet werden kann.

1. Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung gemäß § 233 ZPO verneint, weil die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist auf einem Verschulden des Prozeßbevollmächtigten beruhe (§ 85 Abs. 2 ZPO). Die Nichtvorlage der Akten am 15.10.1996 und die falsche Eintragung der Fristverlängerung beruhe zwar auf einem dem Anwalt nicht zurechenbaren Verschulden des Büropersonals. Ein dem Beklagten zurechenbares Anwaltsverschulden liege jedoch darin, daß sein Prozeßbevollmächtigter nach Vorlage aufgrund der Vorfristen die Akten unbearbeitet in den Aktenschränk gegeben habe. Dadurch habe er jedenfalls am 8.10.1996, nur eine Woche vor Ablauf der Begründungsfrist, die Warnfunktion der Vorfrist außer acht gelassen und die durch diese bewirkte Sicherung selbst außer Kraft gesetzt. Er habe nicht darauf vertrauen dürfen, daß die unbearbeiteten Akten am 15.10.1996 wieder vorgelegt werden würden.

2. Das hält den Angriffen der sofortigen Beschwerde nicht stand.

Ein Rechtsanwalt muß durch **geeignete organisatorische Maßnahmen** dafür Sorge tragen, daß Fristversäumnisse möglichst vermieden werden. Dazu gehört nach feststehender Rechtsprechung die allgemeine Anordnung, daß **jedenfalls bei solchen Prozeßhandlungen, deren Vornahme nach ihrer Art mehr als nur einen geringfügigen Aufwand an Zeit und Mühe erfordert, außer dem Datum des Fristablaufs auch noch eine Vorfrist zu vermerken ist**. Sie soll bewirken, daß dem Rechtsanwalt durch rechtzeitige Vorlage der Akten auch für den Fall von Unregelmäßigkeiten und Zwischenfällen noch eine ausreichende Überprüfungs- und Bearbeitungszeit verbleibt (vgl. BGH, Beschl. v. 6.7.1994 - VIII ZB 26/94, GI 1995, 25 = VersR 1994, 1325).

Eine solche Vorfrist war hier notiert. Dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten sind die Akten auch rechtzeitig vorgelegt worden. Der Beklagte muß sich - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - nicht als Verschulden anrechnen lassen,

daß sein Prozeßbevollmächtigter die Akten wieder in den Aktenschrank hat zurückhängen lassen, ohne einen Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist zu stellen oder die Berufungsbegründung zu fertigen.

Das Berufungsgericht läßt außer acht, daß ein Rechtsmittelkläger grundsätzlich berechtigt ist, die Begründung seines Rechtsmittels bis zum letzten Tag der Frist hinauszuschieben (vgl. BGH, Urt. v. 2.10.1991 - IV ZR 68/91, GI 1992, 41 = VersR 1991, 1426 m.w.N.), wenn die Rechtsmittelbegründung oder ein (erster) Antrag auf Verlängerung der Begründungsfrist noch rechtzeitig bei Gericht eingereicht werden kann und die erforderlichen Maßnahmen zur Einhaltung der Rechtsmittelbegründungsfrist getroffen werden. Die mit der Vorfristanordnung bezweckte Sicherung, dem Anwalt den für die Bearbeitung der Rechtsmittelbegründung erforderlichen Zeitraum zu gewährleisten (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 11.7.1962 - VIII ZB 18/62, VersR 1962, 838, 839; v. 24.5.1973 - III ZB 5/73, VersR 1973, 840, 841; v. 9.6.1994 - I ZB 5/94, VersR 1995, 72, 73; v. 6.7.1994 - VIII ZB 26/94, a.a.O.), verlangt in einem solchen Fall keine sofortige Bearbeitung der Sache, sondern gestattet es, die Sache für den letzten Tag wieder auf Frist zu legen.

Diese Voraussetzungen waren hier gegeben. Der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten hat seinen Sitz am Ort des Berufungsgerichts und war bereits in erster Instanz tätig gewesen; die Berufungsbegründung betraf nur wenige Probleme und umfaßte in der schließlich eingereichten Form nur eine Seite, konnte also auch noch am letzten Tag der Frist gefertigt und eingereicht werden. Der Ablauf der Frist am 15.10.1996 war im Fristenkalender durch den Zusatz „ltg“ (d.h. letzter Tag) im Sinne einer „Genauffrist“ besonders hervorgehoben. Dies bedeutet, daß das Büropersonal zur Vorlage der Akten an diesem Tag verpflichtet war. Ausweislich der eidesstattlichen Versicherung der Angestellten S. bestand in der Kanzlei überdies für das Büropersonal die Anweisung, den sachbearbeitenden Anwalt auf den Fristablauf anzusprechen. Wäre dies geschehen, dann wäre – davon ist nach dem gewöhnlichen Geschäftsgang auszugehen – am 15.10.1996 entweder die Berufungsbegründung oder ein Antrag auf erstmalige Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bei Gericht eingereicht worden und eine Fristversäumung nicht eingetreten.

Wenn dem Anwalt am Tage der „Genauffrist“ die Akten nicht vorgelegt worden sind, weil das Büropersonal die in anderer Sache bewilligte Verlän-

gerung einer Rechtsmittelbegründungsfrist irrtümlich auf die hier zu entscheidende Sache bezogen und die Genauffrist gestrichen hat, beruhte die Fristversäumung unter den gegebenen Umständen allein auf einem Verschulden des Büropersonals, das für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ohne Belang ist (vgl. Beschl. v. 28.10.1993 - VII ZB 22/93, VersR 1994, 955; v. 12.7.1984 - IVb ZB 43/84, VersR 1984, 873, 874).

## Fristenkontrolle

- Fristenüberwachung durch RA
- Aktenvorlage  
(BGH, Beschl. v. 14.1.1997 - VI ZB 24/96)

### Leitsatz:

Wird im Anwaltsbüro die Sache dem Prozeßbevollmächtigten zur Fertigung der Berufungsschrift vorgelegt, so entsteht damit für diesen eine eigene Pflicht zur Prüfung des Fristablaufs, von der er sich auch nicht durch eine allgemeine Anweisung befreien kann, ihn täglich an unerledigte Frist-sachen zu erinnern.

### Aus den Gründen:

I. Das der Klage stattgebende Urteil des Landgerichts ist dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Streithelferin des Beklagten (im folgenden: Beschwerdeführerin) am 3.9.1996 zugestellt worden. Ihre Berufungsschrift ist erst am 10.10.1996 beim Berufungsgericht eingegangen. In diesem Schriftsatz hat sie zugleich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist beantragt und unter Glaubhaftmachung vorgetragen, diese Frist sei im Büro ihrer zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten von der Bürovorsteherin mit Vorfrist auf den 27.9.1996 im Fristenkalender eingetragen worden. Die Akte sei sodann am 2.10.1996 mit Fristzettel für den 4.10.1996 dem zuständigen Sachbearbeiter vorgelegt worden.

Aus nicht näher rekonstruierbaren Gründen sei jedoch die Fertigung und Einreichung der Berufungsschrift unterblieben. Ursache dafür sei, daß die sonst stets zuverlässige und ausreichend überwachte Bürovorsteherin versehentlich die Frist im Kalender gestrichen habe. Deshalb habe sie den Sachbearbeiter entgegen einer allgemein erteilten Anweisung nicht am Tag des Fristablaufs an die Erledigung der noch offenen Fristsache erinnert.

Das Oberlandesgericht hat mit Beschluß vom 11.11.1996 die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versagt und zugleich die Berufung der Beschwerdeführerin als unzulässig verworfen. Gegen diesen am 19.11.1996 zugestellten Beschluß richtet sich die am 2.12.1996 eingegangene sofortige Beschwerde.

II. Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat der Beschwerdeführerin zu Recht die beantragte Wiedereinsetzung versagt, weil die Versäumung der Berufungsfrist auf einem Verschulden ihres zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten beruht und dies der Beschwerdeführerin nach 5 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen ist.

Zutreffend hält das Berufungsgericht für ausschlaggebend, daß die Akte dem Prozeßbevollmächtigten am 2.10.1996 rechtzeitig vor Fristablauf und mit einem ausdrücklichen schriftlichen Hinweis auf den Ablauf der Frist am 4.10.1996 vorgelegt worden ist. Damit entstand eine eigene Pflicht des Prozeßbevollmächtigten zur Prüfung und Beachtung des Fristablaufs, und zwar unabhängig davon, ob er sich sogleich zur Bearbeitung der Sache entschloß (*Senatsbeschl. v. 19.2.1991 VI ZB 2/91, GI 1991, 201 = NJW-RR 1991, 827, 828; v. 10.12.1996 - VI ZB 16/96, GI 1997, 205 = NJW 1997, 1079; BGH, Beschl. v. 11.12.1991 - VIII ZB 38/91, GI 1992, 238 = NJW 1992, 841; v. 6.7.1994 - VIII ZB 12/94, GI 1995, 76 = NJW 1994, 2831, 2832*).

Von dieser eigenen Verantwortung für die Einhaltung der Berufungsfrist konnte sich der Prozeßbevollmächtigte auch nicht durch eine Anweisung befreien, ihn täglich an noch unerledigte Fristen zu erinnern (*BGH, Beschl. v. 18.12.1980 - III ZB 30/80, VersR 1981, 282; v. 11.12.1991, a.a.O., jeweils m.w.N.; v. 25.5.1994 - XII ZB 57+92/94, VersR 1995, 69, 70*). Insoweit handelt es sich nämlich nicht, wie die Beschwerdeführerin meint, um einen Fall überobligatorischer Sorgfalt, in deren Rahmen ein Versehen nicht zur Verschärfung der Sorgfaltspflicht führen könne (*vgl. dazu BGH, Beschl. v. 22.3.1995 - VIII ZB 2/95, GI 1995, 207 = NJW 1995, 1682*). Unter diesem Blickpunkt könnte, wie das das Berufungsgericht richtig erkannt hat, allenfalls das Versehen der Bürovorsteherin zu beurteilen sein. Unentschuldigbar ist vorliegend jedoch das eigene Versehen des Prozeßbevollmächtigten, den nach den obigen Darlegungen bei Vorlage der Sache am 2.10.1996 eine selbständige Pflicht zur Prüfung und Beachtung der Frist traf, der er sich durch die geltend gemachte Weisung nicht entledigen konnte.

## Steuerberaterhonorar

- unter den Sätzen der StBGebV?
  - Nachträgliche Erhöhung?
- (*OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.2.1996 - 13 U 255/94*)

### Leitsätze (d. Red.):

1. Die Vereinbarung eines Honorars, das unter den Sätzen der Steuerberatergebührenverordnung liegt, ist zulässig.

2. Der Steuerberater kann eine verbindliche Gebührenbestimmung nicht nachträglich abändern, wenn keine Nichtigkeits- oder Abänderungsgründe vorliegen (*vgl. OLG Düsseldorf, GI 1992, 91 f; GI 1993, 205*).

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin hat in der Zeit von 1983 bis Mai 1988 für den Beklagten und dessen Bauunternehmen die Buchführungsarbeiten erledigt. Die Parteien hatten keine schriftliche Honorarvereinbarung getroffen. Ihre Leistungen rechnete die Klägerin in gleicher Weise ab wie ihre Vorgängerin, die Firma ... Ausweislich der überreichten Rechnungsabschriften berechneten diese Firma und später die Klägerin bestimmte Beträge für Buchungszeilen und Kontenbeschriftungen. Darüber hinaus stellte die Klägerin den nach Stunden bemessenen Arbeitsaufwand und eine monatliche Pauschale in Rechnung. Insgesamt zahlte der Beklagte für den Zeitraum bis Mai 1988 auf Anforderung der Klägerin 382.018,35 DM.

Nach Beendigung des Steuerberatungsvertrages beschwerte sich der Beklagte mit Eingabe vom 18.5.1988 bei der Steuerberaterkammer Düsseldorf über die von der Klägerin angewandte Art der Honorarberechnung. Die Kammer wies mit Schreiben vom 9.6.1988 die Klägerin darauf hin, daß die zahlreichen von ihr erstellten Rechnungen nicht hinreichend spezifiziert seien und daß die Abrechnung von Buchführungsarbeiten einschließlich des Kontierens der Buchungsbelege nicht nach der Zahl der gedruckten Buchungszeilen erfolgen dürfe. Das Schreiben der Kammer enthielt den abschließenden Hinweis, daß die Klägerin gehalten sei, Gebührenrechnungen, die der Steuerberatergebührenordnung nicht entsprächen, neu zu erstellen und entsprechend zu spezifizieren.

Diesen Hinweis nahm die Klägerin zum Anlaß, ihre für den Beklagten erbrachte Tätigkeit neu zu berechnen. Sie ermittelte auf diese Weise eine - im Schriftsatz der Rechtsanwälte ... und Partner

vom 4.8.1988 näher spezifizierte – Honorarforderung von 465.114,05 DM. Zusätzlich machte sie aus den in der Anlage zum Schriftsatz vom 25.9.1989 aufgeführten Rechnungen weitere 196.935,54 DM geltend. Hierauf rechnete sie die bereits erhaltenen 382.018,35 DM an. (. . .)

Hinsichtlich der für den Zeitraum bis Ende 1985 erteilten Rechnungen hat der Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben. Sodann hat er die Auffassung vertreten, die Klägerin sei lediglich berechtigt gewesen, ihre Leistungen nach der seinerzeit zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung abzurechnen; ein im nachhinein nach der Gebührenordnung berechnetes höheres Honorar stehe ihr nicht zu.

Im Wege der Widerklage hat der Beklagte die Klägerin auf Zahlung von 172.589,40 DM in Anspruch genommen. Zur Begründung hat er vorgetragen, daß ein Teilbetrag von 106.214,40 DM erforderlich gewesen sei, um die Mängel zu beseitigen, mit denen die Leistung der Klägerin behaftet gewesen sei. Außerdem habe die Klägerin einen Teil der abgerechneten Arbeiten nicht erbracht. Das Landgericht hat über die Angemessenheit des Honoraranspruchs der Klägerin Beweis erhoben und den Beklagten durch Teilurteil vom 15.11.1994, auf das zur Darstellung der Einzelheiten verwiesen wird, zur Zahlung von 152.308,19 DM verurteilt; in Höhe von 105.169,69 DM hat es die Klage abgewiesen. Die Entscheidung über die restliche Klageforderung von 22.552,36 DM und über die Widerklage steht noch aus.

Das Landgericht hat die Berechtigung der Klägerin bejaht, ihren Honoraranspruch nachträglich neu zu berechnen: Ursprünglich hätten sich die Parteien mündlich wirksam geeinigt, die Leistungen der Klägerin in gleicher Weise abzurechnen, wie dies zuvor durch ihre Vorgängerin geschehen sei. Die Parteien hätten diese Vereinbarung jedoch dahin geändert, daß die Klägerin nunmehr nach der für Steuerberater maßgeblichen Gebührenordnung (StBGebV) abzurechnen habe. Mit seiner an die Steuerberaterkammer gerichteten Eingabe vom 18.5.1988 habe der Beklagte seine Unzufriedenheit mit der bisherigen Abrechnungsweise zum Ausdruck gebracht und zugleich verlangt, daß die Klägerin ordnungsgemäß nach der Gebührenordnung abrechnen solle. Diesem Verlangen habe die Klägerin durch die Neuberechnung ihrer Honorarforderung entsprochen.

Gegen diese Rechtsauffassung wendet sich die Berufung des Beklagten. (. . .)

#### Aus den Gründen:

Die Berufung des Beklagten ist begründet und führt zur Abweisung der Klage in Höhe weiterer 152.308,19 DM. Honoraransprüche der Klägerin, die über den abgerechneten und empfangenen Betrag von 382.018,35 DM hinausgehen, bestehen nicht.

Von den Parteien unangegriffen hat das Landgericht festgestellt, daß die Leistungen der Klägerin nach einer mündlich getroffenen Vereinbarung in gleicher Weise abzurechnen waren, wie dies zuvor durch den Vorgänger der Klägerin gehandhabt wurde. Demnach wurden die **Buchführungsarbeiten nach der Anzahl der Buchungszeilen und der Kontenbeschriftungen abgerechnet**, wobei je Zeile oder Beschriftung eine Einheitsgebühr zugrunde gelegt wurde. Darüber hinaus rechnete die Klägerin nach Zeitaufwand und einer monatlichen Pauschale ab. **Die Vereinbarung bedurfte nicht der Schriftform nach § 4 StBGebV, da die Parteien keine Gebühr vereinbart haben, deren Höhe die gesetzlichen Gebühren überstieg.** Allenfalls ist daran zu denken, daß die Bemessung der Vergütung für die Buchungstätigkeit nach der Anzahl der Buchungszeilen ohne Rücksicht auf den Gegenstandswert **Merkmale einer Pauschalvergütung** aufwies. Nach Inkrafttreten der Gebührenordnung am 1.4.1982 (§ 49 StBGebV) hätte der Steuerberater auf die nach dem Gesetz erforderliche (§ 14 StBGebV) Schriftform hinweisen müssen.

Tatsächlich wurde die Frage nach der schriftlichen Abfassung der Honorarvereinbarung zwischen den Parteien erörtert. Jedoch widersetzte sich die Klägerin einem entsprechenden Wunsch des Beklagten. Bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses hat der Beklagte gleichwohl das von der Klägerin jeweils berechnete Honorar bezahlt. **Entsprach das monatliche Honorar der Forderung des Steuerberaters, so ist dieser nicht gehindert, nachträglich höhere Gebühren in Rechnung zu stellen** (Senatsurt. v. 18.7.1991 – 13 U 22/91, Gl 1993, 205).

Eine wirksame Honorarvereinbarung, die der Klägerin das Recht gab, nachträglich ihre gesamte Tätigkeit seit dem Jahre 1981 nach § 33 StBGebV abzurechnen, ist nicht zustande gekommen. Der gegenteiligen Ansicht des Landgerichts und der Klägerin folgt der Senat nicht. Der Inhalt des zwischen den Parteien am 16.5.1988 geführten Ferngesprächs, in dessen Verlauf der Beklagte die von der Klägerin geübte Art der Abrechnung beanstandete, und das an die Steuerberaterkammer gerichtete Schreiben des Beklagten vom 18.5.1988 war **nicht geeignet, die Rechtsbeziehungen der Parteien neu zu gestalten.**

Hierzu bestand mit Rücksicht auf die vom Beklagten zuvor ausgesprochene Kündigung des Steuerberatervertrages kein Anlaß. Die vom Beklagten an den Rechnungen der Klägerin geübte Kritik enthielt zudem keine Willenserklärung, die auf eine Vertragsänderung gerichtet war, sondern sollte die Klägerin veranlassen, ordnungsgemäß abzurechnen. **Abgesehen davon, daß die Steuerberaterkammer nicht dazu bestellt ist, an die Klägerin gerichtete Willenserklärungen des Beklagten entgegenzunehmen**, lag es nicht in der Absicht des Beklagten, von der ursprünglichen Absprache der Parteien, das Honorar so abzurechnen, wie dies durch die Vorgängerin der Klägerin geschehen sein, abzurücken.

Im übrigen kann ein Steuerberater nur unter besonderen Voraussetzungen sein Honorar neu berechnen und gleichzeitig anheben. Im Streitfall ist die Klägerin an einer derartigen Nachberechnung gehindert, weil sie an die mündliche oder stillschweigende Vereinbarung mit dem Beklagten gebunden ist. **Die Vereinbarung einer niedrigeren Vergütung, als sie sich aus der Gebührenordnung ergibt, ist grundsätzlich zulässig** (Eckert/Böttcher, *Steuerberatergebührenordnung* 2. Aufl., Rdn. 3 zu § 4). Anhaltspunkte dafür, daß der Beklagte gegen § 1 UWG verstoßen oder die Klägerin unzulässigerweise unter Druck gesetzt hat, fehlen.

Die Klägerin selbst trägt vor, daß ihr während der Vertragszeit die Vorschriften der Steuerberatergebührenverordnung unbekannt gewesen seien. Diese Rechtsunkenntnis gestattete der Klägerin zwar, für die Zukunft eine Abrechnung nach der Gebührenordnung zu verlangen. Eine Neuberechnung des Honorars für die Vergangenheit scheidet dagegen aus. Die Klägerin wäre nämlich verpflichtet gewesen, auf die Gebührenordnung und die Notwendigkeit der Einschaltung der Schriftform bei Vereinbarung eines Pauschalhonorars hinzuweisen, um dem Beklagten die Möglichkeit zu geben, über die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses mit der Klägerin nachzudenken.

**Der Steuerberater kann in Übereinstimmung mit einer bestehenden Absprache verbindlich vorgenommene Gebührenbestimmungen nicht mehr nachträglich abändern, sofern keine Nichtigkeits- oder Abänderungsgründe vorliegen** (OLG Düsseldorf - 18. Zivilsenat, GI 1992, 91, 92).

## Steuerberatungs- gesellschaft mbH

- Haftung des Geschäftsführers, § 31 BGB
- Steuerberatung des Geschäftsführers  
(OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.4.1994 - 13 U 105/93)

### Leitsatz:

Eine Steuerberatungsgesellschaft ist nicht für den Schaden verantwortlich, den ihr Geschäftsführer in seiner Eigenschaft als Mitgesellschafter eines anderen Unternehmens diesem dadurch zufügt, daß er im Rahmen einer Gesellschafterversammlung die steuerlichen Folgen eines Gesellschafterbeschlusses (Verzinsung der GmbH-Einlagen und deren nachfolgende Behandlung als verdeckte Gewinnausschüttung) falsch einschätzt.

### Leitsatz (d. Red.):

Der Geschäftsführer einer Steuerberatungsgesellschaft, der zugleich Steuerberater ist, kann außerhalb der Gesellschaft steuerberatend für eigene Rechnung tätig sein. Eine Vermutung dafür, daß er einen Haftungstatbestand im Rahmen seines dienstlichen Tätigkeitsbereichs erfüllt, besteht nicht. Die Abgrenzung erfolgt nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls.

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin wurde im Jahre 1984 durch die Beklagte in steuerlicher Hinsicht beraten. Der Aufgabenbereich der Beklagten umfaßte nach Darstellung der Klägerin die Erstellung der Steuererklärungen, der Steuerbilanzen einschließlich der Gewinn- und Verlustrechnungen sowie der vorbereitenden Buchungen. Das Stammkapital der Klägerin hielten im Jahre 1984 deren Geschäftsführer mit 26.000 DM, der Geschäftsführer der Beklagten und ein weiterer Gesellschafter mit jeweils 12.000 DM. In einer Gesellschafterversammlung am 6.12.1984 beschlossen die Gesellschafter der Klägerin, ihre GmbH-Einlagen mit 30 % jährlich zu verzinsen und die Zinsen an sie auszuzahlen. Die über die Gesellschafterversammlung verfaßte Sitzungsniederschrift enthält den anschließenden Satz: „Steuerrechtlich bestehen laut Herrn . . . keine Bedenken.“

Für ihre Leistungen im Jahre 1984 beanspruchte die Beklagte gemäß Rechnung vom 11.3.1986 ein Honorar von 7.980 DM, und zwar für die Positionen Bilanz, Abstimmarbeiten, Körperschaft-



steuererklärung, Entwicklung Eigenkapital, Gewerbesteuererklärung und Umsatzsteuererklärung. Zuvor bereits hatte der Mitgesellschafter der Klägerin und Geschäftsführer der Beklagten unter dem 6.12.1984 der Klägerin ein „einmaliges Pauschalhonorar“ für eine steuerliche Sonderberatung in Rechnung gestellt. Die Klägerin überwies den geforderten Betrag auf das bei der Stadtparkasse unter der Nr. . . . geführte Girokonto mit der Empfängerbezeichnung . . . Dieses Konto ist mit den in den Rechnungsvordrucken der Beklagten angegebenen Bankverbindungen nicht identisch.

In Ausführung des Gesellschafterbeschlusses vom 6.12.1984 nahm die Klägerin in den Jahren von 1985 bis 1988 eine Verzinsung auf das Stammkapital in Höhe von 74.450 DM vor, wobei die Zinsauszahlungen an die Gesellschafter als Betriebsausgaben verbucht wurden. Im Anschluß an eine im Jahre 1991 vorgenommene Außenprüfung bewertete das Finanzamt die Verzinsung des Stammkapitals als verdeckte Gewinnausschüttung. Wegen der hierdurch bedingten Steuermehrbelastung nimmt die Klägerin die Beklagte auf Schadenersatz in Anspruch. Zur Begründung hat sie ausgeführt, der vom Finanzamt beanstandete Gesellschafterbeschuß sei auf den Vorschlag des Geschäftsführers der Beklagten hin gefaßt worden; der durch diese Falschberatung entstandene Schaden belaufe sich auf insgesamt 102.178 DM.

Die Beklagte hat sich darauf berufen, daß dem Geschäftsführer der Klägerin die steuerrechtliche Unzulässigkeit der Verzinsung der Einlagen bekannt gewesen sei. Im übrigen hat sie die Höhe des von der Klägerin behaupteten Schadens bestritten.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 5.3.1993, auf das zur näheren Darstellung der Einzelheiten verwiesen wird, die Beklagte antragsgemäß verurteilt: Die Beklagte habe die Klägerin beim Zustandekommen des Gesellschafterbeschlusses am 6.12.1984 falsch beraten. Für die eingezahlten Stammeinlagen stehe den Gesellschaftern kein Anspruch auf Verzinsung zu. Die von den Gesellschaftern gleichwohl beschlossene Zinszahlung verstoße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr. Den durch die falsche steuerliche Beratung entstandenen Schaden habe die Beklagte zu ersetzen.

Die Beklagte hat Berufung eingelegt. Sie räumt ein, daß die von ihrem Geschäftsführer in der Gesellschafterversammlung am 6.12.1984 vertretene Ansicht falsch gewesen sei und führt sodann zur Begründung des Rechtsmittels aus: Die Verzinsung des Stammkapitals sei nicht auf die Initiative ihres Geschäftsführers hin beschlossen worden. Die Pro-

tokollierung über den Ablauf der Gesellschafterversammlung sei mißverständlich. Ihr Geschäftsführer habe zu keiner Zeit erklärt, gegen eine Verzinsung in Höhe von 30 % bestünden keine Bedenken. Zu berücksichtigen sei, daß auch schon in den Jahren vor 1985 auf Veranlassung des Geschäftsführers Zinsen auf das Stammkapital gewährt worden seien. Die Klägerin sei immer bestrebt gewesen, den erwirtschafteten Gewinn vollständig an die Gesellschafter auszuschütten. Sodann bestreitet die Beklagte weiterhin die Höhe des geltend gemachten Schadens und beruft sich zusätzlich darauf, daß sie den von ihrem Geschäftsführer begangenen Beratungsfehler nicht zu vertreten habe, da dieser an der Gesellschafterversammlung lediglich in seiner Eigenschaft als Mitgesellschafter teilgenommen habe. Sie – die Beklagte – sei zu keiner Zeit damit beauftragt gewesen, die Klägerin bei der Vorbereitung und Durchführung von Gesellschafterversammlungen zu unterstützen.

#### Aus den Gründen:

Die Berufung der Beklagten ist begründet und führt zur Abweisung der gegen sie auf Zahlung von 102.178 DM nebst Zinsen gerichteten Klage.

I. Zwischen den Parteien herrscht kein Streit mehr darüber, daß der Geschäftsführer der Beklagten und Mitgesellschafter der Klägerin in der Gesellschafterversammlung vom 6.12.1984 die steuerlichen Folgen der von den Gesellschaftern beschlossenen Verzinsung des Stammkapitals falsch eingeschätzt hat. Für die durch diesen Fehler verursachten steuerlichen Nachteile hat die Beklagte indessen nicht einzustehen.

II. Eine Haftung der Beklagten ist bereits deshalb zu verneinen, weil eine Verpflichtung, die Klägerin bei der Durchführung der Gesellschafterversammlung am 6.12.1984 in steuerlicher Hinsicht zu beraten, nicht bestanden hat. Die in der Sitzungsniederschrift enthaltene Äußerung des Geschäftsführers ist diesem in seiner Eigenschaft als Mitgesellschafter der Klägerin zuzurechnen. Für die Folgen der Falschberatung haftet die Beklagte somit nicht nach § 31 BGB.

1. Ein **schriftlicher Steuerberatungsvertrag**, durch den die von der Beklagten zu leistende Beratungstätigkeit nach Art und Umfang näher beschrieben wurde, hat zwischen den Parteien **nicht bestanden**. Nach dem Vorbringen der Klägerin und dem Inhalt der von der Beklagten ausgestellten Rechnungen ist davon auszugehen, daß die Aufgabe der

Beklagten im wesentlichen darin bestand, die Bilanzen zu erstellen und die von der Klägerin abzugebenden Steuererklärungen vorzubereiten und die dazu erforderlichen Buchungsarbeiten zu erledigen. Zum Aufgabenbereich der Beklagten gehörte es dagegen nicht, die Klägerin bei der Vorbereitung und Durchführung der Gesellschafterversammlungen und der dort geführten Beschlüsse zu beraten.

2. Bereits die in § 57 Steuerberatungsgesetz (StBG) niedergelegten Grundsätze über die allgemeinen Berufspflichten eines Steuerberaters sprechen eher dagegen, daß die Beklagte die Klägerin bei der Beschlußfassung am 6.12.1984 beraten hat. **Berufswidrig ist die Beratung einer GmbH, wenn der Steuerberater zugleich Gesellschafter dieser GmbH ist** (Späth in: *Bonner Handbuch der Steuerberatung*, § 57 StBG, Rdn. B 808.1). Dies gilt auch, wenn es sich um eine mittelbare Beteiligung – z.B. über eine Gesellschaft, an der der Steuerberater beteiligt ist, und die ihrerseits Gesellschafterin der beratenden GmbH ist – handelt (Späth, a.a.O.).

3. Die Voraussetzungen, unter denen die Beklagte nach § 31 BGB für den von ihrem Geschäftsführer begangenen Beratungsfehler einzustehen hat, sind nicht erfüllt. Diese Vorschrift, die für alle juristischen Personen gilt (Palandt/Heinrichs, § 31 BGB Rdn. 3) rechnet dem Verein oder der Gesellschaft das Handeln seiner verfassungsgemäß berufenen Vertreter als eigenes Handeln zu. Der Geschäftsführer einer GmbH, der die Gesellschaft gemäß § 35 GmbHG gerichtlich und außergerichtlich vertritt, gehört zum Kreis der verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne von § 31 BGB.

Jedoch hat der Geschäftsführer an der Gesellschafterversammlung am 6.12.1984 nicht „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen“ teilgenommen, sondern in seiner Eigenschaft als Mitgesellschafter der Klägerin. **Eine Vermutung dafür, daß ein Geschäftsführer einen Haftungstatbestand im Rahmen seines dienstlichen Tätigkeitsbereichs erfüllt, besteht nicht** (Merten in: *Hachenburg, GmbHG 7. Aufl.*, § 35 Rdn. 280). Voraussetzung der Haftung nach § 31 BGB ist, daß der Geschäftsführer in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen Schaden zugefügt hat. Dies ist dann zu bejahen, **wenn das Verhalten des Geschäftsführers in seinen Pflichtenbereich fällt** (Baumbach/Hueck/Zöllner, *GmbHG 15. Aufl.*, § 35 Rdn. 91). Der Umstand, daß der Geschäftsführer in der Gesellschafterversammlung eine Stellungnahme zu einer Frage abgegeben hat, die an ihn in seiner Eigenschaft als Steuerberater gerichtet war, rechtfertigt nicht den Schluß, daß er damit eine von der Beklagten zu erfüllende Aufgabe übernommen hat.

**Grundsätzlich ist der Geschäftsführer einer Steuerberatungsgesellschaft, der zugleich auch Steuerberater ist, nicht gehindert, außerhalb der Steuerberatungsgesellschaft steuerberatend für eigene Rechnung tätig zu sein.** Die Abgrenzung richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles.

Im Streitfall ist davon auszugehen, daß die Beklagte nicht damit beauftragt war, an Gesellschafterversammlungen der Klägerin unterstützend mitzuwirken. Gegen die Erteilung eines Einzelauftrags spricht, daß die Beklagte bei der Beantwortung der Frage, ob der Beschluß, die Stammeinlagen zu verzinsen, steuerrechtlich unbedenklich war, in einen Interessenkonflikt geraten wäre: An einer derartigen Verzinsung war der Geschäftsführer als Mitgesellschafter der Klägerin persönlich interessiert. Die spätere finanzielle Abwicklung spricht eindeutig dafür, daß der Geschäftsführer seine Tätigkeit in der Gesellschafterversammlung außerhalb seines Zuständigkeitsbereiches als Organ der Beklagten entfaltet hat.

Die Beklagte hat, wie die vorgelegte Rechnung über ihre Tätigkeit für die Klägerin im Jahre 1984 zeigt, für die Anwesenheit ihres Geschäftsführers in der Gesellschafterversammlung der Klägerin **kein Honorar verlangt**. Daß die Anwesenheit ihres Geschäftsführers von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung war, zeigt dessen Honorarrechnung vom 6.12.1984, mit der er ein Sonderhonorar von 10.000 DM forderte. Diese Forderung hat der Geschäftsführer im eigenen Namen und nicht als Vertreter der Beklagten erhoben: Der Geschäftsführer hat sich bei der Aufstellung der Rechnung vom 6.12.1984 nicht der geschäftlichen Briefbögen der Beklagten bedient. Außerdem wurde die Rechnung in unmittelbarem zeitlichen Anschluß an die Gesellschafterversammlung erteilt, während demgegenüber die Beklagte die für das Steuerjahr 1984 erbrachten Leistungen erst unter dem 11.3.1986 abgerechnet hat, ohne dabei das an ihren Geschäftsführer gezahlte Sonderhonorar zu berücksichtigen.

Daß die Beklagte mit der Tätigkeit ihres Geschäftsführers in der Gesellschafterversammlung am 6.12.1984 nichts zu tun hatte, ergibt sich schließlich daraus, daß die Klägerin das von ihrem Mitgesellschafter geforderte **Sonderhonorar nicht auf ein Girokonto der Beklagten, sondern auf das Konto mit der persönlichen Bezeichnung ... überwiesen hat**. Unter den aufgezeigten Umständen ist eine Mitwirkung der beklagten Gesellschaft an der Gesellschafterversammlung der Klägerin am 6.12.1984 nicht festzustellen. Demnach entfällt auch eine Haftung nach § 31 BGB.

## GI Hinweise

1. Das Standardwerk von Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, erscheint in achter Auflage. Es wurde umfassend überarbeitet und erweitert, ohne daß von bewährten Grundpositionen abgewichen wurde. Die zwischenzeitliche Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur nach Abschluß der Voraufgabe vor vier Jahren ist auf den neuesten Stand gebracht worden. Die AGBG-Novelle 1996 – § 24 a – wurde fundiert kommentiert, ohne daß auf Rechtsprechung zurückgegriffen werden konnte. Die Neuauflage sorgt für Kontinuität in der Rechtentwicklung.  
(Ulmer/Brandner/Hensen: AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen; von Prof. Dr. Dres. h.c. Peter Ulmer, RA und Prof. Dr. Hans Erich Brandner, Vizepräsident des OLG Hamburg, a.D. Horst-Diether Hensen, RA Dr. Harry Schmidt; 8. umfassend überarbeitete und erweiterte Auflage 1997. Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 1845 Seiten Lexikonformat, gebunden, 298,- DM, ISBN 3-504-45106-8.)

2. Der Verlag Dr. Otto Schmidt KG legt einen neuen Kommentar zum Umwandlungsgesetz vor. Das Autorenteam kommentiert kurz und prägnant das Gesetz. Dabei konzentriert man sich auf die Personenhandelsgesellschaften und Kapitalgesellschaften. Die Neuerscheinung bietet zahlreiche Anregungen für mögliche Gestaltungen vor dem Hintergrund des Steuerrechts und Bilanzrechts. Das reichhaltige Informationsangebot dient allen Beratern von Unternehmen und gibt eine fundierte und präzise Basis an die Hand.

(Kallmeyer: Umwandlungsgesetz, Kommentar Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel bei Handelsgesellschaften; von RA Dr. Dirk Dirksen, RA Dr. Harald Kallmeyer, RA Dr. Reinhard Marsch-Barner, RA, WP und StB Dr. Welf Müller, RA und Notar Dr. Burkhardt W. Meister und RA Dr. Ingo Klöcker, RA Dr. Heinz Josef Willemsen, Notar Dr. Norbert Zimmermann. Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 1997, 1088 Seiten, DIN A 5, gebunden, 198,- DM, ISBN 3-504-37008-4).

## Stichwort- und Entscheidungsverzeichnis

### Heft 1-2

#### Abschlußprüfung

- Dritthaftung 98, 20
- Steuerberatung, Mitwirkungsverbot 98, 40

#### Auskunftsvertrag

- Vorsteuererstattung 98, 34
- Schaden 98, 34
- = Vermögensdisposition

#### Belehrungspflicht des StB/WP

- Bankgespräch, Hinzuziehung zu Belehrungspflicht 98, 9
- >, ungefragte 98, 31
- = Dauermandat, Gestaltungsmöglichkeiten 98, 9
- Grundstückshandel, gewerblicher 98, 31
- Verlustrechnung

#### Beratung

- Umfang 98, 9

#### Berufshaftpflichtversicherung

- Rechtsanwalt 98, 29
- = Kanzlei in Italien

#### Berufungsbegründungsfrist

- Wiedereinsetzung 98, 3

#### Beweislast

- Aufklärung/Belehrung, unterlassene 98, 36
- = Anscheinsbeweis
- Schaden 98, 34
- = Auskunft, fehlerhafte

#### Dritthaftung

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

#### Freie Mitarbeiter

- Honoraranspruch 98, 16
- Wettbewerbsverbot 98, 16

#### Fristenkontrolle

- Ausgangskontrolle 98, 22
- = Postausgangsfach
- Ausnutzung der Frist 98, 43
- Aktenvorlage 98, 45
- Bote 98, 19
- = Weisung
- Fristenkontrollbuch 98, 20, 22
- = Friststreichung
- Fristüberwachung durch RA 98, 43
- = bei Vorfristablauf
- Fristversäumnis, unverschuldetes 98, 24
- = Postlaufzeit, DB-Fahrplanwechsel
- Organisationsanweisung 98, 25
- = Darlegung, schlüssige
- Vorfrist 98, 43
- Weisung an Bürokratie 98, 19
- = Eindeutigkeit

#### Geschäftsgrundlage

- Vergleich, Rechtsirrtum 98, 36

## GI Aktuell

- Arbeitgeberhaftung, Lohnsteuer 98, 23
- Bilanzveröffentlichung 98, 24
- Gemeinnützigkeit, Förderverein Motorsport 98, 28
- Gemeinnützigkeit, Konkurrentenklage 98, 28
- Kosten künstlicher Befruchtung 98, 2
- Trinkgelder, Lohnsteuer 98, 23
- Vermietung, Liebhaberei 98, 2
- Zwei-Konten-Modell 98, 28

## Grundstückshandel

- Mehrfamilienhaus, Privatvermögen 98, 9

## Honoraranspruch des StB

- Gebührenrahmen, § 11 StBGebV
  - = Bestimmungsrecht, Festlegung 98, 46
- Freie Mitarbeiter 98, 16
- Pauschalgebühr, § 14 StBGebV
  - = Änderung, nachträgliche 98, 46
  - = >, niedrige 98, 46

## Kausalität

- Schutzzweck
- = Auskunftsfehler 98, 34

## Mitverschulden

- Erfüllungsgehilfe des Mandanten 98, 36

## Rechtsanwalt

- Berufsbezeichnung
  - = Versicherungsberater 98, 24
- Kanzleisitz Italien 98, 29
- Tätigkeitsschwerpunkt
  - = Forderungseinzug 98, 25
- Zugewinnausgleich, Abfindung 98, 36

## Schaden

- Anspruch gegen Dritte 98, 36
- Auskunft, fehlerhafte 98, 34
- Eigentumswohnungen, Aufteilung in > 98, 9
- Zinsschaden, Steuererklärungsfrist 98, 12

## StB-GmbH

- Haftung für Geschäftsführerhandeln, § 31 BGB 98, 48

## Steuerberatungsvertrag

- Bankgespräch 98, 9

## Steuergestaltungsberatung

- >, ungefragte 98, 31
- Verlustverrechnung 98, 31

## Vergleich

- Geschäftsgrundlage, Rechtsirrtum 98, 36

## Vorteilsausgleichung

- Voraussetzung, Schaden 98, 34

## Werbeverbot

- Forderungseinzug 98, 25

## Wettbewerbsverbot

- Freie, Mitarbeiter 98, 16

## Wiedereinsetzung

- Antrag
  - = Darlegung, schlüssige 98, 25
  - = Frist 98, 6

- = Organisationsanweisungen 98, 25
- = Sachvortrag, unvollständiger 98, 6

## Zugewinnausgleich

- Abfindungsanspruch, arbeitsrechtlicher 98, 36

- BGH v. 14.1.1997 - VI ZB 24/96 98, 45
- BGH v. 13.2.1997 - III ZR 285/95 98, 3
- BGH v. 27.2.1997 - I ZB 50/96 98, 6
- BGH v. 21.4.1997 - II ZR 317/95 98, 40
- = WPK-Mitt. 97, 240
- BGH v. 26.5.1997 - AnwZ (B) 64/96 98, 25
- BGH v. 26.5.1997 - AnwZ (B) 65/96 98, 24
- BGH v. 27.5.1997 - VI ZB 10/97 98, 43
- 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
- BGH v. 13.11.1997 - IX ZR 37/97 98, 36
- BGH v. 20.11.1997 - IX ZR 62/97 98, 31
- BGH v. 20.11.1997 - IX ZR 286/96 98, 34
- BGH v. 24.11.1997 - AnwZ (B) 38/97 98, 29

- OLG Düsseldorf v. 14.4.1994 - 13 U 105/93 98, 48
- OLG Düsseldorf v. 8.2.1996 - 13 U 255/95 98, 46

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

- BFH v. 16.10.1996 - II R 3/96 98, 25
- = BFH/NV 97, 359
- BFH v. 21.10.1996 - VI R 4/94 98, 24
- = BFH/NV 97, 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



Belehrungspflicht des RA •  
Notwendigkeit notarieller  
Beurkundung (BGH);  
Anwaltshonorar • Vereinba-  
rung mit dem Gegner des Man-  
danten • Angemessenheit •  
Möglichkeit der Herabsetzung  
(BGH);  
Fristwahrung • Eingangs-  
stempel des Gerichts • Gegen-  
beweis (BGH);  
Buchführungsauftrag •  
Aushändigung von Arbeits-

ergebnissen • Beweislast  
(OLG Düsseldorf);  
Steuerberaterhaftung • Verstoß  
gegen RBerG • Betriebswirt-  
schaftliche Beratung • Beteili-  
gungsmodell • Steuerberatungs-  
mandat (OLG Hamm);  
Steuerberaterhaftung • Entwurf  
eines Mietvertrages • Prüfung  
der Angemessenheit (OLG  
Hamm)



Die elektronische GI-Gesamtausgabe 1980-1997 erschließt Recht-  
sprechung 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, Büro-  
organisation etc.

Weitere Informationen finden Sie  
in der GI-Beilage dieser Ausgabe.  
Bestellungen an GI-Service  
Fax-Hotline (02 21) 144-51 55.

#### GI-GESAMT- VERZEICHNIS 1980-1997

Dieser Ausgabe liegt ein  
17 Jahrgänge umfassendes Stichwort-  
und Entscheidungsregister 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, Erftstadt

##### 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.