

## INHALT:

<b>Editorial</b>	Seite 2
<b>GI Aktuell</b>	Seite 2
<b>Steuerberatungsvertrag</b> Vertragsgestaltung, Organschaft / Rechtsberatungsverbot / Steuerberatungsfehler / Schaden wegen nicht wirksamen Gewinn- abführungsvertrages / Verjährung, § 68 StBerG, Sekundär- anspruch / Anlaß zur Belehrung und neuer Steuerberater (BGH, Urt. v. 30.9.1999 - IX ZR 139/98)	Seite 5
<b>Fristversäumnis</b> Eigenverschulden des Rechtsanwalts / Bearbeitung der Vorfristakte / Rückgabe ohne Bearbeitung (BGH, Urt. v. 17.6.1999 - IX ZB 32/99)	Seite 9
<b>Verjährungsunterbrechung</b> Mahnbescheid / Zustellung „demnächst“ (BGH, Urt. v. 27.5.1999 - VII ZR 24/98)	Seite 10
<b>Anwaltshaftung</b> Verdeckte Sacheinlage / Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.10.1998 - 6 U 185/97)	Seite 12
<b>Steuerberaterhonorar</b> Aufrechnung mit Honorarforderung / Voraussetzungen: Vollwirksamkeit und Fälligkeit (OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.6.1997 - 13 U 92/96)	Seite 23
<b>Steuerberaterhonorar</b> Honorarvereinbarung, § 4 StBGebV / Mündliche Neben- abreden - Rückwirkung (OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.6.1997 - 13 U 124/96)	Seite 24
<b>Steuerberaterhaftung</b> Fahrtenbuch / Kausalität (KG Berlin, Urt. v. 20.1.1999 - 13 U 4044/97)	Seite 25
<b>GI Hinweis</b>	Seite 26
<b>Stichwort- und Entscheidungsverzeichnis</b>	Seite 27



## Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

eine sehr interessante BGH-Entscheidung zum Themenbereich **Rechtsberatungsverbot, Belehrungspflicht des Steuerberaters und Regreßpflicht** eröffnet das Januarheft 2000.

Es bleibt dabei, daß Verträge vom Steuerberater nicht erstellt werden dürfen. Wird er nun trotzdem vertragsgestaltend tätig und beachtet dabei eine steuerliche Vorschrift nicht, so haftet er für den Steuerschaden. Er würde andernfalls besser gestellt, wenn er aus dem wegen Verstoß gegen § 1 RBerG unwirksamen Mandat sanktionslos falschen Steuerrat geben könnte. Der BGH weist in dem Urteil auch darauf hin, daß der Steuerberater den Mandanten über seine fehlende Befugnis zur Vertragserstellung belehren muß.

Zur **Fristenkontrolle bei Vorlage einer Vorfristakte**: Die Akte darf nicht ohne weitere Verfügung unbearbeitet zurückgelegt werden. Vielmehr muß der Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer beiläufig prüfen, ob das Fristende richtig ermittelt wurde (BGH).

Das **Thema Dritthaftung** wird vom OLG Düsseldorf am **Beispiel eines beratenden Anwalts** erörtert. Dieser begleitete Beteiligungsverhandlungen mit den in die GmbH aufzunehmenden neuen Gesellschaftern und eine in diesem Zusammenhang zu beschließende Stammkapitalerhöhung mit anschließender Abtretung neu gebildeter Anteile. Das Gericht bestätigt, daß der Anwaltsvertrag – ebenso wie das Mandat des Steuerberaters oder Wirtschaftsprüfers – grundsätzlich auf dem Vertrauensverhältnis zwischen ihm und dem Mandanten beruht und keine Drittschutzwirkung hat. Da der Rechtsanwalt eine wirksame **Kapitalerhöhung** und anschließende Veräußerung von Kapitalanteilen an die Neugesellschafter beratend begleitete, kamen letztere auch in den Verantwortungsbereich der anwaltlichen Tätigkeit. In der Beratung wurde eine **verdeckte Sacheinlage** durch „Hin-und-her-Zahlen“ nicht verhindert. Die Neugesellschafter mußten wegen fehlgeschlagener Einlageleistung ihre Bareinlage nochmals erbringen.

Zur **Honoraraufrechnung** ist es erforderlich, daß die Honorarforderung **fällig** und **klagbar** ist. Sind Angaben in der Kostennote unvollständig, fehlt es am Wirksamkeitserfordernis des § 9 StBGebV.

Eine **schriftliche Honorarvereinbarung** ist wirksam, auch wenn der Steuerberater behauptet, es seien später mündlich höhere Gebühren vereinbart worden. Gespräche ändern nichts, da das Schriftformerfordernis gemäß § 4 StBGebV nicht eingehalten wurde.



Mit freundlichen Grüßen  
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

## GI Aktuell

**BVerfG: Auch Umsätze eines Heileurythmisten müssen unter bestimmten Voraussetzungen steuerfrei bleiben**

Der Zweite Senat des BVerfG hat in einem Verfassungsbeschwerde(Vb)-Verfahren einstimmig entschieden, daß es gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verstößt, Umsätze eines selbständigen Heileurythmisten allein aufgrund einer fehlenden berufsrechtlichen Regelung von der Umsatzsteuerbefreiung auszunehmen. Dies gilt jedenfalls für den Fall, daß Leistungen eines Heileurythmisten in der Regel von den Sozialversicherungsträgern finanziert werden.

### I.

Der Beschwerdeführer (Bf) ist selbständiger Heileurythmist. Gegen ihn ergingen für die Jahre 1973 bis 1977 Umsatzsteuerbescheide. Hiergegen erhob der Bf zunächst erfolgreich Klage. In letzter Instanz wies der Bundesfinanzhof (BFH) mit Urteil vom 21.6.1990 (V R 97/84) die Klage jedoch ab. In Abgrenzung zu anderen, von der Umsatzsteuer gemäß § 4 Nr. 14 Umsatzsteuergesetz (UStG) befreiten Berufen (Arzt, Zahnarzt, Heilpraktiker, Dentist, Krankengymnast, Hebamme oder ähnliche heilberufliche Tätigkeiten) komme es entscheidend darauf an, daß für den Beruf des Heileurythmisten **keine** berufsrechtlichen Regelungen bestünden. Diese Berufsausübung bedürfe keiner staatlichen Erlaubnis und unterliege nicht der Aufsicht durch die Gesundheitsbehörden. Gegen das Urteil des BFH erhob der Bf Vb.

### II.

Die Vb hat Erfolg. Der Zweite Senat hat das angegriffene Urteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Zur Begründung heißt es u.a.: Die Entscheidung des BFH führt im Ergebnis dazu, daß der Bf allein deshalb von der Umsatzsteuerbefreiung ausgenommen ist, weil keine berufsrechtlichen Regelungen für die Heileurythmie bestehen. Dieses Ergebnis verstößt gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG.

1. Das **Fehlen einer berufsrechtlichen Regelung** ist für sich genommen kein ausreichender Grund, den Beruf des Heileurythmisten von der umsatzsteuerlichen Begünstigung auszunehmen. Der umsatzsteuerliche Belastungsgrund erfaßt die entgeltliche unternehmerische Leistung unabhängig von der beruflichen Qualifikation.

Der Befreiungstatbestand des § 4 Nr. 14 UStG **zeichnet auch keinen berufsrechtlichen Lenkungszweck** vor, der die Steuerbefreiung für Heil- und Heilhilfsberufe von ihrer beruflichen Qualifikation abhängig machen würde. Vielmehr ist erkennbarer **Zweck dieser Norm allein die Entlastung der Sozialversicherungsträger** von der Umsatzsteuer.

2. Auch die Verwaltungspraxis der Umsatzsteuerbefreiung richtete sich nicht allein nach berufsrechtlichen Vorgaben. So wurde die Tätigkeit der **nicht ärztlichen Psychagogen und Psychotherapeuten ohne Heilpraktikererlaubnis** trotz fehlender berufsrechtlicher Regelung als ähnliche heilberufliche Tätigkeit i.S.d. § 4 Nr. 14 UStG behandelt und von der Umsatzsteuer befreit, wenn die Tätigkeit aufgrund einer Zuweisung des Patienten durch einen Arzt und unter dessen Verantwortung ausgeübt wurde. Erst mit Gesetz vom 16.6.1998 wurde die schon seit mehreren Legislaturperioden angekündigte berufsrechtliche Regelung für Psychotherapeuten geschaffen.

3. Im Ergebnis ist deshalb kein sachlich rechtfertigender Grund ersichtlich, dem Bf die Steuerbefreiung zu versagen, **wenn Leistungen eines Heileurythmisten in der Regel von den Sozialversicherungsträgern finanziert werden**. Dies wird im erneuten fachgerichtlichen Verfahren zu prüfen sein.

(BVerfG, Beschl. v. 29.10.1999 - 2 BvR 1264/90)

Pressemitteilung d. BVerfG v. 5.11.1999

**BVerfG: Zum Verfahrenskomplex „Heranziehung von ‚Einmalzahlungen‘ zu Sozialversicherungsbeiträgen“**

Die Vielzahl von Anfragen zum obigen Verfahrenskomplex gibt Anlaß zu folgendem Hinweis:

Der Erste Senat des BVerfG hat mit Beschluß vom 11.1.1995 (1 BvR 892/88) entschieden, daß es gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verstößt, einmalig gezahltes Arbeitsentgelt (Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld usw.) zu Sozialversicherungsbeiträgen heranzuziehen, die „Einmalzahlung“ aber bei der Berechnung von Lohnersatzleistungen (beispielsweise Arbeitslosengeld, Krankengeld und Übergangsgeld) **nicht** zu berücksichtigen (die Pressemitteilung vom 15.5.1995 - Nr. 23/95 - ist im Anschluß abgedruckt). Der Senat hat seinerzeit die beanstandete gesetzliche Regelung bis Ende 1996 für anwendbar erklärt.

Mit Wirkung zum 1.1.1997 hat der Gesetzgeber neue Regelungen erlassen. Nach Auffassung verschiedener Sozialgerichte entsprechen diese nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Die Gerichte haben deshalb die Neuregelung dem BVerfG zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit vorgelegt. Es handelt sich um insgesamt fünf Vorlagen des Sozialgerichts Kassel, zwei Vorlagen des Sozialgerichts Berlin und jeweils eine Vorlage der Sozialgerichte Hamburg, Köln und Leipzig. Weiterhin sind zu diesem Komplex zwei Verfassungsbeschwerde-Verfahren anhängig.

Der Erste Senat wird voraussichtlich im Jahre 2000 eine Entscheidung treffen.

Pressemitteilung d. BVerfG v. 16.11.1999

**Anlage zur Pressemitteilung Nr. 121/99 vom 16.11.1999:**

**Verlautbarung der Pressestelle des Bundesverfassungsgerichts Nr. 23/95**

Das Bundesverfassungsgericht - Erster Senat - hat die Regelung des Sozialversicherungsrechts, wonach einmalig gezahltes Arbeitsentgelt (Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld usw.) zu Sozialversicherungsbeiträgen herangezogen wird, ohne daß es bei der Berechnung von kurzfristigen Lohnersatzleistungen (beispielsweise Arbeitslosengeld, Krankengeld und Übergangsgeld) berücksichtigt wird, für unvereinbar mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Grundgesetzes (Art. 3 Abs. 1 GG) erklärt.

Die mit einer Verfassungsbeschwerde angegriffene Regelung bestimmt, daß Sozialversicherungsbeiträge bei Einmalzahlungen nicht nur bis zu der für den Lohnabrechnungszeitraum geltenden Beitragsbemessungsgrenze, sondern entsprechend der anteiligen Jahresarbeitsentgeltgrenze erhoben werden. Andererseits bleiben solche Einmalzahlungen - obgleich sie beitragspflichtig sind - bei der Berechnung sogenannter kurzfristiger Lohnersatzleistungen außer Betracht.

Das Bundesverfassungsgericht hat die vom Beschwerdeführer gerügte unterschiedliche Beitragsbelastung, die je nach dem Auszahlungszeitpunkt der Einmalzahlung auftreten kann, verfassungsrechtlich nicht beanstandet. Eine andere Typisierung wäre nicht verwaltungspraktikabel und die Unterschiede seien auch nicht sehr erheblich.

Dagegen sei der Gesetzgeber nicht berechtigt, bei kurzfristigen Lohnersatzleistungen sämtliche beitragspflichtigen Entgeltbestandteile außer Betracht zu lassen, die dem Versicherten zwar nicht in jedem Entgeltabrechnungszeitraum zustünden, seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit – über einen längeren Zeitraum betrachtet – aber kaum weniger beeinflussten als das laufende Arbeitsentgelt. Denn auch die sogenannten kurzfristigen Leistungen würden für Zeiträume gezahlt, die eineinhalb Jahre (Krankengeld), zwei Jahre (Übergangsgeld) und bis zu drei Jahre (Arbeitslosengeld für ältere Arbeitnehmer) umfaßten.

Dem Gesetzgeber stehe es frei, wie er die wiederkehrenden, tarif- oder einzelvertraglich vereinbarten Sonderzahlungen berücksichtigen wolle. Er könne die Ungleichbehandlung entweder auf der Beitragsseite durch eine Änderung der Beitragsbemessung bei Einmalzahlungen beseitigen oder auf der Leistungsseite durch Einbeziehung von Einmalzahlungen in die Bemessungsgrundlage kurzfristiger Lohnersatzleistungen.

Die beanstandete Regelung kann jedoch bis zu einer gesetzlichen Neuregelung, längstens bis zum 31.12.1996, weiter angewendet werden. (BVerfG, Beschl. v. 11.1.1995 – 1 BvR 892/88)

**BVerfG: Für die Frage der Umsatzsteuerbefreiung kommt es nicht auf die Rechtsform des Unternehmens an**

Der Zweite Senat des BVerfG hat in einem Verfassungsbeschwerde(Vb)-Verfahren einstimmig entschieden, daß es gegen das Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) verstößt, **wenn die Umsatzsteuerbefreiung für ärztliche Leistungen nur deshalb versagt wird, weil die Leistung von einer GmbH & Co. KG erbracht wird.**

## I.

1. Das Umsatzsteuergesetz (UStG) sieht vor, daß die Umsätze aus der Tätigkeit als Arzt steuerfrei sind. Streitig war, ob ärztliche Leistungen, die von einem Krankenhaus in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG erbracht werden, im Gegensatz zu ärztlichen Leistungen, die von einem Arzt selbst erbracht werden, von der Umsatzsteuerbefreiung ausgenommen werden dürfen.

2. Die Beschwerdeführerin (Bf) betreibt als GmbH & Co. KG ein Sanatorium. Ihr Antrag, für das Jahr 1986 die ärztlichen Leistungen umsatzsteuerfrei zu belassen, wurde rechtskräftig – in letzter Instanz durch Beschluß des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 27.9.1993 – abgewiesen.

Hiergegen erhob die Bf Vb und rügte eine verfassungswidrige Auslegung der Vorschriften des UStG. Es müsse für die Steuerbefreiung unerheblich sein, ob das Krankenhaus im Rahmen einer freiberuflichen Arzttätigkeit oder im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit betrieben werde.

## II.

Die Vb ist begründet. Die angegriffenen finanzgerichtlichen Entscheidungen verstoßen gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG. Die einschlägige Vorschrift des UStG ist verfassungskonform dahingehend auszulegen, daß es für die Steuerbefreiung nicht darauf ankommt, in welcher Rechtsform der Unternehmer handelt.

Die gerichtlichen Entscheidungen führen im Ergebnis dazu, daß die Bf allein deshalb von der Umsatzsteuerbefreiung in bezug auf die von ihr erbrachten ärztlichen Leistungen ausgenommen ist, weil sie diese in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG erbringt.

**Der umsatzsteuerliche Belastungsgrund zielt jedoch auf die umsatzsteuerliche Erfassung jedes Unternehmers ab, sei er eine juristische Person, eine Personengesellschaft oder ein freiberuflich Tätiger.** Die unterschiedliche umsatzsteuerliche Behandlung eines Arztes gegenüber einer Krankenhaus-GmbH findet im Belastungsgrund keine ausreichende Grundlage. Auch der umsatzsteuerliche Entlastungszweck, die Sozialversicherungsträger von Leistungen zu befreien, hat keinen Bezug zur jeweiligen Rechtsform.

Es gibt also keinen sachlich rechtfertigenden Grund, der Bf mit Hinweis auf die Rechtsform die Steuerbefreiung zu versagen. Der BFH wird in dem an ihn zurückgewiesenen Verfahren zu prüfen haben, ob es andere, außerhalb der Rechtsform einer gewerblich tätigen Gesellschaft liegende Gründe gibt, die Leistungen der Bf von der Umsatzsteuerbefreiung auszunehmen. (BVerfG, Beschl. v. 10.11.1999 – 2 BvR 2861/93)

Pressemitteilung d. BVerfG v. 18.11.1999

**BVerfG: Verzögerungen bei der Briefbeförderung dürfen nicht dem Bürger angelastet werden**

Die 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG hat in einem Verfassungsbeschwerde(Vb)-Verfahren einstimmig entschieden, daß im Wiedereinsetzungsverfahren **Verzögerungen der Briefbeförderung durch die Deutsche Post AG nicht dem Bürger als Verschulden zugerechnet werden dürfen.**

**I.**

In einem zivilgerichtlichen Verfahren hatte die Beschwerdeführerin (Bf) die Begründung ihrer Berufung gegen ein Urteil des Amtsgerichts einen Tag vor Ablauf der Frist zur Post gegeben. Da das Schreiben nicht rechtzeitig beim Landgericht (LG) eintraf, verwarf dieses Gericht – ohne Nachfrage bei der Post – die Berufung und wies einen Antrag der Bf auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der Begründung zurück, daß selbst bei störungsfreiem Betrieb mit einer Postlaufzeit von bis zu drei Tagen gerechnet werden müsse.

**II.**

Die Entscheidungen des LG verletzen die Bf in ihrem Recht auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG).

In einem Wiedereinsetzungsverfahren dürfen Verzögerungen der Briefbeförderung nicht dem Bürger angelastet werden. Dieser darf darauf vertrauen, daß die nach den organisatorischen und betrieblichen Vorkehrungen der Post für den Normalfall festgelegten Postlaufzeiten eingehalten werden. Im Verantwortungsbereich des Bürgers liegt es lediglich, das Schriftstück so rechtzeitig und ordnungsgemäß zur Post zu geben, daß es bei normalem Verlauf der Dinge den Empfänger fristgerecht erreichen kann. **Bei Zweifeln ist eine Auskunft der Post einzuholen, wie lange die Postlaufzeit nach deren organisatorischen und betrieblichen Vorkehrungen bemessen ist. Differenzierungen danach, ob die Verzögerung auf einer zeitweise besonders starken Beanspruchung der Leistungsfähigkeit der Post, etwa vor Feiertagen, oder auf einer verminderten Dienstleistung der Post, etwa an Wochenenden, beruht, sind unzulässig.** (BVerfG, Beschl. v. 11.11.1999 – 1 BvR 762/99)

Pressemitteilung d. BVerfG v. 26.11.1999

## Steuerberatungsvertrag

- Vertragsgestaltung, Organschaft
- Rechtsberatungsverbot
- Steuerberatungsfehler
- Schaden wegen nicht wirksamen Gewinnabführungsvertrages
- Verjährung, § 68 StBerG, Sekundäranspruch
- Anlaß zur Belehrung und neuer Steuerberater (BGH, Urt. v. 30.9.1999 – IX ZR 139/98)

**Leitsätze:**

1. Führt der Steuerberater im Rahmen eines Dauermandats einen wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz unwirksamen Auftrag durch, haftet er gleichwohl nach vertragsrechtlichen Grundsätzen, wenn ihm bei der Erledigung des rechtlich untersagten Geschäfts ein steuerlicher Fehler unterläuft.
2. Zum Schaden des Organträgers infolge eines steuerlich nicht wirksamen Gewinnabführungsvertrages.

**Leitsätze (d.Red.):**

1. Im Rahmen eines steuerlichen Dauermandats muß der Steuerberater den Mandanten belehren, daß er keine gesellschaftsrechtlichen Verträge entwerfen darf. Er muß ihm raten, in dieser Frage einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen.
2. Legt der Anwalt einen Ergebnisabführungsvertrag vor, muß der Steuerberater ihn auf dessen steuerrechtliche Wirksamkeit hin prüfen.
3. Beachtet der Steuerberater die steuerlichen Vorschriften nicht, so bleibt er für den Steuer Schaden haftbar, obwohl der Einzelauftrag zur Erstellung des Ergebnisabführungsvertrages gegen § 1 RBerG verstoßen hat und unwirksam war. Er würde andernfalls bessergestellt, weil die ihm übertragene Aufgabe auch unwirksame Rechtsberatungsleistungen umfaßte.

**Zum Sachverhalt:**

Die Klägerin zu 1) betreibt ein Dienstleistungsunternehmen. Sie wurde von den beklagten Steuerberatern jahrelang in steuerlicher Hinsicht umfassend beraten.

Am 15.12.1986 schloß die Klägerin zu 1) als Organträger mit den Klägerinnen zu 2) und 3) als Organgesellschaften Gewinn- und Verlust-

abführungsverträge, die die Beklagten entworfen hatten. Diese Verträge wurden für die körperschaftsteuerliche Veranlagung in den Zeiträumen 1987 und 1988 von der Finanzbehörde nicht anerkannt. In den nachfolgenden Veranlagungszeiträumen galten geänderte Verträge.

Ursprünglich haben die Kläger zu 1) bis 5) deshalb die Beklagten auf Zahlung sowie Feststellung der Schadenersatzpflicht in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Klagen abgewiesen.

Nur die Klägerin zu 1) hat Berufung eingelegt und lediglich den Feststellungsantrag in umfassender Form, hilfsweise bezogen auf die Veranlagungszeiträume 1987 und 1988, weiterverfolgt. Sie hat geltend gemacht, durch die fehlerhafte Gestaltung der Verträge vom 15.12.1986 sei bei ihr eine erhöhte Körperschaftsteuer-schuld angefallen. Deshalb habe sie Verlustvor- bzw. -rückträge verbraucht, die ihr ansonsten noch für spätere Jahre zur Verfügung gestanden hätten.

Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Der Senat hat die Revision nur hinsichtlich des auf den Veranlagungszeitraum 1987 bezogenen Hilfsantrags angenommen.

Die Revision hat im Umfang der Annahme Erfolg; der erste Teil des Hilfsantrags ist begründet.

#### Aus den Gründen:

##### I.

Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht die Feststellungsklage als zulässig angesehen.

Der von der Klägerin zu 1) geltend gemachte Nachteil, daß sie infolge der erhöhten Körperschaftsteuerbelastung im Jahre 1987 Verluste aus anderen Jahren zur Ausgleichung ihrer Steuerschuld habe verwenden müssen, war nach ihrem Vorbringen bei Klageerhebung im September 1994 in der Entwicklung noch nicht abgeschlossen. In einem solchen Fall kann die Partei nach feststehender Rechtsprechung uneingeschränkt Feststellung der Ersatzpflicht begehren; sie braucht nicht hinsichtlich des bereits entstandenen Schadens Leistungsklage zu erheben (*BGH, Urt. v. 30.3.1983 - VIII ZR 3/82, NJW 1984, 1552, 1554; v. 4.12.1986 - III ZR 205/85, BGHR-ZPO § 256 Abs. 1 - Feststellungsinteresse 2*).

##### II.

Die Beklagten sind der Klägerin zu 1) für die steuerlichen Nachteile ersatzpflichtig, die ihr infolge der rechtlichen Gestaltung des Gewinn- und Verlustabführungsvertrages mit der Klägerin zu 3) vom 15.12.1986 im Veranlagungszeitraum 1987 entstanden sind.

1. Der Vertrag vom 15.12.1986 ist aus von den Beklagten zu vertretenden Gründen steuerlich nicht wirksam geworden. Dafür haben sie nach vertragsrechtlichen Grundsätzen einzustehen.

a) Die mit diesem Vertrag beabsichtigte Rechtsfolge, daß der bei der Organgesellschaft, der Klägerin zu 3), angefallene Gewinn und Verlust steuerrechtlich als ein solcher des Organträgers, der Klägerin zu 1), angesehen wird, eine Steuerschuld also nur dort und nicht bei der Organgesellschaft entsteht, setzte die Vereinbarung einer Verlustübernahme entsprechend der Vorschrift des § 302 AktG voraus (§ 17 Satz 2 Nr. 3 KStG in der damals geltenden Fassung = § 17 Satz 2 Nr. 2 KStG n.F.). Dazu muß der Vertrag entweder auf diese Vorschrift Bezug nehmen oder zumindest eine den Absätzen 1) und 3) dieser Norm inhaltlich genau entsprechende Regelung enthalten (*BFH, BStBl II 1981, 383; Streck, KStG 4. Aufl., § 17 Anm. 11*). Das ist hier nicht geschehen.

**Der von den Beklagten entworfene Vertrag bestimmt in § 3 Abs. 2 lediglich allgemein, daß die Klägerin zu 1) einen etwaigen Verlust der Klägerin zu 3) zu übernehmen hat. Das genügt nicht den Anforderungen, die das Gesetz an die Vertragsgestaltung stellt.**

b) Der den Beklagten erteilte Auftrag zur Ausarbeitung eines entsprechenden Vertrages war allerdings gemäß § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBerG nichtig.

Die Beklagten hatten ihre Tätigkeit auf die in § 1 StBerG genannten Rechtsgebiete zu beschränken. Mit Fragen allgemein-rechtlicher Art, die nicht unmittelbar zu ihrem Wirkungskreis gehörten, durften sie sich nicht befassen. **Daher waren sie nicht befugt, gesellschaftsrechtliche Verträge auszuarbeiten** (*vgl. Senatsurt. v. 7.5.1992 - IX ZR 151/91, GI 1992, 209 = NJW-RR 1992, 1110, 1115*). **Der ihnen erteilte Auftrag ist daher, obwohl er, was die steuerliche Prüfung betraf, auch erlaubte Tätigkeiten umfaßte, insgesamt gemäß § 134 BGB ohne rechtliche Wirkung** (*vgl. BGHZ 37, 258; 50, 90, 92; 70, 12, 17*).

Zwar stehen nach **Art. 1 § 5 Nr. 2 RBerG** in der durch Gesetz vom 31.8.1998 eingeführten Fassung (*BGBI I 1998, 2597*) die Vorschriften des Rechtsberatungsgesetzes dem nicht entgegen, daß Steuerberater in Angelegenheiten, mit denen sie beruflich befaßt sind, auch die rechtliche Bearbeitung übernehmen, soweit sie mit ihren beruflichen Aufgaben **in unmittelbarem Zusammenhang** steht und diese ohne die Rechtsberatung nicht sachgemäß erledigt werden können. Ob der Steuerberater infolgedessen nunmehr einen gesellschaftsrechtlichen Vertrag entwerfen darf, wenn ihm die Beratung in den damit zusammenhängenden steuerlichen Fragen übertragen worden ist, kann dahingestellt bleiben; denn die genannte Vorschrift findet auf den schon im Jahre 1986 erteilten Auftrag keine Anwendung.

c) Der Auftrag wurde den Beklagten jedoch im Zuge einer ständigen Geschäftsverbindung zwischen den Parteien, im Rahmen eines auf die umfassende Betreuung in Steuersachen gerichteten Dauermandats, übertragen. Aufgrund dieser vertraglichen Beziehung **waren die Beklagten verpflichtet, die Klägerin zu 1) darüber zu belehren, daß sie keine gesellschaftsrechtlichen Verträge entwerfen durften, und ihr zu raten, deshalb einen Anwalt hinzuzuziehen.**

Aus diesem Inhalt der **Betreuungspflicht** folgte aber auch, daß sie einen von einem Rechtsanwalt entworfenen, den zivilrechtlichen Vorgaben genügenden Ergebnisabführungsvertrag daraufhin zu überprüfen hatten, ob dessen Gestaltung den steuerlichen Interessen ihrer Mandantin entsprach.

**Die für den geltend gemachten Schaden wesentliche Pflichtverletzung liegt hier nicht in erster Linie in dem Verstoß gegen die Bestimmung des § 1 RBerG, sondern in der ungenügenden Beachtung steuerlicher Vorschriften.** Unter solchen Umständen kann der Steuerberater, der in dem zu seinen Berufspflichten gehörenden Bereich mangelhaft gearbeitet hat, haftungsrechtlich nicht allein deshalb besser stehen, weil die ihm im Einzelfall übertragene Aufgabe auch Leistungen umfaßte, deren Erledigung § 1 RBerG untersagte.

**Infolgedessen rechtfertigt die aus dem Dauermandat begründete Rechtsbeziehung hier eine Haftung der Beklagten nach Vertragsgrundsätzen, obwohl der ihnen erteilte Einzelauftrag unwirksam war** (vgl. BGHZ 49, 167, 168; Palandt/Heinrichs, BGB 58. Aufl., § 276 Rdnr. 103). Ob inso-

weit die zum Verschulden bei Vertragsschluß entwickelten Grundsätze entsprechende Anwendung finden oder die Haftung sich nach den Regeln der positiven Vertragsverletzung richtet, kann dahingestellt bleiben, weil dies auf das Ergebnis keinen Einfluß hat.

2. Der behauptete **Schaden** ist den Beklagten haftungsrechtlich zuzurechnen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er schon dann vermieden worden wäre, wenn die Beklagten die Klägerin zu 1) hinsichtlich des Entwurfs eines Ergebnisabführungsvertrages an einen Anwalt verwiesen hätten, weil dieser bereits von sich aus eine Formulierung gewählt hätte, die auch den Anforderungen des § 17 KStG Rechnung getragen hätte.

Der hier wesentliche Fehler lag auf steuerlichem Gebiet, also dort, wo den Beklagten ohnehin eine umfassende Betreuung der Klägerin zu 1) oblag. Der Zurechnungszusammenhang zwischen dem ihnen unterlaufenen Fehler und dem geltend gemachten Schaden bleibt dadurch unberührt, daß die steuerlich fehlerhafte Beratung mit einer durch § 1 RBerG verbotenen Tätigkeit zusammentraf; denn die Beachtung dieses Gebots fiel ebenfalls allein in den Verantwortungsbereich der Beklagten.

3. Das Berufungsgericht meint, durch den Fehler der Beklagten sei der Klägerin zu 1) jedoch kein Schaden entstanden. Die Klägerin zu 3) habe einen Bruttogewinn von 353.058 DM an die Klägerin zu 1) abgeführt; diesen Gewinn hätte die Klägerin zu 1) auch erhalten, wenn das Finanzamt den Ergebnisabführungsvertrag anerkannt hätte.

Diese Erwägungen sind rechtlich nicht haltbar und beruhen auf einem fehlerhaften Verständnis des vom Berufungsgericht eingeholten Sachverständigengutachtens.

a) **Der Gewinn der Klägerin zu 3) im Jahre 1987 betrug unstreitig 225.957 DM. Auf der Grundlage eines steuerlich wirksamen Ergebnisabführungsvertrages hätte die Klägerin zu 1) nur diesen Betrag als Gewinn versteuern müssen** (§§ 17 Satz 2 Nr. 3 a.F., 14 KStG). Wegen der fehlerhaften Vertragsgestaltung war die Gewinnabschöpfung bei der Klägerin zu 1) als Ausschüttung zu behandeln, durch die gemäß § 27 Abs. 1 KStG eine Körperschaftsteuer von 36% des Gewinns vor Abzug der Körperschaftsteuer = 9/16 der Ausschüttung von 225.957 DM = 127.101 DM ausgelöst wurde.

Damit umfaßte der vom Organträger zu versteuernde Gewinn gemäß §§ 20 Abs. 1 Nr. 3, 36 Abs. 2 Nr. 3 EStG über die Nettoausschüttung hinaus auch die bei der Organgesellschaft angefallene, beim Organträger anrechenbare Körperschaftsteuer (*Schmidt/Heinicke, EStG 17. Aufl., § 20 Rdnr. 127; Streck, GmbHR 1987, 104, 109; Wassermeyer, GmbHR 1994, 27, 28*).

**Die Körperschaftsteuerschuld beider Gesellschaften zusammengekommen, bezogen auf den hier zu beurteilenden Vorgang, wurde dadurch erhöht. Das wird aus folgender Berechnung sichtbar:**

Gewinn der Klägerin zu 3) (Ausschüttung)	225.957 DM
darauf entfallende Körperschaftsteuer	<u>127.101 DM</u>
Gewinn der Klägerin zu 1)	353.058 DM
Körperschaftsteuer hierauf (9/16 = 56,25%)	198.594 DM
anzurechnende Körperschaftsteuer	<u>- 127.101 DM</u>
zusätzliche Körperschaftsteuerlast	61.493 DM

Die Auswirkungen des steuerlich fehlerhaften Ergebnisabführungsvertrages bestehen bei der Klägerin zu 1) also darin, daß ihre Steuerschuld aus einem um 127.101 DM erhöhten Gewinn berechnet wurde. Um diesen Betrag wäre das vom Finanzamt gemäß § 47 Abs. 2 KStG ermittelte Einkommen von 147.484 DM bei sachgerechter steuerlicher Gestaltung des Vertrages vom 15.12.1986 niedriger ausgefallen und hätte schon durch die Verwendung von Verlusten aus anderen Jahren (§§ 8 KStG, 10d EStG) in Höhe von 20.383 DM auf Null gestellt werden können.

So aber mußte der gesamte damals aus anderen Jahren festgestellte Verlust in Höhe von 128.064 DM eingesetzt werden. Selbst dann verblieb noch eine festzusetzende Kapitalertragsteuer von 6.991 DM.

b) Zwar wurde der Klägerin zu 1) die bei der Organgesellschaft, der Klägerin zu 3), angefallene Kapitalertragsteuer von 127.101 DM in vollem Umfang angerechnet, was – nach Verrechnung der Kapitalertragsteuerschuld von 6.991 DM – eine Erstattung von 121.861 DM zur Folge hatte.

Die negativen Auswirkungen des aufgrund dieses Verfahrens beim Organträger entstandenen erhöhten Gewinns sind aber durch die Gutschrift der gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 3 EStG angerechneten Kapitalertragsteuer nicht beseitigt worden; denn die Klägerin zu 1) durfte diese Leistung der Finanzverwaltung nicht für sich behalten.

Entgegen der Meinung der Beklagten hatte sie die Erstattung zum Ausgleich der bei der Klägerin zu 3) in gleicher Höhe angefallenen Kapitalertragsteuerschuld einzusetzen. Eine entsprechende Verpflichtung der Klägerin zu 1) ist aufgrund des zivilrechtlich wirksamen Gewinn- und Verlustabführungsvertrages zu bejahen. **Die bei Ausschüttung des Betrages von 225.957 DM angefallene Steuerschuld von 127.101 DM verschlechterte das Betriebsergebnis der Klägerin zu 3) um eben diesen Betrag und war daher von der Klägerin zu 1) nach dem Vertrag vom 15.12.1986 auszugleichen.**

c) Da bei einem steuerlich wirksamen Ergebnisabführungsvertrag im Veranlagungszeitraum 1987 bei der Klägerin zu 3) keine Körperschaftsteuer angefallen wäre, die hier den Gewinn der Klägerin zu 1) erhöht und im Ergebnis dazu geführt hat, daß sie 6.991 DM Körperschaftsteuer zahlen mußte, hat der den Beklagten anzulastende Fehler bei der Klägerin zu 1) bereits zu einem Schaden geführt. Daher kommt es nicht mehr darauf an, ob dieser sich in Zukunft noch dadurch erhöhen wird, daß der Klägerin zu 1) in kommenden Jahren Verlustbeträge fehlen, die sie bei vertragsgerechter Arbeit der Beklagten dann zum Ausgleich von Gewinnen hätte verwenden können.

4. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig; denn die von den Beklagten erhobene **Verjährungseinrede** greift nicht durch.

Da der vertragliche Schutz des Mandanten in einem solchen Fall nicht anders zu bestimmen ist **als bei Erteilung eines wirksamen Auftrags, verjähren auch die Schadenersatzansprüche aus der Pflichtverletzung, die die Beklagten zu verantworten haben, nach § 68 StBerG.** Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind jedoch nicht erfüllt.

Die mit Bekanntgabe des Steuerbescheides vom 26.3.1990 in Lauf gesetzte Verjährungsfrist (vgl. *BGHZ 129, 386 = GI 1995, 169*) war zwar abgelaufen, als die Klage am 1.9.1994 eingereicht



## Fristversäumnis

wurde. Indessen sind die Voraussetzungen eines **Sekundäranspruchs** entstanden; denn die **Beklagten hatten aufgrund des Steuerbescheides im Jahre 1990, als das Vertragsverhältnis noch bestand, Anlaß, die Klägerin auf einen möglichen Regreßanspruch und dessen Verjährung hinzuweisen, sind dieser Verpflichtung jedoch nicht nachgekommen.**

Diese war nicht etwa deshalb entfallen, weil die Klägerin zu 1) damals durch einen weiteren Steuerberater betreut wurde. Der Zeuge Dr. M. hat bekundet, daß er die Klägerin nicht rechtzeitig über ihre Regreßansprüche und deren Verjährung belehrt hat.

**Der erste Steuerberater ist nur dann von einer entsprechenden Hinweispflicht befreit, wenn der Mandant entweder tatsächlich durch einen Dritten oder auf anderem Wege die erforderliche Kenntnis erhalten hat (BGHZ 129, 386, 392 = GI 1995, 169) oder jedenfalls einen Rechtsanwalt mit der Prüfung von Regreßansprüchen beauftragt hat, was bewirkt, daß dessen Haftung an die Stelle derjenigen des Steuerberaters tritt (BGH, Urt. v. 28.9.1995 - IX ZR 227/94, GI 1995, 273 = WM 1996, 33, 34).**

Entsprechendes haben die Beklagten nicht vorgetragen.

### III.

Das Berufungsgericht hat sich – von seinem Standpunkt aus konsequent – nicht mit den steuerlichen Nachteilen befaßt, die die Klägerin zu 1) aufgrund desselben Fehlers in dem Gewinn- und Verlustabführungsvertrag zwischen ihr und der Klägerin zu 2) vom 15.12.1986 erlitten hat.

Nach dem Vorbringen in der Klageschrift, auf das die Klägerin in der Berufungsbegründung in zulässiger Weise Bezug genommen hat, hat die Klägerin zu 2) im Jahre 1987 einen Verlust von 15.237,63 DM erlitten, der, weil der Vertrag der Vorschrift des § 17 Satz 2 Nr. 3 KStG nicht genügte, steuerlich bei der Klägerin zu 1) als den Gewinn erhöhende Anschaffungskosten für die Beteiligung gewertet wurde.

Diese Tatsache haben die Beklagten nicht bestritten. Auch insoweit ist aus den zu II. 3. genannten Gründen ein Schaden der Klägerin zu 1) zu bejahen.

- Eigenverschulden des Rechtsanwalts
  - Bearbeitung der Vorfristakte
  - Rückgabe ohne Bearbeitung
- (BGH, Urt. v. 17.6.1999 - IX ZB 32/99)

#### Leitsatz:

Der Rechtsanwalt verletzt seine bei Vorlage der Akten auf Vorfrist bestehende Verpflichtung zur verantwortlichen Prüfung, ob das Fristende richtig ermittelt und festgehalten ist, wenn er die Akte unbearbeitet und ohne weitere Verfügung zurückgibt.

#### Aus den Gründen:

#### I. (...) II.

Das zulässige Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, ein **Eigenverschulden des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten sei nicht ausgeräumt**. Zur Überwachung der Büroangestellten, die angewiesen worden sei, die Fristen in den Fristenkalender einzutragen, sei nichts vorgetragen worden. Außerdem seien organisatorische Maßnahmen gegen ein Vergessen der Anweisung nicht ersichtlich. Schließlich habe der Prozeßbevollmächtigte es unterlassen, bei der Wiedervorlage der Akte am 18.1.1999 zu prüfen, ob wegen der Notierung der Berufungsfrist ein Erledigungsvermerk angebracht worden sei.

2. Dagegen wendet sich die sofortige Beschwerde vergebens. Der Prozeßbevollmächtigte hat seine anwaltliche Sorgfaltspflicht verletzt und dadurch zu der Versäumung der Frist beigetragen.

Der Rechtsanwalt hat **Anlaß zur eigenverantwortlichen Prüfung, ob das Fristende richtig ermittelt und festgehalten ist, wenn ihm die Akten auf Vorfrist vorgelegt werden (BGH, Beschl. v. 28.9.1998 - VI ZB 16/98, BRAK-Mitt. 1998, 269).**

Zwar muß diese Prüfung nicht sofort erfolgen, weil die Vorfrist den Sinn hat, einem Rechtsanwalt einen gewissen zeitlichen Spielraum zur Bearbeitung bis zum endgültigen Ablauf der Frist zu lassen (BGH, Beschl. v. 27.5.1997 - VI ZB 10/97, NJW 1997, 2825, 2826; v. 12.8.1997 - VI ZB 13/97, NJW 1997, 3243 f; v. 9.3.1999 - VI ZB 3/99, Umdr. S. 4 f).

Der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten hätte deshalb die Sache für den letzten Tag wieder auf Frist legen können. Dann wäre aufgefallen, daß keine weitere Frist notiert war. So ist der Prozeßbevollmächtigte hier aber nicht vorgegangen. Nach dem Vortrag der Beklagten muß angenommen werden, daß er die Akte unbearbeitet und ohne weitere Verfügung wieder zurückgegeben hat. Damit hat er seinen Prüfungspflichtigen nicht genügt (vgl. BGH, Beschl. v. 27.5.1997, a.a.O.).

## Verjährungsunterbrechung

- Mahnbescheid
- Zustellung „demnächst“  
(BGH, Urt. v. 27.5.1999 - VII ZR 24/98)

### Leitsätze:

1. Ist ein Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids, der am letzten Tag des Ablaufs der Verjährungsfrist bei Gericht eingeht, unvollständig und wird er vom Antragsteller auf Zwischenverfügung des Rechtspflegers ergänzt, so ist die Zustellung des Mahnbescheids 14 Tage nach Zugang der Zwischenverfügung als „demnächst“ i.S.v. § 693 Abs. 2 ZPO anzusehen.

2. Wenn das Gericht des ersten Rechtszugs die Klage wegen Verjährung abgewiesen hat, das Berufungsgericht dagegen den eingeklagten Anspruch für unverjährt hält, so darf es die Sache nicht wegen des Grundes des Anspruchs in den ersten Rechtszug zurückverweisen (Bestätigung der ständigen Rechtsprechung des BGH, z.B. Urt. v. 21.3.1968 - VII ZR 84/67, BGHZ 50, 25).

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger fordert restlichen Werklohn für erbrachte und 1992 abgenommene Bauarbeiten.

Die Prozeßbevollmächtigten des Klägers haben am 30.12.1994 den Erlass eines Mahnbescheids über 76.738,49 DM zuzüglich 12% Zinsen ab Einreichung des Antrags beim Amtsgericht S. beantragt. In dem Antrag sind u.a. der Name des Antragstellers mit „Firma Baugeschäft S., vertreten durch den Inhaber“ und das Gericht, an das die Sache im Streitfall abgegeben werden soll, mit „24837 S. ...“ angegeben.

Die Rechtspflegerin hat die Prozeßbevollmächtigten des Klägers mit Verfügung vom 2.1.1995 u.a. darauf hingewiesen, daß der Inhaber oder der gesetzliche Vertreter des Baugeschäfts S. namentlich als Antragsteller zu benennen und das Streitgericht - zuständig sei das Landgericht F. - zu bezeichnen sei. Auf diesen, ihnen am 9.1.1995 zugegangenen Hinweis haben die Prozeßbevollmächtigten des Klägers einen neu ausgefüllten Mahnbescheidsantrag, in dem als Datum der 30.12.1994 angegeben ist, bei dem Amtsgericht S. eingereicht, der dort am 17.1.1995 eingegangen ist. Entsprechend diesem Antrag ist der Mahnbescheid am 18.1.1995 erlassen und der Beklagten am 23.1.1995 zugestellt worden.

Das Landgericht hat die Klage als verjährt abgewiesen. Das Berufungsgericht hat eine Unterbrechung der Verjährung angenommen. Im übrigen hat es in der Sache nicht entschieden, sondern den Rechtsstreit entsprechend § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO an das Landgericht zurückverwiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten.

Die Revision der Beklagten hat Erfolg, soweit sie sich gegen die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht wendet; sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

### Aus den Gründen:

#### I.

Das Berufungsgericht führt aus, der Kläger habe seinen Antrag vom 30.12.1994 nicht zurückgenommen. Der am 17.1.1995 bei Gericht eingegangene Antrag sei als Vervollständigung des ersten Antrags zu werten. Er sei lediglich der Einfachheit halber neu gefaßt worden. Der ursprüngliche Antrag sei auch nicht unwirksam gewesen.

Gegen diese zutreffende Beurteilung wendet sich die Revision nicht.

#### II.

1. Das Berufungsgericht meint, die Zustellung des Mahnbescheids am 23.1.1995 sei „demnächst“ i.S.v. § 693 Abs. 2 ZPO erfolgt, so daß die **Verjährung des Werklohnanspruchs** des Klägers unterbrochen worden sei. Zwar beruhe die Verzögerung auch darauf, daß die Prozeßbevollmächtig-

ten des Klägers im Antrag vom 30.12.1994 die Person des Antragstellers unzureichend und das für die streitige Entscheidung zuständige Gericht örtlich falsch und sachlich gar nicht bezeichnet hätten. Jedoch handele es sich bei dem Zeitraum von gut drei Wochen zwischen dem Ablauf der Verjährungsfrist und der Zustellung des Mahnbescheids um eine Zeitspanne, in der im normalen Betrieb eines Amtsgerichts ohnehin noch mit einer Zustellung zu rechnen sei.

Ferner sei das Verschulden der Prozeßbevollmächtigten des Klägers nur gering. Die Rechtspflegerin hätte die Frage des zuständigen Gerichts im Falle eines Widerspruchs telefonisch klären können.

2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

**Die Verjährung ist durch die Zustellung des Mahnbescheids am 23.1.1995 unterbrochen worden** (§ 196 Abs. 1 Nr. 1, §§ 201, 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB); diese Zustellung ist „demnächst“ i.S.v. § 693 Abs. 2 ZPO erfolgt.

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt **Sinn und Zweck der in § 693 Abs. 2 ZPO angeordneten Rückbeziehung** der Zustellungswirkung auf den Zeitpunkt der Einreichung des Antrags darin, die Partei bei der Zustellung von Amts wegen vor Nachteilen durch Zustellungsverzögerungen innerhalb des gerichtlichen Geschäftsbereichs zu bewahren. § 693 Abs. 2 ZPO ist, ebenso wie § 270 Abs. 3, § 696 Abs. 3 ZPO, nicht rein zeitlich zu verstehen.

Eine Zustellung „demnächst“ nach Einreichung des Antrags bedeutet daher eine Zustellung innerhalb einer nach den Umständen angemessenen, selbst längeren Frist, sofern die Partei alles ihr Zumutbare für eine alsbaldige Zustellung getan hat und schutzwürdige Belange der Gegenpartei nicht entgegenstehen.

Demgegenüber sind der Partei Verzögerungen zuzurechnen, die sie bei gewissenhafter Prozeßführung hätte vermeiden können (*Senatsurt. v. 18.5.1995 - VII ZR 191/94, NJW 1995, 2230 m.w.N.*). **Dabei sind von der Partei zu vertreten geringfügige Verzögerungen bis zu 14 Tagen regelmäßig unschädlich; eine Zeitspanne von 18 oder 19 Tagen wird dagegen nicht mehr als geringfügig und damit als schädlich angesehen** (BGH, *Urt. v. 12.1.1996 - V ZR 246/94, NJW 1996, 1060, 1061*).

Bei der Berechnung der Zeitdauer der Verzögerung, die auf vorwerfbarer Nachlässigkeit des Antragstellers beruht, stellt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf die Zeitspanne ab, um die sich die ohnehin erforderliche Zustellung des Mahnbescheids als Folge der Nachlässigkeit des Antragstellers verzögert (*Urt. v. 8.6.1988 - IVb ZR 92/87, FamRZ 1988, 1154, 1156; v. 25.2.1971 - VII ZR 181/69, NJW 1971, 891*).

Nach diesen Grundsätzen ist die vom Kläger zu vertretende Verzögerung als geringfügig anzusehen. Die Zeitspanne, um die sich die Zustellung als Folge seiner Nachlässigkeit verzögert hat, beträgt 14 Tage. Der Senat braucht daher nicht zu entscheiden, ob aufgrund des mit Wirkung vom 1.1.1992 neu gefaßten § 691 Abs. 2 ZPO grundsätzlich eine großzügigere Beurteilung der Frage geboten ist, welcher Zeitraum einer von einer Partei zu vertretenen Verzögerung als geringfügig anzusehen ist.

a) Der Antrag des Klägers vom 30.12.1994 entsprach nicht den Anforderungen des § 690 Abs. 1 Nr. 1 und 5 ZPO. Seine Ergänzung von Amts wegen war schon wegen der unvollständigen Bezeichnung des Antragstellers nicht möglich. Die Rechtspflegerin handelte angesichts des Massengeschäftes bei der Bearbeitung von Mahnanträgen, die kurz vor Jahresende bei Gericht eingehen, auch nicht ermessensfehlerhaft, als sie sich zur Vervollständigung des nachlässig ausgefüllten Antrags für eine schriftliche Zwischenverfügung und nicht für eine telefonische Nachfrage entschied.

b) Der Kläger muß sich die Zeitspanne als von ihm verschuldet zurechnen lassen, um die sich die Zustellung als Folge seiner Nachlässigkeit verzögert hat. Wäre der Antrag auf Erlass des Mahnbescheids bereits bei Eingang am Freitag, den 30.12.1994 vollständig ausgefüllt gewesen, so hätte der Mahnbescheid am Montag, den 2.1.1995 erlassen und entsprechend dem vom Berufungsgericht festgestellten Datum des Zugangs der Zwischenverfügung am 9.1.1995 zugestellt werden können.

Statt dessen ist der Mahnbescheid nach seiner Vervollständigung am 23.1.1995 und mithin 14 Tage später zugestellt worden. Diese dem Kläger zuzurechnende Verzögerung ist noch als geringfügig anzusehen, so daß der Mahnbescheid „demnächst“ zugestellt worden ist.

### III.

1. Das Berufungsgericht hält eine Zurückverweisung der Sache wegen der vom Landgericht zu Unrecht bejahten Verjährung des Anspruchs entsprechend § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO für zulässig und geboten.

Das Landgericht habe die Klage zwar nicht als unzulässig, sondern als unbegründet abgewiesen. Gleichwohl habe eine eigentliche Sachprüfung nicht stattgefunden. Auch wenn der Gesetzgeber die Verjährung dem materiellen Recht zugeordnet habe, sei nicht zu verkennen, daß sich die Verjährungsvorschriften vom übrigen materiellen Recht durch ihre formale Struktur unterscheiden, die darin bestehe, daß Ansprüche durch reinen Zeitablauf undurchsetzbar würden.

2. Dagegen wendet sich die Revision zu Recht.

**Der Bundesgerichtshof hat eine entsprechende Anwendung des § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO in Fällen vom Landgericht bejahter, vom Berufungsgericht verneinter Verjährung des eingeklagten Anspruchs abgelehnt; eine Zurückverweisung nach § 538 ZPO ist nur möglich, wenn das Berufungsgericht ein Grundurteil erläßt** (Urt. v. 21.3.1968 - VII ZR 84/67, BGHZ 50, 25; v. 19.4.1978 - VIII ZR 39/77, BGHZ 71, 226, 231; v. 19.6.1985 - IVa ZR 114/83, NJW 1985, 2945, 2946; v. 8.3.1989 - IVa ZR 221/87, NJW 1989, 3149).

An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Das Berufungsgericht zeigt keine neuen Argumente auf, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen. Allein der Hinweis, der Gesetzgeber hätte die Möglichkeit gehabt, die Verjährung dem Prozeßrecht zuzuordnen, ändert daran nichts.

Der Gesetzgeber hat die Verjährung materiellrechtlich geregelt und sie als Leistungsverweigerungsrecht ausgestaltet. Folglich erwächst ein Urteil, das die Klage aufgrund der Einrede der Verjährung abweist, in der Sache in materielle Rechtskraft und beschränkt sich nicht auf eine verfahrensrechtliche Aussage.

### IV.

Nach alledem kann das angefochtene Urteil nicht bestehenbleiben; es ist aufzuheben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es die erforderlichen Feststellungen zum Werklohnanspruch des Klägers treffen kann.

## Anwaltshaftung

- Verdeckte Sacheinlage
- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.10.1998 - 6 U 185/97)

### Leitsätze (d.Red.):

1. Soll der Rechtsanwalt die Beteiligungsverhandlungen der GmbH mit neuen Gesellschaftern und die damit im Zusammenhang stehende Kapitalerhöhung begleitend beraten, so erstrecken sich die Schutzpflichten aus dem Anwaltsvertrag ausnahmsweise auch auf die Gesellschafter.

2. Die Verrechnung der Gewinnauszahlungsansprüche des Gesellschafters mit der nach dem Kapitalerhöhungsbeschluß übernommenen Bareinzahlungsverpflichtung stellt eine unzulässige verdeckte Sacheinlage dar (verdeckte Sacheinlage durch sog. „Hin-und-her-Zahlen“).

3. Wurden die Sachgründungsvorschriften (§ 5 Abs. 4 GmbHG) nicht beachtet, ist die verdeckte Sachübernahmevereinbarung gegenüber der Gesellschaft unwirksam. Der Gesellschafter muß nach wie vor die Bareinlage leisten, weil die vorgenommene Verrechnung unwirksam ist. Er hat aber weiterhin den Gewinnauszahlungsanspruch gegen die GmbH und kann diesen durchsetzen, solange diese nicht in Vermögensverfall gerät.

4. Der Rechtsanwalt muß auf die Gefahr einer verdeckten Sacheinlage und deren Folgen hinweisen.

### Anmerkung:

Zur Heilung einer verdeckten Sacheinlage durch Umwidmung der Einlagendeckung siehe BGH, DB 1996, 872; Groß, GmbHR 1996, 721.

### Zum Sachverhalt:

Die Kläger sind Mitgesellschafter der K.-GmbH. Der Beklagte betreut die K.-GmbH seit Jahren als Wirtschaftsprüfer und Steuerberater; zudem bestand zwischen ihm und der Gesellschaft der mit ihrer Rechtsvorgängerin, der K.-GmbH & Co. KG, abgeschlossener Beratungsvertrag vom 2.10.1985, der mit der K.-GmbH fortgesetzt worden ist.

Im Jahre 1993 wurde der Beklagte im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung und der

Aufnahme einer weiteren Gesellschafterin anwaltlich beratend tätig. Die Kläger begehren die Feststellung, daß der Beklagte ihnen alle Schäden einer Falschberatung zu ersetzen hat, die ihnen dadurch entstanden sind oder noch entstehen, daß der Beklagte sie nicht auf die Unzulässigkeit der vorgenommenen verdeckten Sacheinlage hingewiesen habe.

Im Jahre 1993 beauftragte der Kläger zu 2), der Geschäftsführer der K.-GmbH, den Beklagten, Beteiligungsverhandlungen betreffend die Aufnahme neuer Gesellschafter im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung „anwaltlich zu begleiten“. Es wurden Verhandlungen mit dem belgischen Unternehmen V. (N.V.) und dem niederländischen Unternehmen U. (B.V.) unter Mitwirkung des Beklagten geführt.

Dieser fertigte das Protokoll der Besprechung vom 3.5.1993 im Bankhaus F. und leitete es den beteiligten Firmenvertretern zu. Nach dem Inhalt dieses Protokolls wurde u.a. erörtert, das Stammkapital der K.-GmbH von seinerzeit 8,5 Mio. DM um 8 Mio. DM auf 16,5 Mio. DM zu erhöhen, wobei die Kapitalerhöhung in Höhe von 2,5 Mio. DM „durch die jetzigen Gesellschafter aus Gesellschaftsmitteln (Kapital- bzw. Gewinnrücklage und Jahresüberschuß 1992)“ erfolgen, während 5,5 Mio. DM von der aus den vorgenannten beiden Unternehmen gebildeten U.-V. als Neugesellschafterin übernommen werden sollten.

Im weiteren Verlauf der Verhandlungen formulierte der Beklagte die Absichtserklärung (letter of intent) zwischen den Gesellschaftern der K.-GmbH und der als Neugesellschafterin vorgesehenen U.-V. vom 3.6.1993, wonach nunmehr eine Kapitalerhöhung um 5,75 Mio. DM auf 14,25 Mio. DM vorgesehen war, wovon „DM 1,0 Mio. durch die jetzigen Gesellschafter aus Gesellschaftsmitteln (Kapitalrücklage und Bilanzergebnis 1992)“ übernommen und das Bezugsrecht für die restliche Kapitalerhöhung von 4,75 Mio. DM der U.-V. gegen Zahlung von 4,75 Mio. DM für diesen Geschäftsanteil und Zahlung eines Agios von 1,25 Mio. DM an die jetzigen Gesellschafter eingeräumt werden sollten. Diese Absichtserklärung unterzeichneten der Kläger zu 2) für die K.-GmbH sowie die Vertreter der an der U.-V. beteiligten beiden Unternehmen.

Notartermin für die Gesellschafterversammlung mit Beschlußfassung über die beabsichtigte Kapitalerhöhung war der 28.6.1993. Die K.-GmbH

übersandte dem Beklagten mit Schreiben vom 4.6.1993 die Tagesordnung der Gesellschafterversammlung und bat den Beklagten um Teilnahme. Mit Schreiben vom 16.6.1993 übersandte der Beklagte dem beurkundenden Notar eine Kopie der Absichtserklärung vom 3.6.1993 mit dem Bemerken, er – der Notar – könne daraus ersehen, welche Dokumente für den 28.6.1993 vorzubereiten seien.

Unter dem 23.6.1993 übersandte der Notar dem Beklagten unter Bezugnahme auf das am Vortag geführte Telefonat „vereinbarungsgemäß“ den Entwurf der Urkunde bezüglich der Kapitalerhöhung und den Entwurf der Urkunde bezüglich der Veräußerung von Teilübernahmerechten, und zwar verbunden mit der Bitte, die Entwürfe eingehend zu prüfen und etwaige Änderungs- und Ergänzungswünsche mitzuteilen. Dem Geschäftsführer der K.-GmbH habe er ebenfalls je einen Entwurf der Urkunden und eine Kopie dieses Schreibens zukommen lassen. Der Entwurf des Kapitalerhebungsbeschlusses sah die Formulierung vor: „die neuen Stammeinlagen sind bis zum 30.6.1993 in voller Höhe ihrer Nennbeträge in bar einzuzahlen“. Dies wurde auch am 28.6.1993 in dieser Weise notariell beurkundet.

Der Beklagte war bei dieser Gesellschafterversammlung anwesend und führte Protokoll. Nach dem Inhalt des am 30.6.1993 erstellten Protokolls wurde zu Tagesordnungspunkt (im folgenden: TOP) 3 beschlossen, den im Jahresabschluß 1992 ausgewiesenen Jahresüberschuß von 1.850.207,54 DM in Höhe von 1.170.636 DM an die Gesellschafter – also die Kläger – bis zum 1.7.1993 auszuschütten.

Von dem ihnen nach dem notariell beurkundeten Erhebungsbeschluß eingeräumten Recht, ihre Übernahmrechte – bis auf insgesamt 1 Mio. DM – an die Neugesellschafterin U.-V. zu übertragen, machten die Kläger durch am 11.3.1994 notariell beurkundete Abtretung Gebrauch.

Die Kläger haben die Auffassung vertreten, ihnen stünden aus positiver Vertragsverletzung des mit dem Beklagten abgeschlossenen Beratungsvertrages – jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Vertrages mit Schutzwirkung Dritter – Schadenersatzansprüche zu, weil der Beklagte sie nicht pflichtgemäß auf die Gefahr einer verdeckten Sacheinlage und die drohende doppelte Inanspruchnahme für die Einlageforderung hingewiesen habe. Sie haben vorgetragen:

Der Beklagte habe sie und die Gesellschaft auftragsgemäß bei der Vorberatung, Beurkundung und Durchführung der Kapitalerhöhung umfassend rechtlich, wirtschaftlich und steuerlich beraten. Eine Barzahlung sei von den Gesellschaftern nicht beabsichtigt gewesen. Vielmehr sei ihre Einlage dadurch erbracht worden, daß die Gesellschafter ihren Anspruch auf Auszahlung des Jahresüberschusses für das am 31.12.1992 endende Geschäftsjahr in Höhe eines Zahlungsbetrages von 1 Mio. DM mit der Einlageforderung der Gesellschaft im Wege des sog. „Schütt-aus-hol-zurück“-Verfahrens verrechnet hätten. Dies sei dem Beklagten bekannt gewesen. Gleichwohl sei in seiner Anwesenheit die Barkapitalerhöhung beurkundet worden. Eine Verrechnung des Gewinnanspruchs mit der Einlageforderung der Gesellschaft habe nur erfolgen dürfen, wenn die Kapitalerhöhung als Sachkapitalerhöhung beurkundet worden wäre.

Die vom BGH zugelassene Heilung der verdeckten Sacheinlage durch Umwidmung der Bareinlage in eine Sacheinlage setze voraus, daß die einzubringende Forderung im Zeitpunkt der Umwidmung vollwertig sei. Dies sei gegenwärtig nicht der Fall. Deshalb bestehe für sie – die Kläger – die Gefahr, ihre Einlage erneut erbringen zu müssen, während ihr Bereicherungsanspruch gegen die Gesellschaft auf Auszahlung des Gewinns nicht werthaltig und nicht zu realisieren wäre. Dieses Risiko bestehe nicht nur gegenüber Ansprüchen der Gesellschaft oder eines Konkursverwalters, sondern auch gegenüber den weiteren, 1994 hinzugekommenen Gesellschaftern. Denn letztere seien für einen etwaigen Ausfall bei Durchsetzung der Einlageforderung nach § 24 GmbHG mit haftbar.

Sie – die Kläger – hätten bei ordnungsgemäßer Beratung die Regeln über die Sachkapitalerhöhung beachtet. Im Juni 1993 wäre eine solche und die Verrechnung des Gewinnanspruchs ohne weiteres möglich gewesen, da der Gewinnanspruch zu diesem Zeitpunkt vollwertig und damit auch die Sacheinlage werthaltig gewesen sei.

Ihnen sei bereits ein Schaden in Höhe der – noch nicht bezifferbaren – Mehrkosten entstanden, die durch Heilung im Wege nachträglicher Umwidmung der Sacheinlage entstehen würden. Die verdeckte Sacheinlage könne nur durch nachträgliche Umwidmung geheilt werden. Dazu seien u.a. neue notarielle Urkunden sowie die Werthaltigkeitsbescheinigung eines Wirtschaftsprüfers erforderlich. Hierdurch entstünden weitere Kosten. Darauf, ob eine Heilung der

verdeckten Sacheinlage angesichts der gegenwärtigen Vermögensverhältnisse der Gesellschaft möglich wäre, komme es somit nicht an. Für die Feststellungsklage genüge bereits die entfernte Möglichkeit eines Schadeneintritts, selbst wenn Art, Umfang und Eintritt des Schadens noch ungewiß seien. Ein mitwirkendes Verschulden treffe sie nicht. Sie hätten nicht bereits anlässlich der weiteren Kapitalerhöhung der K.-GmbH im Sommer 1995 Kenntnis von der verdeckten Sacheinlage erhalten, sondern erst im Juni 1996 anlässlich der anwaltlichen Beratung im Zusammenhang mit dem Ausscheiden des Klägers zu 2) aus der Gesellschaft.

Ihr Schadenersatzanspruch sei auch gemäß § 51b BRAO noch nicht verjährt; die Verjährung sei durch die am 28.6.1996 eingereichte Klage unterbrochen worden.

(Anträge ...)

Der Beklagte hat geltend gemacht: Zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits habe nie ein Beratungsverhältnis bestanden. Er habe aufgrund des Beratungsvertrages vom 2.10.1985 nur die K.-GmbH beraten. Der Kläger zu 2) habe ihn als Geschäftsführer der GmbH gebeten, die Beteiligungsverhandlungen für die GmbH anwaltlich zu begleiten, und zwar beschränkt auf die Beteiligungsberatung, während die Kapitalerhöhungsvorbereitung bei dem Notar gelegen habe. Er habe seine Tätigkeit auch nur der K.-GmbH in Rechnung gestellt.

Der ihm von dem Notar K. übersandte Entwurf des Kapitalerhebungsbeschlusses habe die Barkapitalerhöhung vorgesehen, wie dann auch beurkundet worden sei. Dieses sei folglich auch gewollt gewesen. Von angeblichen Verrechnungsabsichten habe er – der Beklagte – keine Kenntnis gehabt. Mit der späteren Abwicklung und Durchführung der Kapitalerhöhung sei er nicht befaßt gewesen. Ihm sei ein Abweichen von den vertraglich vorgesehenen Vorgehensweisen nicht mitgeteilt worden; er sei insoweit auch nicht um Rat gebeten worden. Andernfalls hätte er selbstverständlich auf die Problematik einer Sachgründung, deren Kenntnis zum „kleinen Einmaleins“ eines Wirtschaftsprüfers und eines wirtschaftsberatenden Rechtsanwalts gehöre, hingewiesen und von einer Barkapitalerhöhung abgeraten. Jede Abweichung von den eindeutig festgelegten Bareinzahlungspflichten bis zum 30.6.1993 sei ohne seine Mitwirkung erfolgt und von den geschäftserfahrenen Klägern selbst zu verantworten.

Den Klägern sei bis heute kein Schaden entstanden. Die fehlgeschlagene Kapitalerhöhung könne durch nachträgliche Umwandlung der Bareinlage in eine Sacheinlage im Wege der Satzungsänderung geheilt werden. Insoweit seien die Kläger verpflichtet, entsprechend abzustimmen, und hätten die neuen Gesellschafter ebenfalls ein Interesse an einer ordnungsgemäßen Kapitalerhöhung.

Die von den Klägern behauptete mangelnde Vollwertigkeit der Einlageleistung werde mit Nichtwissen bestritten. Die K.-GmbH sei weder überschuldet noch unterkapitalisiert, sondern ein profitables Unternehmen. Für die Frage der Vollwertigkeit komme es zudem auf den Zeitpunkt an, zu dem die Klägerin die Umwidmung hätte einleiten können. Dies sei spätestens im August 1995 der Fall gewesen, als – insoweit unstrittig – die weitere von der Neugesellschafterin „V. B.V.“ übernommene Kapitalerhöhung von 6.250.000 DM zum überwiegenden Teil im Wege der Sacheinlage durch Einbringung fälliger Darlehensansprüche erfolgt sei.

Vorsorglich erhebe er die Einrede der Verjährung. Seine Beratungstätigkeit sei spätestens mit Weiterleitung der Absichtserklärung an den Notar K., zumindest nach Empfang des notariellen Vertragsentwurfes vom 23.6.1993, beendet gewesen.

Durch Urteil vom 3.3.1997 hat das Landgericht der Klage antragsgemäß stattgegeben.

Mit seiner Berufung verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter. Unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Vorbringens führt er ergänzend aus: Die Kläger seien nicht aktivlegitimiert, weil er allein die K.-GmbH beraten habe. Absprachen, daß auch die Kläger in den Schutzbereich des Anwaltsvertrages hätten einbezogen werden sollen, habe es nicht gegeben. Der Schutzbereich des Anwaltsvertrages könne auch im konkreten Streitfall nicht über den Kreis der Vertragsparteien hinaus ausgedehnt werden, weil zwischen der K.-GmbH auf der einen und dem einen oder anderen Gesellschafter auf der anderen Seite durchaus widerstrebende Interessen im Hinblick auf die Rechtsfolgen fehlerhafter Kapitalerhöhungsmaßnahmen denkbar seien.

Zudem habe er nicht schuldhaft Aufklärungs- und Beratungspflichten verletzt. Die K.-GmbH habe ihm lediglich das eingeschränkte Mandat erteilt, die Beteiligungsverhandlungen mit den

Neugesellschaftern anwaltlich zu begleiten. Er habe hingegen nicht den Auftrag gehabt, die durchzuführende Kapitalerhöhung vorzubereiten und abzuwickeln. Seine Tätigkeit sei mit der Vereinbarung der Konditionen für den Beitritt der Neugesellschafter abgeschlossen gewesen.

Jedenfalls habe er nicht damit rechnen müssen, daß die Kläger trotz eindeutiger Regelung in der Notarurkunde von der vereinbarten Barzahlungsverpflichtung abweichen würden. Die Kläger hätten ihm nicht einmal andeutungsweise zu verstehen gegeben, daß die Stammeinlagen abweichend von der Notarurkunde nicht „in bar einzuzahlen“ seien. Vielmehr habe der Kläger zu 2) als Geschäftsführer der K.-GmbH den Notar beauftragt, ohne zuvor mit ihm – dem Beklagten – darüber zu sprechen, daß die als Barzahlung festgelegte Kapitaleinzahlungsverpflichtung auch im Wege der Verrechnung mit Dividendenansprüchen erfüllt werden könne. Gegen die angebliche Verrechnungsabsicht spreche auch, daß die Fälligkeit der Einzahlung der übernommenen Kapitalanteile zeitlich vor der Fälligkeit der Dividendenansprüche gelegen habe.

Jedenfalls sei den Klägern kein Schaden entstanden, der auf eine schuldhafte Pflichtverletzung durch ihn zurückgeführt werden könne. Es spreche keine Vermutung dafür, daß die Kläger bei Aufklärung über die Gefahren einer verdeckten Sacheinlage eine Sachkapitalerhöhung beschlossen hätten, weil dadurch erhebliche Verzögerungen und zusätzliche Kosten – insbesondere durch das erforderliche Testat eines Wirtschaftsprüfers zur Werthaltigkeit der Sacheinlagen – entstanden wären. Auch ohne die Agio-Zahlung der Neugesellschafter seien die Kläger ohne weiteres in der Lage gewesen, die neuen Stammeinlagen aus eigenen Mitteln in bar einzuzahlen.

Den Klägern sei auch tatsächlich kein Schaden entstanden. Da sie ihre Bareinlagen bis heute nicht erbracht hätten, hätten sie seit mehr als vier Jahren entweder Habenzinsen erwirtschaftet oder Sollzinsen erspart. Auch bestünden ihre Ansprüche auf Auszahlung der Dividenden gegen die K.-GmbH fort, die auch nach wie vor werthaltig seien.

Für zulässige Heilungsmaßnahmen durch nachträgliche Umwidmung der Barkapitalerhöhung in eine Sachkapitalerhöhung entstünden auch keine zusätzlichen Kosten, die nicht schon entstanden wären, wenn bereits am 28.6.1993 die

Sachkapitalerhöhung beschlossen und beurkundet worden wäre. Die Kläger treffe zudem der Einwand des überwiegenden Mitverschuldens, weil sie nicht spätestens seit August 1995 die erforderlichen Heilungsmaßnahmen vorgenommen hätten.

Er erhebe weiterhin die Einrede der Verjährung; der ihm von der K.-GmbH erteilte Auftrag sei seit dem 16.6.1993 beendet gewesen.

(Anträge ...)

Auch die Kläger wiederholen, vertiefen und ergänzen ihr erstinstanzliches Vorbringen. Unter Bezugnahme auf das im Senatstermin vom 14.5.1998 überreichte Schreiben der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft N.-GmbH vom 15.10.1997 tragen die Kläger vor, die Voraussetzungen für eine Heilung der verdeckten Sacheinlage hätten im Zeitraum von Juli 1996 bis Oktober 1997 wegen der fehlenden Werthaltigkeit der einzubringenden Forderungen nicht vorgelegen.

In ihrem weiteren Schriftsatz vom 4.6.1998 tragen die Kläger ergänzend vor, eine Werthaltigkeit der einzubringenden Forderungen werde nur dann durch die Wirtschaftsprüfer testiert werden, wenn die Gläubigerbanken der Gesellschaft gegenüber einen Forderungsverzicht in Höhe von 12,1 Mio. DM erklären würden, worüber noch verhandelt werde. Überdies setze die Einleitung des „Heilungsverfahrens“ eine Verständigung der Gesellschafter über eine Kapitalherabsetzung von 20,5 Mio. DM auf 2.050.000 DM voraus, was inzwischen – am 14.4.1998 – notariell beurkundet worden sei.

Nach Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung haben die Kläger im Senatstermin vom 17.9.1998 mit Rücksicht auf die vom Senat geäußerten Bedenken gegen die Zulässigkeit der begehrten Feststellung einer Freistellungsverpflichtung des Beklagten ihre Klage insoweit – nämlich hinsichtlich des mit dem Wort „insbesondere“ beginnenden Teils ihres Klageantrages – mit Zustimmung des Beklagten zurückgenommen. (...)

Die zulässige Berufung des Beklagten hat keinen Erfolg.

Das Landgericht hat dem Feststellungsbegehren der Kläger, soweit sie es nach teilweiser Klagerücknahme weiterverfolgen, zu Recht stattgegeben.

## Aus den Gründen:

### I.

Zu Recht hat das Landgericht die Zulässigkeit der von den Klägern erhobenen **Feststellungsklage** bejaht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche rechtliche Interesse bei Schadenersatzfeststellungsklagen schon dann vor, wenn künftige Schadenfolgen – sei es auch nur entfernt – möglich, ihre Art, ihr Umfang und sogar ihr Eintritt aber noch ungewiß sind. **Demgegenüber stellt die Wahrscheinlichkeit einer Schadenentstehung keine Sachurteilsvoraussetzung dar, sondern gehört zur materiellen Klagebegründung** (vgl. BGH, WM 1991, 1737 f.).

Wenn der Beklagte seine ihm gegenüber den Klägern bestehenden Beratungspflichten im Zusammenhang mit der am 28.6.1993 beschlossenen Kapitalerhöhung der K.-GmbH verletzt hat, sind künftige Schadenfolgen jedenfalls möglich, und zwar mindestens in Höhe der Mehrkosten, die durch eine Heilung der verdeckten Sacheinlage im Wege nachträglicher Umwidmung der Barkapitalerhöhung in eine Sachkapitalerhöhung entstehen werden oder bereits entstanden sind.

Das ferner nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche rechtliche Interesse der Kläger daran, daß das von ihnen behauptete Rechtsverhältnis – die Schadenersatzpflicht des Beklagten – alsbald durch richterliche Entscheidung festgestellt wird, ist ebenfalls gegeben. Es setzt eine begründete Besorgnis der Gefährdung des Anspruchs „schon und noch jetzt“ voraus. Diese ist schon im Hinblick darauf zu bejahen, daß die Kläger wegen der vorprozessualen Weigerung des Beklagten, auf die Einrede der Verjährung zu verzichten, die Klage zur Unterbrechung der Verjährung erheben mußten (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 52. Aufl., § 256 Rdnr. 36 u. 38).

### II.

Die Feststellungsklage ist auch begründet, soweit die Kläger sie weiterverfolgen.

Die Kläger sind für den von ihnen geltend gemachten Schadenersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung des anwaltlichen Beratungsvertrages, dessen Feststellung sie begehren, aktivlegitimiert (1). Der Beklagte hat seine Pflicht zur umfassenden und erschöpfenden



Beratung im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung der K.-GmbH auch schuldhaft verletzt (2). Es ist auch wahrscheinlich, daß den Klägern durch die Falschberatung dem Grunde nach bereits ein Schaden entstanden ist und/oder noch entstehen wird (3). Die geltend gemachten Schadenersatzansprüche sind auch nicht verjährt (4).

1. Die Kläger sind zur Geltendmachung des von ihnen im Wege der Feststellungsklage verfolgten Schadenersatzanspruches aus positiver Vertragsverletzung des Anwaltsvertrages aktiv legitimiert, weil sie sämtlich – und zwar die Kläger zu 1) und zu 3) bis 7) vertreten durch den zugleich in ihrem Namen handelnden Kläger zu 2) – Parteien des mit dem Beklagten abgeschlossenen Anwaltsvertrages sind.

Nur scheinbar sprechen die äußeren Umstände, nämlich daß der Kläger zu 2) bei Auftragserteilung an den Beklagten Geschäftsführer der K.-GmbH war und der Beklagte seine Beratertätigkeit mit Rechnung vom 5.11.1993 gegenüber der GmbH abgerechnet hat, dafür, daß der Beratervertrag nur zwischen der K.-GmbH und dem Beklagten bestand. Den Auftrag, die Beteiligungsverhandlungen betreffend die Aufnahme neuer Gesellschafter im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung „anwaltschaftlich zu begleiten“, erhielt der Beklagte von dem Kläger zu 2) jedenfalls nicht nur als Geschäftsführer der K.-GmbH in deren Namen, sondern auch – und zwar in erster Linie – im eigenen Namen und zugleich im Namen der beteiligten Mitgesellschafter, also der Kläger zu 1) und zu 3) bis 7).

Die Beratung durch den Beklagten erfolgte jedenfalls nicht nur auf der Grundlage des mit ihrer Rechtsvorgängerin abgeschlossenen und sodann mit der K.-GmbH fortgesetzten Beratervertrages vom 2.10.1995. Vielmehr erfolgte die Beratung durch den Beklagten zumindest auch – wenn nicht gar ausschließlich – aufgrund eines ihm erteilten Einzelmandates, das zum Inhalt hatte, nicht nur die Gesellschaft, sondern vornehmlich ihre Gesellschafter bei der Aufnahme neuer Gesellschafter im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung zu beraten. Dies folgt aus der Art der vom Beklagten geschuldeten Beratung.

**Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit waren die Beteiligungsverhandlungen mit den in die GmbH aufzunehmenden Neugesellschaftern und die im Zusammenhang damit zu beschließende Erhöhung des Stammkapitals sowie die Abtre-**

**tung von neu gebildeten Geschäftsanteilen an die neuen Gesellschafter.** Die Kapitalerhöhung mußte durch die Gesellschafterversammlung beschlossen werden, erforderte also entsprechende Erklärungen der einzelnen Gesellschafter. Diese mußten ihre Erklärungen beurkunden lassen. Auch die Abtretung bzw. Veräußerung von Teilübernahmerechten an die Neugesellschafter mußte von den einzelnen Gesellschaftern erklärt und notariell beurkundet werden. Gegenstand der Beratung durch den Beklagten war somit, welche Erklärungen die einzelnen Gesellschafter abzugeben hatten, um die beabsichtigte Aufnahme neuer Gesellschafter und die damit bezweckte Zuführung neuen Gesellschaftskapitals zu erreichen.

Zur Erreichung dieses Ziels hat der Beklagte **die Verhandlungen mit den Neugesellschaftern begleitet**. U.a. war er an der Besprechung vom 3.5.1993 bei dem Bankhaus F. beteiligt und hat das Besprechungsprotokoll gefertigt. Schließlich hat er die **Absichtserklärung** vom 3.6.1993 **formuliert**, wonach die Gesellschafter der K.-GmbH – und nicht die GmbH selbst – Erklärungen in bezug auf die künftige Beteiligung der Neugesellschafter abgaben, die allerdings (nur) der Kläger zu 2) mit dem Firmenzusatz unterzeichnete. Sodann übersandte der Beklagte diese Absichtserklärung dem Notar K. mit Schreiben vom 16.6.1993 mit dem Hinweis, er – der Notar – könne daraus ersehen, welche Dokumente zum vorgesehenen Beurkundungstermin am 28.6.1993 vorzubereiten seien.

Die notariell zu beurkundenden Erklärungen hatten sämtlich die Gesellschafter, nicht die GmbH durch ihre Geschäftsführung abzugeben. Der Notar sandte dem Beklagten sodann mit Schreiben vom 23.6.1993 die beiden Entwürfe betreffend die Kapitalerhöhung und die Abtretung von Teilgeschäftsanteilen an die Neugesellschafter zurück mit der Bitte, diese eingehend zu prüfen und etwaige Änderungs- oder Ergänzungswünsche mitzuteilen.

**Der Beklagte trat in die Prüfung ein und nahm nach eigenen Angaben – nach seiner Darstellung für den vorliegenden Streit unwesentliche – Änderungen vor.** Der Schwerpunkt der Beratung des Beklagten und der von ihm entfalteten Verhandlungstätigkeit bestand somit in der Vorbereitung der Erklärungen, welche die einzelnen Gesellschafter abzugeben hatten, um die angestrebte Kapitalerhöhung und die Aufnahme von Neugesellschaftern wirksam herbeizuführen.

Schuldete der Beklagte somit eine Tätigkeit und Beratung, die u.a. auf die wirksame Beschlußfassung einer Kapitalerhöhung durch die Altgesellschafter gerichtet war, so waren diese jedenfalls insoweit auch Parteien des Anwaltsvertrages, als die Beratung die Beachtung der gesetzlichen Kapitalerhöhungsvorschriften betraf.

Soweit der Kläger zu 2) bei Auftragserteilung an den Beklagten zugleich – für diesen erkennbar – im Namen seiner Mitgesellschafter gehandelt hat, war er von ihnen hierzu jedenfalls stillschweigend aufgrund der Vorberatungen und Vorbesprechungen bevollmächtigt, die zu dem Entschluß der Gesellschafter geführt haben, Beteiligungsverhandlungen betreffend die Aufnahme neuer Gesellschafter im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung zu führen. Aber selbst wenn angenommen wird, der Kläger zu 2) habe ohne Vollmacht seiner Mitgesellschafter gehandelt, haben diese jedenfalls mit der Klageerhebung ein möglicherweise vollmachtloses Handeln des Klägers zu 2) mit rückwirkender Kraft genehmigt (§ 184 Abs. 1 BGB).

Wollte man dies anders sehen, wären die Kläger jedenfalls in den Schutzbereich des dann zwischen dem Beklagten und der K.-GmbH zustande gekommenen Anwaltsvertrages einbezogen.

Allerdings gibt es – entgegen der Auffassung des Landgerichts – keinen anerkannten Rechtsgrundsatz, daß sich bei einem zwischen der Gesellschaft und dem Anwalt bestehenden Anwaltsvertrag die sich daraus ergebenden Schutzpflichten auch auf die Gesellschafter des Unternehmens erstrecken. Die vom Landgericht im angefochtenen Urteil hierzu zitierten Entscheidungen sind nicht einschlägig und mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar. **Grundsätzlich beruht ein Beratungsvertrag auf dem Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandanten, hat also in der Regel keine Außenwirkung.**

Dennoch kann sich aus der Art der geschuldeten Beratung im Einzelfall ergeben, daß Dritte in den Schutzbereich des Beratungsvertrages einbezogen sind. So hat der Bundesgerichtshof **die GmbH in den Schutzbereich des Anwaltsvertrages mit den Gründungsgesellschaftern einbezogen, weil gerade die erst noch zu gründende GmbH Gegenstand der Beratung war, die der Anwalt den Gründungsgesellschaftern schuldete** (vgl. BGH, WM 1985, 1475, 1476; Gottwald in: MünchKomm-BGB 3. Aufl., § 328 Rdnr. 108).

Der Beklagte weist selbst – insoweit zutreffend – darauf hin, daß Anwaltsverträge mit Schutzwirkung für Dritte vornehmlich erörtert und teilweise angenommen worden sind, wenn diese Dritten Angehörige des Auftraggebers waren und ihre Interessen durch den Vertrag berührt wurden. Im Ergebnis sind die Kläger als Mitgesellschafter der K.-GmbH sozusagen wie „Angehörige“ der Auftraggeberin anzusehen und betraf die anwaltliche Beratung durch den Beklagten vornehmlich die Interessen der Kläger.

Soweit der Beklagte darauf hinweist, daß die Rechtsfolgen fehlerhafter Kapitalerhöhungsmaßnahmen alle Beteiligten, den Einleger, seinen eventuellen Rechtsnachfolger, seine Mitgesellschafter, die Gesellschafter selbst und auch den Geschäftsführer treffen können, spricht dies nicht gegen die Annahme einer Schutzwirkung des Anwaltsvertrages zugunsten der Kläger. Insoweit mögen nunmehr nach dem Schadeneintritt durch Falschberatung auch widerstreitende Interessen zwischen der Gesellschaft, ihren Alt- und Neugesellschaftern sowie zwischen diesen denkbar sein. Bei Durchführung der anwaltlichen Beratung im Zusammenhang mit der angestrebten Kapitalerhöhung der K.-GmbH waren die **Interessen** der K.-GmbH und ihrer damaligen Gesellschafter, den Klägern, jedoch **nicht gegenläufig, sondern gleichgerichtet** auf das Ziel, zunächst eine wirksame Kapitalerhöhung und sodann die Veräußerung von Geschäftsanteilen an die Neugesellschafter zu erreichen.

**2. Der Beklagte hat seine anwaltlichen Beratungspflichten auch schuldhaft verletzt, indem er die Kläger nicht auf die Möglichkeit der Unzulässigkeit einer verdeckten Sacheinlage und deren Folgen hingewiesen hat.** Darin liegt eine schuldhaft positive Vertragsverletzung des Anwaltsvertrages, die den Beklagten verpflichtet, den Klägern den ihnen daraus entstandenen Schaden zu ersetzen.

Unstreitig ist am 28.6.1993 unter TOP 8 der einstimmige Beschluß der Gesellschafterversammlung der K.-GmbH beurkundet worden, das Stammkapital der Gesellschaft von 8,5 Mio. DM auf 14,25 Mio. DM zu erhöhen, und zwar in der Weise, daß die neu gebildeten Geschäftsanteile in voller Höhe ihrer Nennbeträge bis zum 30.6.1993 in bar einzuzahlen waren. Allerdings mußten die Kläger nur insgesamt 1 Mio. DM anteilig entsprechend ihrer Kapitalanteile als Kapitalerhöhung selbst übernehmen. Wegen der weiteren Kapitalerhöhung waren sie berechtigt,

die ihnen eingeräumten Übernahmerechte bezüglich der neuen Geschäftsanteile mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter an die Neugesellschafterin U.-V. abzutreten. Zuvor war unter TOP 3 der Jahresabschluß der K.-GmbH zum 31.12.1992 und der darin ausgewiesene Jahresüberschuß von rund 1,8 Mio. DM von den Gesellschaftern einstimmig festgestellt und beschlossen worden, davon 1.170.636 DM an die Gesellschafter – also die Kläger – im Verhältnis ihrer Stammeinlagen zueinander auszuschütten, und zwar zum 1.7.1993. Der Beklagte nahm an der Gesellschafterversammlung teil und führte Protokoll.

In Höhe eines Teilbetrages von 1 Mio. DM wurden die Einlageverpflichtungen der Kläger – also der Altgesellschafter – aus der Kapitalerhöhung durch Verrechnung mit ihren Ansprüchen aus der beschlossenen Gewinnausschüttung zum 1.7.1993 vollzogen. Darüber hinaus machten die Kläger von dem ihnen nach dem notariell beurkundeten Kapitalerhöhungsbeschluß eingeräumten Recht Gebrauch, die ihnen eingeräumten Übernahmerechte bezüglich der neuen Geschäftsanteile an die Neugesellschafterin U.-V. abzutreten, und zwar durch notarielle Urkunde vom 11.3.1994.

Wie auch der Beklagte nicht in Zweifel zieht, **stellt die Verrechnung der Gewinnausszahlungsansprüche der Klägerin in Höhe von 1 Mio. DM mit der von ihnen nach dem beurkundeten Kapitalerhöhungsbeschluß übernommenen Bareinzahlungsverpflichtung eine unzulässige verdeckte Sacheinlage dar.** Nach dem in § 19 Abs. 5 GmbHG geregelten Umgehungsverbot befreit eine Leistung auf die Stammeinlage, welche nicht in Geld besteht oder welche durch Aufrechnung einer für die Überlassung von Vermögensgegenständen zu gewährenden Vergütung bewirkt wird, den Gesellschafter von seiner Verpflichtung nur, soweit sie in Ausführung einer nach § 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG getroffenen Bestimmung erfolgt, soweit also die besonderen Sachgrundvorschriften beachtet werden.

Über den Wortlaut des § 19 Abs. 5 Alt. 2 GmbHG hinaus erfaßt das Umgehungsverbot auch solche Altforderungen, die nicht aus einem als Übernahme zu qualifizierenden Veräußerungsgeschäft zwischen dem Einlageschuldner und der Gesellschaft herrühren, sondern deren Entstehungsgrund ein anderer ist, beispielsweise Darlehensforderungen oder Ansprüche auf Auszahlung stehengelassener Gewinne.

**Die Aufrechnung gegen eine nach der Einlageforderung entstandene Gesellschafterforderung (sog. Neuforderung) auf Gewinnauszahlung ist unter Umkehrungsgesichtspunkten entsprechend § 19 Abs. 5 Alt. 2 GmbHG jedenfalls dann unzulässig, wenn die Beteiligten bei der Kapitalerhöhung eine entsprechende Vorab-sprache getroffen haben.** Dann fehlt die Leistung der zugesagten Bareinlage und liegt eine verdeckte Sacheinlage durch sog. „Hin-und-her-Zahlen“ vor (vgl. BGH, DB 1996, 872-873). **Liegt ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen Leistung der Einlage und Erfüllung des zwischen Gesellschafter und Gesellschaft vereinbarten Rechtsgeschäfts vor, begründet das eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer derartigen Abrede** (vgl. BGH, DZWIR 1996, 285, 287 = DB 1996, 876 f = NJW 1996, 1286 f).

Zwischen der Begründung des Gewinnauszahlungsanspruchs der Kläger gegen die K.-GmbH zum 1.7.1993 durch den zu TOP 3 gefaßten Ausschüttungsbeschluß der Gesellschafterversammlung vom 28.6.1993 und der in derselben Gesellschafterversammlung zu TOP 8 vorgenommenen notariellen Beurkundung der Barkapitalerhöhung, deren Einzahlung zum 30.6.1993 in bar erfolgen sollte, besteht zweifellos ein ganz besonders enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang. Dieser begründet die tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer vorabgesprochenen Verrechnung der von den Altgesellschaftern – unbedingt – übernommenen Bareinlageverpflichtungen in Höhe eines Teilbetrages von 1 Mio. DM zum 30.6.1993 mit ihren zum 1.7.1993 – also nur einen Tag später – fälligen Gewinnauszahlungsansprüchen gegen die Gesellschaft.

Schon aus der gewählten **engen zeitlichen Abfolge** der wechselseitigen Einlage- bzw. Gewinnauszahlungsverpflichtungen mußte sich für den bei der Gesellschafterversammlung als Protokollführer mitwirkenden Beklagten die Frage der verdeckten Sacheinlage geradezu aufdrängen. Dies gilt um so mehr, als er die Verhandlungen mit den Neugesellschaftern geführt und hierüber zunächst das Protokoll der Besprechung vom 3.5.1993 gefertigt und sodann die Absichtserklärung (letter of intent) der Gesellschafter der K.-GmbH und der als Neugesellschafterin vorgesehenen U.-V. vom 3.6.1993 formuliert hatte. Nach dem Inhalt beider Urkunden war von Anfang an vorgesehen, daß der von den Altgesellschaftern – also den Klägern – im Ergebnis selbst zu übernehmende Teil der Kapi-

talerhöhung – zunächst geplant in Höhe von 2,5 Mio. DM, sodann reduziert auf die beurkundeten 1 Mio. DM – aus Gesellschaftsmitteln, nämlich aus Kapital- bzw. Gewinnrücklage und Jahresüberschuß bzw. Bilanzergebnis 1992 erfolgen sollte.

**Insoweit war also von vornherein eine Verrechnung der Einlageverpflichtungen der Kläger mit ihren noch festzustellenden Gewinnauszahlungsansprüchen aus dem Jahresergebnis 1992 gegen die Gesellschaft geplant, also keine Barkapitalerhöhung, sondern eine Sachkapitalerhöhung beabsichtigt, die wirksam nur unter Beachtung der Sachgründungsvorschrift § 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG vorgenommen werden konnte.** Deren Nichtbeachtung führt dazu, daß jedenfalls der schuldrechtliche Teil der **verdeckten Sachübernahmevereinbarung der Gesellschaft** gegenüber unwirksam ist (vgl. BGH, WM 1998, 925, 926).

**Die Kläger müssen also nach wie vor ihre Bar-einlage leisten, weil die vorgenommene Verrechnung unwirksam ist. Andererseits haben sie weiterhin ihren Gewinnauszahlungsanspruch gegen die Gesellschaft, laufen jedoch Gefahr, diesen nicht mehr durchsetzen zu können, wenn die Gesellschaft in Vermögensverfall gerät.**

Hierauf mußte der Beklagte die Kläger vor der Beurkundung der Kapitalerhöhung ungefragt hinweisen. Die anwaltliche Beratung hat stets den sicheren Weg aufzuzeigen. **Der sichere Weg wäre gewesen, auf die Gefahr einer verdeckten Sacheinlage und deren Folgen hinzuweisen sowie zu einer förmlichen Sachkapitalerhöhung in Höhe des Teilbetrages von 1 Mio. DM zu raten.**

Unstreitig hat der Beklagte dies unterlassen und damit schuldhaft den **anwaltlichen Beratungsvertrag schlecht erfüllt**. Ihm war nach eigener Darstellung die Problematik einer verdeckten Sachkapitalerhöhung bekannt. Jedenfalls hätte ihm als Wirtschaftsprüfer und wirtschaftsberatendem Rechtsanwalt diese Problematik bekannt sein müssen. Der Beklagte ist deshalb den Klägern aus positiver Vertragsverletzung des Anwaltsvertrages dem Grunde nach zum Schadenersatz verpflichtet.

Ohne Erfolg beruft sich der Beklagte darauf, die K.-GmbH habe ihm lediglich das eingeschränkte Mandat erteilt, die Beteiligungsverhandlungen mit den Neugesellschaftern anwaltlich zu be-

gleiten; er habe jedoch nicht den Auftrag gehabt, die Kapitalerhöhung vorzubereiten und abzuwickeln. Wie vorstehend zur Frage der Aktivlegitimation der Kläger ausgeführt, waren Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit des Beklagten nicht nur die Beteiligungsverhandlungen mit den in die GmbH aufzunehmenden Neugesellschaftern, sondern auch die im Zusammenhang damit zu beschließende Erhöhung des Stammkapitals sowie die – überwiegende – Abtretung der neu gebildeten Geschäftsanteile an die Neugesellschafter.

Seine anwaltliche Beratungstätigkeit umfaßte selbstverständlich auch die Frage, wie die Kapitalerhöhung wirksam vereinbart und die Gefahr einer verdeckten Sacheinlage vermieden werden konnte. Dies gilt um so mehr, **als der Beklagte im Rahmen der Beteiligungsverhandlungen ausgehandelt hatte, daß die Altgesellschafter einen Teil der Kapitalerhöhung von (nur) 1 Mio. DM selbst übernehmen mußten, ihre Einlagen jedoch aus Gesellschaftsmitteln – Jahresüberschuß/Bilanzergebnis 1992 – erbringen durften.**

Eine entsprechende Vorgabe machte der Beklagte dem Notar, indem er ihm mit Schreiben vom 16.6.1993 die von ihm – dem Beklagten – formulierte Absichtserklärung vom 3.6.1993 mit dem Bemerkten übersandte, der Notar könne daraus ersehen, welche Dokumente vorzubereiten seien. Sodann übersandte der Notar dem Beklagten unter dem 23.6.1993 unter Bezugnahme auf ein am Vortag geführtes Telefonat „vereinbarungsgemäß“ den Entwurf der Urkunde bezüglich der Kapitalerhöhung und den Entwurf der Urkunde bezüglich der Veräußerung von Teilübernahme-rechten, und zwar verbunden mit der Bitte, die Entwürfe eingehend zu prüfen und etwaige Änderungs- und Ergänzungswünsche mitzuteilen. Der Beklagte entsprach dieser Bitte und nahm nach eigenen Angaben Änderungen vor, die allerdings für den vorliegenden Streit unwesentlich sind, wie der Beklagte selbst ausführt.

Die Prüfung durch den Beklagten erfolgte ersichtlich noch im Rahmen des bestehenden Anwaltsvertrages und im Hinblick darauf, daß der Beklagte von der K.-GmbH beauftragt worden war, auch an der abschließenden Gesellschafterversammlung vom 28.6.1993 teilzunehmen. Seine Tätigkeit aufgrund des Anwaltsvertrages war also keineswegs mit der Vereinbarung der Konditionen für den Beitritt der Neugesellschafter abgeschlossen, sondern erst nach Beendigung der Gesellschafterversammlung vom 28.6.1993.

Entgegen seiner Darstellung **mußte der Beklagte auch damit rechnen, daß die Kläger trotz der beurkundeten Barkapitalerhöhung die Verrechnung mit der zeitgleich beschlossenen Gewinnausschüttung vornehmen würden.**

Denn – wie ausgeführt – war nach dem vom Beklagten erzielten Verhandlungsergebnis von Anfang an vorgesehen, daß die Kläger den von ihnen selbst aufzubringenden Teil der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln erbringen durften. Wenn gleichwohl insgesamt nur eine Barkapitalerhöhung beurkundet wurde, ohne im Hinblick auf den Teilbetrag von 1 Mio. DM zu differenzieren, mußte sich dem Beklagten die Gefahr einer verdeckten Sacheinlage aufdrängen, so daß er einen entsprechenden Hinweis erteilen mußte.

Unzutreffend ist die Auffassung des Beklagten, gegen die angebliche Verrechnungsabsicht spreche auch, daß die Fälligkeit der Einzahlung der übernommenen Kapitalanteile zeitlich vor der Fälligkeit der Dividendenansprüche gelegen habe. Das Gegenteil ist der Fall. Wie ausgeführt, begründet der **enge zeitliche und sachliche Zusammenhang zwischen der Fälligkeit der Bareinlage und der Fälligkeit des Gewinnausschüttungsanspruchs die tatsächliche Vermutung, daß die Verrechnung der wechselseitigen Forderungen verabredet war.**

Wie bereits das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist es zudem unerheblich, ob der Beklagte vor der notariellen Beurkundung des Kapitalerhöhungsbeschlusses von der Verrechnungsabsicht der Kläger Kenntnis hatte oder nicht.

Schließlich entlastet den Beklagten auch nicht, daß möglicherweise auch der beurkundende Notar die Problematik der verdeckten Sachgründung übersehen und insoweit nicht aufgeklärt hat.

3. Mit großer Wahrscheinlichkeit ist den Klägern durch die Falschberatung auch bereits ein **Schaden** entstanden, wird jedenfalls aber durch die eingeleiteten Maßnahmen zur Heilung der verdeckten Sacheinlage noch entstehen. Die Verpflichtung zum Schadenersatz, deren Feststellung die Kläger begehren, ist nur dann begründet, wenn tatsächlich ein Schaden mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist; die Wahrscheinlichkeit einer Schadenentstehung gehört zur materiellen Klagebegründung der Feststellungsklage (vgl. BGH, NJW 1972, 198; BGH, WM 1991, 1737, 1738).

Der Beklagte hat den Klägern sämtliche vermögensrechtlichen Nachteile zu ersetzen, die dadurch entstanden sind oder noch entstehen werden, daß die Kapitalerhöhung in Höhe des Teilbetrages von 1 Mio. DM nicht als Sacheinlage gemäß § 5 Abs. 5 Satz 1 GmbHG beurkundet worden ist. Entgegen der Auffassung des Beklagten **spricht eine Vermutung dafür, daß die Kläger bei sachgerechter Aufklärung über die Gefahr einer verdeckten Sacheinlage eine formgerechte Sachkapitalerhöhung beschlossen und beurkundet hätten.** Diese Vermutung kann der Beklagte nicht mit dem Argument entkräften, die Beurkundung als Sachkapitalerhöhung hätte die Kapitalerhöhung und die Aufnahme der Neugesellschafterin erheblich verzögert und zudem zusätzliche Kosten durch das erforderliche Testat eines Wirtschaftsprüfers zur Werthaltigkeit der Sacheinlage verursacht.

Wenn von vornherein eine Sachkapitalerhöhung beurkundet worden wäre, hätte sich jedenfalls keine Verzögerung im Hinblick auf die angestrebte Aufnahme der Neugesellschafterin und der damit verbundenen Zuführung neuen Gesellschaftskapitals ergeben. Denn die Kläger haben die Abtretung der Übernahmrechte betreffend die neu gebildeten Geschäftsanteile – soweit sie 1 Mio. DM übersteigen – an die Neugesellschafterin erst durch notarielle Urkunde vom 11.3.1994 vollzogen. Daß bis dahin nicht auch die Sachkapitalerhöhung im Hinblick auf den Erhöhungsanteil von 1 Mio. DM hätte vollzogen werden können, ist nicht ersichtlich und wird vom Beklagten auch in keiner Weise dargelegt.

**Zudem ist davon auszugehen, daß die Kläger bei sachgerechter Aufklärung über die Gefahren einer verdeckten Sacheinlage sowohl eine – ohnehin nur unwesentliche – Verzögerung und die – im Verhältnis zur Bedeutung der gesamten Kapitalerhöhung ebenfalls nur unwesentlichen – Mehrkosten in Kauf genommen hätten. Denn die Rechtsfolgen einer verdeckten Sacheinlage sind für den betroffenen Gesellschafter im Konkurs der GmbH hart.** Er bleibt zur (erneuten) Leistung der Bareinlage verpflichtet, hat aber selbst lediglich einen konkursgefährdeten bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruch, mit dem er wegen § 19 Abs. 2 GmbHG nicht aufrechnen kann (vgl. hierzu Lutter/Hommelhoff, GmbHG 13. Aufl., § 5 Rdnr. 43).

Das weitere Argument des Beklagten, auch ohne die Agio-Zahlung der Neugesellschafterin seien die Kläger seinerzeit ohne weiteres in der Lage gewesen, die neuen Stammeinlagen aus eigenen

Mitteln in bar einzuzahlen, vermag die Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts ebenfalls nicht zu entkräften. Denn dies ändert nichts daran, daß die Heilung der fehlgeschlagenen Barkapitalerhöhung (also der verdeckten Sacheinlage) durch **Umwidmung in eine formgerechte Sachkapitalerhöhung eingeleitet werden muß, um die dargestellten Folgen für die Kläger im Konkurs der Gesellschaft nach Möglichkeit zu vermeiden**. Die Kläger haben im Senatstermin vorgetragen, daß sie inzwischen Heilungsmaßnahmen eingeleitet haben. Dadurch sind mit Sicherheit bereits **Mehrkosten** entstanden und werden darüber hinaus auch noch weitere Mehrkosten entstehen, als angefallen wären, wenn sofort eine formgerechte Sachkapitalerhöhung beschlossen und beurkundet worden wäre.

Nach dem Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 4.3.1996 (vgl. BGH, DB 1996, 872 f u. Groß, GmbHR 1996, 721 f, 723) ist die **Heilung verdeckter Sacheinlagen in der GmbH durch Umwidmung der Einlagendeckung möglich**. Jedoch setzt der Ablauf des Heilungsverfahrens folgendes voraus:

a) Die nachträgliche Änderung der Einlagendeckung von der Bar- zur Sacheinlage bedarf bei der Kapitalerhöhung in der GmbH eines mit **satzungsändernder Mehrheit gefaßten Gesellschafterbeschlusses**.

b) Der Beschluß muß den **Einleger** und den **Einlagegegenstand**, der anstelle der Bareinlage erbracht wird, genau angeben.

c) Der erforderliche Bericht über die Änderung der Einlagendeckung muß von allen Geschäftsführern und den von der Änderung betroffenen **Gesellschaftern erstattet und unterzeichnet werden**.

d) Die **Vollwertigkeit der Sacheinlage** muß durch eine von einem Wirtschaftsprüfer testierte Bilanz nachgewiesen werden; Bewertungstichtag ist hierbei der Zeitpunkt unmittelbar vor Anmeldung der Umwidmung zur Eintragung im Handelsregister.

e) Der Gesellschafterbeschluß soll unter **Vorlage des Berichtes** zu c) und der **testierten Bilanz** zu d) zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.

f) Die **Geschäftsführer haben zu versichern, daß die Sacheinlage werthaltig** und der **Gesellschaft übertragen** bzw. ihr erlassen worden ist.

Es liegt auf der Hand, daß die Heilungsmaßnahmen ein komplexer Vorgang sind, an dem auch die Neugesellschafterin mitwirken muß, so daß zusätzliche Beurkundungs-, Anmeldungs- und Beratungskosten durch Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer entstehen, die nicht entstanden wären, wenn sofort eine formgerechte Sachkapitalerhöhung beschlossen und beurkundet worden wäre.

Ein **mitwirkendes Verschulden der Kläger** zur Höhe der durch die eingeleiteten Heilungsmaßnahmen bereits entstandenen oder noch entstehenden Mehrkosten **ist beim Streit über die Höhe zu berücksichtigen**, wenn der Beklagte darlegt und nachweist, daß die Kläger die Heilungsmaßnahmen zu einem früheren Zeitpunkt hätten einleiten können und müssen, und dann geringere Mehrkosten angefallen wären.

Dies bedarf deshalb im vorliegenden Feststellungsverfahren keiner Aufklärung; insbesondere bedarf in diesem Zusammenhang keiner Aufklärung, ob die Kläger bereits anlässlich der Beurkundung der späteren Sachkapitalerhöhung vom 31.8.1995 durch Einbringung von fälligen und liquiden Darlehensansprüchen der Neugesellschafterin darüber aufgeklärt worden sind, daß die Barkapitalerhöhung vom 28.6.1993 in Höhe eines Teilbetrages von 1 Mio. DM eine unwirksame verdeckte Sacheinlage darstellte, und sodann in zumutbarer Frist Heilungsmaßnahmen hätten eingeleitet werden können und müssen.

Auch wenn man diese Aufklärung/Kenntnis der Kläger unterstellt, trifft sie in keinem Fall deshalb ein überwiegendes Mitverschulden, weil sie nicht spätestens seit August 1995 Heilungsmaßnahmen eingeleitet haben. Ob und in welcher Form eine Heilung möglich ist, war umstritten und ist erstmals durch die vorstehend zitierte BGH-Entscheidung vom 4.3.1996 geklärt worden (vgl. auch Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 5 Rdnr. 46).

Der Beklagte kann den Klägern auch nicht als Mitverschuldenseinwand entgegenhalten, **die Kläger hätten sich über den eindeutigen Wortlaut der Notarurkunde, die insgesamt eine Barkapitalerhöhung vorsah, hinweggesetzt**. Denn die – unzulässige – Verrechnung mit den Gewinnausschüttungsansprüchen der Kläger ist ja gerade deshalb erfolgt, weil der Beklagte die Kläger nicht sachgerecht über die Problematik der verdeckten Sachgründung aufgeklärt hat.

## Steuerberaterhonorar

Allerdings mußten die Kläger unverzüglich nach Kenntniserlangung von der fehlgeschlagenen Barkapitalerhöhung, die sie nach ihrer Darstellung erst im Juni 1996 anlässlich der anwaltlichen Beratung im Zusammenhang mit dem Ausscheiden des Klägers zu 2) aus der Gesellschaft erhalten haben, unverzüglich Heilungsmaßnahmen einleiten. Insoweit traf sie eine Schadenminderungspflicht (§ 254 BGB).

**Sollten den Klägern dadurch, daß Heilungsmaßnahmen möglicherweise erst im Jahre 1998 eingeleitet worden sind, Mehrkosten gegenüber früher möglichen Heilungsmaßnahmen entstehen, gehen diese nicht oder jedenfalls nicht voll zu Lasten des Beklagten.** Auch dies ist jedoch unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens bzw. der Schadenminderungspflicht eine Frage des Umfangs bzw. der Höhe des geschuldeten Schadenersatzes und bedarf im vorliegenden Feststellungsklageverfahren keiner Aufklärung.

4. Die von den Klägern geltend gemachten Schadenersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung des Anwaltsvertrages sind auch nicht verjährt. **Nach § 51b BRAO verjähren die Ansprüche des Mandanten auf Schadenersatz gegen den Rechtsanwalt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist, spätestens jedoch drei Jahre nach Beendigung des Auftrages.** Als Folge der fehlerhaften Beratung sind die streitgegenständlichen **Schadenersatzansprüche mit der fehlerhaften Beurkundung der Barkapitalerhöhung vom 28.6.1993 entstanden.**

Wie bereits vorstehend ausgeführt, war die anwaltliche Beratungstätigkeit des Beklagten erst mit der Beendigung der Gesellschafterversammlung vom 28.6.1993, an der er als Protokollführer und Berater der K-GmbH beteiligt war, beendet. Somit ist durch die am **28.6.1996** – zur Unterbrechung der Verjährung – **eingereichte Feststellungsklage die Verjährung rechtzeitig gemäß § 209 Abs. 1 BGB unterbrochen worden.**

Die am 19.7.1996 erfolgte Zustellung der Klageschrift von Anwalt zu Anwalt ist „demnächst“ i.S.d. § 270 Abs. 3 ZPO erfolgt. Die Klageschrift wurde am 3.7.1996 zum Kostenansatz vorgelegt. Am 4.7.1996 wurde die Kostennachricht verfügt. Bereits am 5.7.1996 wurde der eingeforderte Kostenvorschuß von den Klägern eingezahlt. Unter diesen Umständen erfolgte die Zustellung der Klageschrift an die Anwälte des Beklagten vom 19.7.1996 „demnächst“ i.S.d. § 270 ZPO. (...)

- Aufrechnung mit Honorarforderung
- Voraussetzungen: Vollwirksamkeit und Fälligkeit

(OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.6.1997 – 13 U 92/96)

### Leitsatz:

Mit einer Honorarforderung des Steuerberaters, die wegen fehlender Einzelangaben (hier: kein Hinweis auf § 13 StBGebV bei Ansatz einer Zeitgebühr) in unverjährter Zeit nicht klagbar war, kann nach Eintritt der Verjährung nicht wirksam die Aufrechnung erklärt werden.

### Aus den Gründen:

Die Berufung der Beklagten ist nicht begründet.

#### I.

Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, das vom Kläger an den Steuerberater R. auf dessen Gebührenrechnung vom 13.12.1989 gezahlte Honorar in Höhe von 4.960 DM zu erstatten.

Mit ihrer Berufung macht die Beklagte lediglich geltend, daß die Klageforderung durch Aufrechnung erloschen sei.

#### II.

Eine aufrechenbare Gegenforderung steht der Beklagten indessen nicht zu. **Nach § 390 Satz 2 BGB ist zwar die Aufrechnung mit einer verjährten Forderung möglich, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war.** Mangels Aufrechnungslage in unverjährter Zeit ist es der Beklagten jedoch verwehrt, mit ihrem Honoraranspruch aus der Rechnung vom 10.4.1992 wirksam aufzurechnen. **Die Gegenforderung, mit der ein Schuldner aufrechnet, muß vollwirksam und fällig sein; es muß sich um eine Forderung handeln, deren Erfüllung erzwungen werden kann** (Palandt/Heinrichs, § 387 BGB Rdnr. 11). Diese Voraussetzungen waren für die von der Beklagten zur Aufrechnung gestellte Forderung in unverjährter Zeit nicht erfüllt.

Mit ihrer Rechnung vom 10.4.1992 verlangt die Beklagte jeweils eine Zeitgebühr für die Tätigkeiten „Einrichtung der Buchführung“, „Übernahme der Jahresverkehrszahlen 1986“

und „Prüfung der Buchführung und Berichtigung der Fremdbuchhaltung“. **Die Geltendmachung einer Zeitgebühr verlangt indessen die Angabe der Gebührenvorschrift für die erledigte Angelegenheit** (diese Voraussetzung ist in der Rechnung der Beklagten erfüllt) **sowie die Anführung von § 13 StBGebV** (dieser Hinweis fehlt in der Rechnung der Beklagten; vgl. *Senat, Urt. v. 22.4.1993 - 13 U 177/92, GI 1993, 398 m.w.N.*).

**Für die Geltendmachung einer Zeitgebühr ist ein Hinweis auf § 13 StBGebV erforderlich, um die Höhe der Gebühr ermitteln zu können** (*Senat, Urt. v. 27.5.1993 - 13 U 201/92, GI 1994, 58*). Wegen dieses Mangels der Gebührenrechnung war die Honorarforderung der Beklagten in unverjährter Zeit nicht durchsetzbar. Da die Honorarforderung der Beklagten bisher nicht einklagbar war und nunmehr auch verjährt ist, hat eine Aufrechnungslage zu keiner Zeit bestanden.

## Steuerberaterhonorar

- Honorarvereinbarung, § 4 StBGebV
- Mündliche Nebenabreden - Rückwirkung (*OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.6.1997 - 13 U 124/96*)

### Leitsatz (d.Red.):

Wurde die Honorarvereinbarung schriftlich für zukünftige Leistungen getroffen, so kann die Behauptung des Steuerberaters, mündlich sei die Rückwirkung der Vereinbarung getroffen worden, auf sich beruhen. Denn gemäß § 4 StBGebV müssen höhere Vergütungen schriftlich vereinbart werden.

### Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung ist nicht begründet. Das Landgericht hat richtig entschieden.

#### I.

Der Honoraranspruch des Klägers ist, unabhängig davon, ob er ihm dem Grunde und der Höhe nach zusteht, nicht einforderbar und klagbar.

Der Kläger ist gemäß seinem Klagevorbringen für die Beklagte steuerberatend tätig geworden. In der Vereinbarung vom 29.3./26.4.1993 haben die Parteien folglich auch auf die Allgemeinen

Auftragsbedingungen für Steuerberater, Steuerbevollmächtigte und Steuerberatungsgesellschaften Bezug genommen.

**Ein Steuerberater kann seine Vergütung nach § 9 Steuerberatergebührenverordnung (StBGebV) aber nur aufgrund einer von ihm unterzeichneten und dem Auftraggeber mitgeteilten Berechnung einfordern.** Eine solche Rechnung hat der Kläger nicht zu den Gerichtsakten gereicht.

#### II.

Selbst wenn der Kläger eine Rechnung entsprechend den Anforderungen des § 9 StBGebV erteilt haben sollte, kann seine Berufung keinen Erfolg haben.

1. In der Vereinbarung vom 29.3./26.4.1993 hat der Kläger seine Bereitschaft erklärt, die Beklagte bei der **Konzeption von privaten Betreibermodellen für Kläranlagen und bei der Entwicklung von Sonderformen der Finanzierung kommunaler Investitionen** zu unterstützen.

**Die Beklagte verpflichtete sich, die anstehende Durchführung von steuerlichen Modellrechnungen mit einer Zeitgebühr von 250 DM und weitergehende Leistungen - je nach Qualifikation des eingesetzten Bearbeiters - mit Gebührensätzen zwischen 200 DM und 400 DM pro Stunde zu vergüten.**

Die Behauptung des Klägers im Berufungsrechtszug, für die nicht als steuerliche Modellrechnungen zu bezeichnenden Leistungen hätten die festgelegten Stundentarife von 200 DM bis 400 DM gelten sollen, und zwar unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem 29.3.1993 erbracht worden seien, steht schon im Widerspruch zum Wortlaut der schriftlichen Vereinbarung. Dort heißt es nämlich, der Kläger sei „gerne ... bereit“, die Beklagte „bei der Konzeption von privaten Betreibermodellen für Kläranlagen und bei der Entwicklung von Sonderformen der Finanzierung kommunaler Investitionen zu unterstützen“.

Wenn der Kläger am 29.3.1993 seine Bereitschaft erklärt, beratend tätig zu werden, so kann es nur um zukünftige Leistungen gehen. An keiner Stelle der Vereinbarung ist davon die Rede, daß er bereits in der Vergangenheit Leistungen für die Beklagte erbracht habe und daß dafür ein Honorar nach Maßgabe der für die Zukunft getroffenen Regelung zu zahlen sei.



Ob die Behauptung des Klägers, dies sei dennoch mündlich vereinbart worden, zutrifft, kann auf sich beruhen. Denn nach § 4 StBGebV kann der Steuerberater eine höhere Vergütung, als sie sich aus der Steuerberatergebührenverordnung und den gesetzlichen Vorschriften über den Auslagenersatz ergibt, nur fordern, wenn die Erklärung des Auftraggebers schriftlich abgegeben worden ist. Diese Voraussetzung liegt aber, soweit es um Leistungen vor dem 26.4.1993 geht, nicht vor.

2. Ein etwaiger Honoraranspruch für die Vergangenheit, den der Kläger auf der Grundlage der Steuerberatergebührenverordnung verlangen könnte, ist mangels ordnungsgemäßer Berechnung nicht einforderbar und klagbar. (...)

## Steuerberaterhaftung

- Fahrtenbuch

- Kausalität

(KG Berlin, Urt. v. 20.1.1999 - 13 U 4044/97)

### Leitsätze (d.Red.):

1. Die angeblich unterlassene Belehrung über die Notwendigkeit der Führung eines Fahrtenbuchs ist für die Steuermehrbelastung nicht kausal, wenn der Kläger auch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung kein Fahrtenbuch führt und somit die angeblich 100%ige Abzugsmöglichkeit der Kfz.-Kosten nicht nutzt.

2. Es erscheint wenig überzeugend, daß ein Chirurg jeden Tag ausnahmslos vor und nach seiner Praxistätigkeit Krankenbesuche macht.

### Aus den Gründen:

Das widersprüchliche und unsubstantiierte Vorbringen der Kläger ist auch nach wesentlicher Änderung der von ihnen gegen die Beklagte erhobenen Vorwürfe weiterhin unschlüssig, so daß ihre Berufung gegen das ihre Klage auf Schadenersatz abweisende Urteil des Landgerichts B. unbegründet ist.

In der Klageschrift vom 10.12.1996 hatten die Kläger zur Anspruchsbegründung u.a. noch ausgeführt, daß abweichend von der bisherigen Praxis und ohne Rücksprache mit ihnen die Beklagte bei den Steuererklärungen für 1991,

1992, 1993 und 1994 einen Privatanteil von 30% trotz ausschließlicher Nutzung des vom Kläger zu 1) ausschließlich zur Ausübung seines Berufs als Chirurg eingesetzten PKW angesetzt habe. Hätte der Beklagte auf die neuerliche Praxis hingewiesen, so wäre der Kläger zu 1) bereit gewesen, ein Fahrtenbuch vorzulegen, aus dem sich die ausschließliche geschäftliche Nutzung des auf ihn zugelassenen PKW ergeben hätte. Tatsächlich hat der Kläger zu 1) in den hier maßgeblichen Steuerjahren überhaupt kein Fahrtenbuch geführt, das er angeblich zur zumindest teilweisen Korrektur der nachträglich geänderten Steuerbescheide in einem Einspruchsverfahren hätte vorlegen können.

In ihrem Schriftsatz vom 29.7.1997 haben die Kläger im Berufungsverfahren hierzu vorgetragen, daß der Kläger zu 1) einige Jahre (bis 1985) ein Fahrtenbuch geführt habe. Nachdem er sich persönlich an seine „Steuerstelle“ gewandt habe, sei im dort erklärt worden, dies sei im Hinblick auf die jahrelang ausgeübte Praxis nun nicht mehr erforderlich. Daraufhin habe er von sich aus die Führung des Fahrtenbuches eingestellt. Dementsprechend sei, ohne daß ein Fahrtenbuch geführt worden sei, ein Eigenverbrauch in den Steuererklärungen für 1991, 1992 und 1993 nicht angegeben worden.

In erster Instanz wurde der Schadenersatzanspruch u.a. noch damit begründet, daß die Beklagte ohne Rücksprache einen Privatanteil von 30% in die Steuererklärungen für 1991 ff eingesetzt habe.

Hinsichtlich des Fahrtenbuches wird der von den Klägern gegen die Beklagte erhobene Vorwurf nicht nachvollziehbar und ist für die Begründung eines Schadenersatzanspruchs ungeeignet, nachdem der Kläger zu 1) einen fehlenden Hinweis auf die Notwendigkeit der Führung eines Fahrtenbuches als Steuerberaterverschulden bei der hier ausschließlich auf sein Verhalten nach 1985 beruhenden Fallgestaltung bezeichnet, **jedoch nach Kenntniserlangung von der steuerlichen Praxis selbst heute noch nach seinen Angaben in der mündlichen Verhandlung vom 20.1.1998 kein Fahrtenbuch führt und somit die angeblich 100%ige steuerliche Absetzung der Kraftfahrzeugkosten nicht nutzt.**

Wie die Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 20.1.1998 erklärt haben, hat ihr – rechtzeitig eingelegter – Einspruch gegen den Steuerbescheid für 1994 nur zu einer Herabsetzung des Privatanteils geführt. **Unbeschadet der un-**

**bekannt gebliebenen Gründe des Änderungsbescheides wäre es im Hinblick auf die steuerliche Gleichbehandlung der Bürger ohne nähere Darlegungen schwer nachvollziehbar, daß bei einem Arzt der Weg von der Wohnung zur Arbeitsstelle (Praxis) und zurück zur 100%igen steuerlichen Absetzung führen kann, wenn der Weg zur und von der Arbeitsstelle mit einem Krankenbesuch verknüpft wird.**

Abgesehen davon erscheint es wenig überzeugend, daß ein Chirurg jeden Tag ausnahmslos vor Beginn und nach Beendigung seiner Praxis-tätigkeit Krankenbesuche macht.

Seit wann die Beklagte für den Kläger zu 1) oder die Kläger tätig gewesen ist, haben diese nicht vorgetragen. Die Entscheidung, seit 1985 kein Fahrtenbuch mehr zu führen, die vom Kläger auch jetzt noch aufrechterhalten wird, beruht auf einer eigenen Entschließung des Klägers zu 1) nach Rücksprache mit seiner „Steuerstelle“, offenbar also dem für ihn zuständigen Finanzamt und nicht auf Veranlassung der Beklagten. Nachdem der Kläger zu 1) für die Nutzung des PKW jahrelang überhaupt keine Steuern entrichtet hat, läßt sich der Vorwurf der Kläger von der umfassenden Pflicht der Beklagten, sie auf „die Möglichkeit der Steuerersparnis hinzuweisen und diese Interessen gegenüber dem Finanzamt auch durchzusetzen“, in bezug auf ihr Schadenersatzbegehren nicht einordnen.

Nachdem das Finanzamt auf eigene Empfehlung das Nichtführen eines Fahrtenbuches hingenommen hat, hätte für die Beklagte allenfalls dann eine Hinweispflicht bestanden, zukünftig wieder ein Fahrtenbuch zu führen, wenn eine entsprechende gesetzliche Regelung oder eine bekanntgewordene Anweisung der Finanzbehörden an die Finanzämter vorgelegen hätte und nicht etwa eine Änderung der Praxis eines Finanzamts oder auch nur eines Sachbearbeiters. Zu einer etwaigen gesetzlichen Regelung oder Dienstanweisung haben die Kläger nichts vorge-tragen.

Da die ungünstige steuerliche Behandlung der Kläger in Abänderung früherer Bescheide, also nachträglich erfolgt ist, fehlt es an einem der Beklagten vorwerfbaren Verhalten. Auf die Tatsache, daß der Kläger zu 1) ein Fahrtenbuch selbst jetzt noch nicht führt, ist bereits oben eingegangen worden. Hinsichtlich des zurück-liegenden Zeitraumes haben die Kläger im Schriftsatz vom 20.3.1997 selbst darauf hinge-wiesen, daß es ihnen unmöglich gewesen sei,

durch Anfertigung der entsprechenden Aufzeichnungen eine „tatsächlich ausschließlich geschäftsmäßige Benutzung“ des PKW darzutun.

**Ein Erfolg eines - unterlassenen - Einspruchs gegen die Änderung der Steuerbescheide früherer Jahre läßt sich damit nicht begründen.**

In den geänderten Steuerbescheiden hat das Finanzamt die Fahrt des Klägers zu 1) von seiner Wohnung zur Praxis nach den hierfür maßgeblichen steuerlichen Vorschriften als steuermindernd abzugsfähig berücksichtigt, so daß insoweit ein Schaden nicht vorliegt.

Die Kläger haben allerdings bei der Begründung der Klageforderung von 12.513 DM nicht bemerkt, daß die Steuernachforderung gemäß den nachträglich geänderten Steuerbescheiden teilweise auch auf von je 4.104 DM auf 2.052 DM gesenkten Kinderfreibeträgen beruht. Dies betrifft auch den entsprechenden Solidaritätszuschlag auf die sich darauf beziehende Steuer-mehrbelastung.

Somit ist die Klageforderung auch der Höhe nach unschlüssig vorgetragen.

## GI Hinweis

**Der Standard-Kommentar zum AGB-Gesetz von Wolf und anderen wird in völlig neu bearbeiteter 4. Auflage vorgelegt.**

Hier wird das gesamte Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen umfassend dargestellt. Auch eine umfangreiche Bearbeitung der Richtlinie für mißbräuchliche Klauseln wird vorgelegt.

§ 9 AGB-Gesetz enthält wieder ein umfassendes ABC der Klauseln und Vertragstypen – von A wie Abtretungsverbot bis Z wie Zulieferungsverträge. Eingearbeitet wurden auch die Geschäftsbedingungen von Telekommunikationsdienstleistungen und die Neuregelung des Kaufmannsbegriffs.

Prof. Dr. Manfred Wolf/Prof. Dr. Norbert Horn/  
Prof. Dr. Walter F. Lindacher: AGB-Gesetz, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kommentar – 4., völlig neu bearbeitete Auflage 1999; Verlag C.H. Beck, 2.186 Seiten, in Leinen gebunden, DM 288,-/OES 2.102,-/SFR 256,-, ISBN 3-406-44593-4

# Stichwort- und Entscheidungsverzeichnis

## Heft 1

### Aufrechnung

- Honorarforderung  
= Fälligkeit, Vollwirksamkeit 2000, 23

### Belehrungspflicht des StB/WP

- Fahrtenbuch  
= Belehrung, unterlassene 2000, 25

### Beweislast

- Kausalität  
= Fahrtenbuch 2000, 25

### Dritthaftung

- Sacheinlage, verdeckte  
= Anwaltsfehler 2000, 12  
= Umwidmung 2000, 12
- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter  
= Anwaltsvertrag 2000, 12  
= Kapitalerhöhung GmbH 2000, 12

### Fristenkontrolle

- Aktenvorlage 2000, 9
- Fristenüberwachung durch RA  
= > bei Vorfristablauf 2000, 9
- Fristversäumnis, unverschuldetes  
= Postlaufzeit 2000, 5
- Vorfrist 2000, 9

### GI Aktuell

- Postlaufzeiten 2000, 5
- Sozialversicherungsbeitrag  
= Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld 2000, 3
- Umsatzsteuer  
= Befreiung, Rechtsform 2000, 4  
= Leistung, ärztliche 2000, 4  
= Heileurythmisten, § 4 Nr. 14 UStG 2000, 2
- Wiedereinsetzung  
= Postlaufzeit 2000, 5

### GmbH

- Sacheinlage, verdeckte  
= Anwaltsfehler 2000, 12  
= Umwidmung 2000, 12

### Honoraranspruch des StB/WP

- Aufrechnung  
= Einforderbarkeit, fehlende 2000, 23
- Honorarvereinbarung  
= >, mündliche 2000, 24  
= Inhalt der > 2000, 24

### Kausalität

- > zwischen Pflichtwidrigkeit und Schaden  
= Fahrtenbuch 2000, 25

### Rechtsberatung/Rechtsbesorgung

- Ergebnisabführungsvertrag 2000, 5
- Pflicht zur Hinzuziehung eines RA 2000, 5
- Schadenersatz wg. verbotener > 2000, 5
- Steuerberatungsvertrag 2000, 5

### Steuerberatungsvertrag

- Betreuungspflicht  
= Rechtsberatungsauftrag 2000, 5
- Haftung, Steuerberatungsfehler 2000, 5
- Nichtigkeit, § 134 BGB 2000, 5
- Rechtsberatung, unerlaubte 2000, 5

### Verjährung, § 68 StBerG, § 51a WPO

- Belehrung über eigene Fehler und Verjährungsvorschrift, Sekundäranspruch  
= Anlaß für > 2000, 5  
= Ende der >, Beratung durch neuen StB 2000, 5

### Verjährungsunterbrechung

- Mahnbescheid 2000, 10
- Zustellung „demnächst“ 2000, 10

- BVerfG v. 11.1.1995 - 1 BvR 892/88 2000, 3
- BVerfG v. 29.10.1999 - 2 BvR 1264/90 2000, 2
- BVerfG v. 10.11.1999 - 2 BvR 2861/93 2000, 4
- BVerfG v. 11.11.1999 - 1 BvR 702/99 2000, 5

- BGH v. 27.5.1999 - VII ZR 24/98 2000, 10
- BGH v. 17.6.1999 - IX ZB 32/99 2000, 9
- BGH v. 30.9.1999 - IX ZR 139/98 2000, 5

- OLG Düsseldorf v. 12.6.1997 - 13 U 92/96 2000, 23
- OLG Düsseldorf v. 12.6.1997 - 13 U 124/96 2000, 24
- OLG Düsseldorf v. 29.10.1998 - 6 U 185/97 2000, 12

- KG Berlin v. 20.1.1999 - 13 U 4044/97 2000, 25

Anwaltshaftung • Klageanspruch •  
Berufung • Streitgegenstand (BGH);  
Kaufvertragsberatung • Bonität des  
Käufers zweifelhaft (BGH);  
Notarhaftung • Subsidiarität •  
Ersatzmöglichkeit (BGH);  
Kauf einer Steuerberaterpraxis •  
Nichtigkeit • Mandatsübernahme  
(OLG Düsseldorf);  
Mediation/Schlichtungsmandat •  
Honoraranspruch • Gefahr der  
Interessenkollision • Neutralität  
(OLG Hamm);

Steuerberaterhaftung • Verjährung •  
Sekundäranspruch • Anerkenntnis  
des Regreßanspruchs • Unzulässige  
Rechtsausübung (OLG Zweibrücken);  
Lohnabrechnung • Haftungsbescheid  
gegen Arbeitgeber • Rückforderungs-  
anspruch gegen Arbeitnehmer •  
Regreß gegen StB? (KG Berlin)

und aktuelle Entscheidungen, die  
von besonderer Bedeutung sind.



#### BEIHEFTER:

Reicht meine Altersversorgung wirk-  
lich aus? Eine Frage, die sich viele  
Menschen heutzutage stellen.  
Eine Lösung bietet der Gerling AS-  
Fonds. Hier lassen sich die ertrag-  
reiche Anlagepolitik angloamerikani-

scher Pension Funds mit den Vorzügen  
von Investmentfonds kombinieren.  
Doch Sicherheit hat oberste Priorität,  
dafür sorgen eine breite Risiko-  
streuung und strenge gesetzliche  
Vorschriften.

#### IMPRESSUM

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

#### Herausgeber:

Gerling  
Marketing Freie Berufe  
50597 Köln  
Telefon: (02 21) 1 44-40 70  
Telefax: (02 21) 1 44-51 55

#### Redaktion:

Dr. Jürgen Gräfe, Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für Steuerrecht  
(verantwortlich für den Inhalt)

#### Erscheinungsweise:

12 mal im Jahr, jeweils am  
10. des Monats

#### Verlag:

Verlag Dr. Otto Schmidt KG,  
Unter den Ulmen 96-98, 50968 Köln

#### Layout und Satz:

Type Connection,  
Bonner Straße 48, 50374 Erftstadt

#### Druck:

Westholsteinische Verlagsdruckerei  
Boyens & Co.,  
Wulf-Isebrand-Platz 1-3, 25746 Heide

#### Bezugsmöglichkeiten:

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