

INHALT:

Editorial	Seite 80
GI Aktuell	Seite 80
GI Leitsätze	Seite 81, 104
Fristenkontrolle Postausgang, Postausgangsbuch / Organisationsanweisungen (BGH, Urt. v. 11.1.2001 - III ZR 148/00)	Seite 82
Fristenkontrolle Fehler der erfahrenen Bürokraft / Aktenvorlage beim Anwalt (BGH, Beschl. v. 23.11.2000 - IX ZB 83/00)	Seite 84
Wiedereinsetzung Zustellung ins Ausland / Kein Zustellungsbevollmächtigter (BGH, Beschl. v. 24.7.2000 - II ZB 20/99)	Seite 85
Anwaltshaftung Änderungskündigung / Krankheit des Arbeitnehmers / Beeinträchtigung betrieblicher Interessen (BGH, Urt. v. 27.1.2000 - IX ZR 45/98)	Seite 88
Steuerberaterhaftung Belehrungspflichten / Gestaltungsalternativen / Kausalität / Beweis der Kausalität (OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.3.2000 - 10 U 224/99)	Seite 93
Notarhaftung Belehrungspflicht zur Schenkungsteuer (OLG Oldenburg, Urt. v. 18.6.1999 - 13 U 16/99)	Seite 98
Notar Vollzugsreife / Vollzugsauftrag / Streit unter den Vertragsparteien (OLG Köln, Urt. v. 19.5.1999 - 2 Wx 18/99)	Seite 99
Steuerberaterhaftung Schlüssige Schadendarlegung / Aufteilung von Steuernach- zahlung auf Gesellschafter / Möglichkeit der Richtigstellung / Fehlende Kenntnis der Tantiemeregulierung / Nachträgliche Änderung? (OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.10.1998 - 13 U 26/97)	Seite 101



Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

der BGH zeigt, wann Fristversäumnisse dem Berater nicht zugerechnet werden: Das **Postausgangsfach kann u.U. das Postausgangsbuch – nicht das Fristenkontrollbuch – ersetzen**. Im Entscheidungsfall hatte der Rechtsanwalt den von ihm unterzeichneten Schriftsatz kuvertiert und in dem Postfach abgelegt. Alle dort liegenden Schriftstücke wurden aufgrund einer Anweisung von Mitarbeitern am selben Tag frankiert und zur Post gebracht. Die nicht fristgerechte Ankunft des Schriftsatzes kann allein auf einem Versehen eines Büromitarbeiters oder der Postbeförderung beruhen. Für beides ist der Anwalt nicht verantwortlich.

In einem anderen Fall hatte der Anwalt eine Frist richtig berechnet. Die erfahrene und erprobte **Bürokraft berechnete erstmals eigenmächtig die Frist**, beging dabei einen Fehler und trug „ihre“ Frist im Fristenkontrollbuch ein. Auch dieser Fehler kann dem Rechtsanwalt nicht zugerechnet werden. Er durfte sich darauf verlassen, dass ihm die Akte zu der von ihm berechneten Frist vorgelegt wird.

Der dritte Sachverhalt befasst sich mit einer **verlorenen Briefsendung – ein Versäumnisurteil – ins Ausland**.

Das OLG Karlsruhe hat einen Steuerberaterregress entschieden, in dem es um die angeblich steuerschädliche **Konstruktion der Aufspaltung eines Bauunternehmens** ging. Diese war von dem **Vorberater entwickelt und dessen Nachfolgeberater fortgeführt** worden. Das OLG weist zu Recht darauf hin, dass der neue Steuerberater nicht die zurückliegenden steuerrelevanten Entscheidungen der Vorgänger prüfen muss. Hierfür hat er i.d.R. kein Mandat und erhält kein Honorar. Erkennt der neue Berater aber **offenkundige steuerliche Fehlentscheidungen**, trifft ihn eine Pflicht, darauf hinzuweisen. Hat er dies unterlassen, bleibt die Frage, ob ein **beratungskonformes Verhalten** des Mandanten zu vermuten ist. Bestehen bei geänderter Konstruktion aber nicht nur steuerliche Vorteile, sondern auch Nachteile und können auch außersteuerliche Motive und Überlegungen eine Rolle gespielt haben, trifft ihn die Beweislast für sein Verhalten nach der Belehrung.

Den **Notaren** ist bekannt, dass sie ihre **Neutralitätspflicht** gegenüber den Beteiligten nicht verletzen dürfen. Das OLG Oldenburg entlastete mit diesem Hinweis den beklagten Notar, der es versäumt haben sollte, die Beteiligten auf **die erbschaftssteuerlich günstigere Möglichkeit einer Kettenschenkung** hinzuweisen. Im Entscheidungsfall hätte diese Beratung Konflikte unter den Beteiligten verursacht.

Zu diesem Thema gehört auch ein Urteil des OLG Köln: Der beurkundete Vertrag war vollzugsreif; ein Beteiligter nahm den Vollzugauftrag zurück und behauptete, der Vertrag sei wegen einer **„Schwarzgeldabrede“** nichtig. Diesen Streit hatte der Notar nicht zu lösen. Der Antrag auf Eigentumsumschreibung war von ihm an das Grundbuchamt zu schicken.

Das OLG Düsseldorf stellt klar, dass **fehlende Tantiemevereinbarungen** nicht mehr nach deren Auszahlung getroffen werden können.

Zum Abschluss eine erfreuliche Mitteilung zur neuen CD-ROM von Gerling und Deutscher Ausgleichsbank „Existenzgründung in Freien Berufen“: Sie ist auf dem Markt und wird sehr gut abgesetzt. Es ist gesichert, dass die Erwerber durch Updates immer auf dem aktuellen Stand sind. Bestell-Informationen erhalten Sie unter der Fax-Nr. (02 21) 144-5155.



Mit freundlichen Grüßen
Ihr Dr. Jürgen Gräfe

GI Aktuell

BFH: Geschlossener Immobilienfonds als Verlustzuweisungsgesellschaft

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 21.11.2000 – IX R 2/96 einen geschlossenen Immobilienfonds mit der Folge als Verlustzuweisungsgesellschaft beurteilt, dass die Anleger die ihnen zugewiesenen Verluste nicht als negative Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung abziehen durften. Der Entscheidung lag eine allerdings außergewöhnliche Fallgestaltung zugrunde:

Ein Kreditinstitut hatte im Jahre 1979 ein Notleidendes Immobilienobjekt in eine Kommanditgesellschaft eingebracht und anschließend mit Hilfe anderer Personen deren Umwandlung in eine Publikumsgesellschaft (geschlossener Immobilienfonds) betrieben. Nach der – auch aus dem Verkaufsprospekt erkennbaren – Finanzierungskonzeption des Fonds war davon auszugehen, dass auf insgesamt rd. 65 Mio. DM Fremdkapital keine Tilgung und auf einen Teil von 50 Mio. DM auch keine Zinsen gezahlt werden würden, da die vereinbarte Mindestmiete von 4,8 Mio. DM die laufenden Ausgaben des Fonds nicht decken würde. Deshalb war eine weitere laufende Kreditlinie notwendig, die mit einer zweiten Hypothek abzusichern war. Dieses zweite Darlehen sollte innerhalb eines Zeitraums von etwa zehn Jahren – nämlich bis zum Jahre 1990 – auf rd. 45 Mio. DM ansteigen.

Zum 31.12.1990 war den Anlegern das Recht eingeräumt worden, ihre Beteiligung gegen Zahlung eines bankgarantierten Auseinandersetzungsguthabens an einen Gründungsgesellschafter zu übertragen. Nach vergeblichen Rettungsversuchen war das Immobilienobjekt des Fonds dann im Jahre 1990 zu einem Betrag von (nur) rd. 30 Mio. DM versteigert worden.

Auf die Klage mehrerer Anleger war das Kreditinstitut im Jahre 1993 verurteilt worden, diesen Anlegern gemäß § 826 des Bürgerlichen Gesetzbuches Schadenersatz zu zahlen, da das Kreditinstitut ihnen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt habe, indem es aus eigennützigen Motiven die Gründung der Kommanditgesellschaft betrieben sowie deren Umwandlung in eine Publikumsgesellschaft ermöglicht hatte.

Der BFH hat entschieden, dass ein geschlossener Immobilienfonds, für den interessierte Kapitalanleger mit dem Versprechen von Ein-

kommensteuerminderungen durch Verlustzuweisungen geworben und nach dessen Ergebnisvorschau die Kapitaleinlagen im Wesentlichen durch Steuerersparnisse finanziert werden, **jedenfalls dann als Verlustzuweisungsgesellschaft zu beurteilen ist, wenn der Fonds aufgrund einer absehbaren maßgebenden Überschuldung nicht dauerhaft überlebensfähig ist und (daher) mit einem Ausscheiden seiner Gesellschafter aufgrund einer diesen eingeräumten Verkaufsoption zu einem Zeitpunkt rechnen muss, zu dem nach der Konzeption des Fonds kein Gesamtüberschuss erzielt werden kann.**

(BFH, Urt. v. 21.11.2000 – IX R 2/96)

Pressemitteilung d. BFH v. 22.2.2001

BFH: Keine Anrechnung von Erziehungsurlaub auf die Dauer der für die Zulassung zur Steuerberaterprüfung erforderlichen berufspraktischen Tätigkeit

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 5.12.2000 – VII R 18/00 entschieden, es verstoße nicht gegen das gemeinschaftsrechtlich geregelte **Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts** und den grundgesetzlich geregelten **Gleichberechtigungsgrundsatz**, dass der Erziehungsurlaub nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz nicht auf die Dauer der für die Zulassung zur Steuerberaterprüfung nachzuweisenden berufspraktischen Tätigkeit angerechnet wird.

Eine Steuerfachgehilfin hatte gegen die ihr erteilte verbindliche Auskunft, wann sie zur Steuerberaterprüfung zugelassen wird, Klage beim Finanzgericht (FG) erhoben. Dieses gab der Klage insoweit statt, als es das Finanzministerium verpflichtete, eine verbindliche Auskunft dahin gehend zu erteilen, dass als **praktische Tätigkeit i.S.v. § 36 Abs. 2 Nr. 1 des Steuerberatungsgesetzes (StBerG)** die Zeit des Mutterschaftsurlaubs berücksichtigt werde. Soweit die Klägerin auch die Berücksichtigung ihres Erziehungsurlaubs begehrte, wies das FG die Klage jedoch ab.

Im Revisionsverfahren vor dem BFH berief sich die Klägerin auf das Diskriminierungsverbot und den Gleichberechtigungsgrundsatz. Da sowohl der geleistete Grundwehrdienst als auch die Zivildienstzeit auf die erforderliche Dauer der berufspraktischen Tätigkeit angerechnet würden, müsse dies auch für den Erziehungsurlaub gelten. Dieser Argumentation ist der BFH nicht gefolgt.

In der Nichtanrechnung des Erziehungsurlaubs liege keine unmittelbare Diskriminierung von Frauen, weil die Regelung des § 36 Abs. 2 Nr. 1 StBerG nicht an das Geschlecht anknüpfe. Die Vorschrift diskriminiere Frauen auch nicht mittelbar, weil sie allgemein gelte und nicht überwiegend Frauen treffe.

In Bezug auf den im bestimmten Umfang anrechenbaren Wehr- bzw. Zivildienst bestehe der wesentliche Unterschied gegenüber dem Erziehungsurlaub darin, dass **der Wehrdienst bzw. Zivildienst auf gesetzlichem Zwang beruhe**, während die Inanspruchnahme von Erziehungsurlaub in Bezug auf das „Ob“ und „Wie“ von der Entscheidung und den persönlichen Umständen der betreffenden Eltern abhängt.

Ob aus gesellschaftspolitischen Gründen unter Umständen in Zukunft auch der Erziehungsurlaub auf die Dauer berufspraktischer Tätigkeit angerechnet werden solle, müsse der Gesetzgeber entscheiden.

(BFH, Urt. v. 5.12.2000 – VII R 18/00)

Pressemitteilung d. BFH v. 1.3.2001

GI Leitsätze

Steuerberaterhaftung/Stundungsmöglichkeit

1. Einem Steuerberater kann nicht angelastet werden, einen gefahrlosen und sicheren Weg zur Erreichung der begehrten Steuerstundung versäumt zu haben, wenn die Finanzverwaltung bei Verwirklichung dieses Konzepts nach dem Inhalt der einschlägigen Verwaltungsvorschriften gehalten gewesen wäre, die zunächst gewährte Stundung nachträglich zu widerrufen.

2. Nach Beendigung des Mandatsverhältnisses ist der Steuerberater nicht verpflichtet, namens und im Interesse eines früheren Mandanten Rechtsbehelfe einzulegen.

(OLG Saarbrücken, Urt. v. 1.3.2000 – 1 U 130/99-25, rkr., OLG-Report 2000, 345)

Rechtsanwalt/Berufsbezeichnung/Mediator

Es liegt kein Verstoß gegen das Wettbewerbs- oder das Berufsrecht vor, wenn ein Rechtsanwalt die Zusatzbezeichnung „Mediator“ führt. (AGH Hamm, Beschl. v. 19.11.1999 – 1 ZU 50/99, OLG-Report 2000, 129)

Fristenkontrolle

- Postausgang, Postausgangsbuch
- Organisationsanweisungen
(BGH, Urt. v. 11.1.2001 - III ZR 148/00)

Leitsatz:

Dem Erfordernis einer Ausgangskontrolle bei fristwährenden Schriftsätzen ist genügt, wenn der Rechtsanwalt den von ihm unterzeichneten und kuvertierten Schriftsatz in einer „Poststelle“ seiner Kanzlei ablegt und aufgrund allgemeiner organisatorischer Anweisungen gewährleistet ist, dass dort lagernde Briefe ohne weitere Zwischenschritte noch am selben Tag frankiert und zur Post gegeben werden.

Zum Sachverhalt:

Die Beklagten haben gegen das der Klage auf Zahlung einer Maklerprovision stattgebende Urteil des Landgerichts rechtzeitig Berufung eingelegt. Ihre Berufungsbegründungsschrift vom 2.12.1999 ist aber nicht innerhalb der bis zum 6.12.1999 verlängerten Begründungsfrist, sondern erst am 7.12.1999 beim Oberlandesgericht eingegangen.

Nach telefonischem Hinweis auf die Verspätung haben die Beklagten fristgerecht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und zur Begründung vorgetragen:

Der Schriftsatz vom 2.12.1999 sei in den Morgenstunden dieses Tages von der Rechtsanwaltsfachangestellten W. geschrieben, für die Post vorbereitet und dem Anwalt zur Unterschrift übergeben worden. Dieser habe ihn zusammen mit den Kopien für die Mandantschaft unterzeichnet, eigenhändig kuvertiert und zu der „Poststelle“ der Kanzlei gegeben. Die Einrichtung dieser Poststelle bestehe aus einer Arbeitsplatte, der Frankiermaschine und einem Behälter mit der Aufschrift „herausgehende Post“. Es lägen rote DIN-C4-Freistempler-Umschläge bereit, in welche die frankierte Post gesteckt werde.

Täglich gingen aus der Kanzlei allein über die Deutsche Post AG ca. 50 bis 100 Briefe an verschiedene Empfänger. Es würden bis zu sechs und acht Freistempler-Umschläge an jedem Arbeitstag in einen nahe gelegenen Briefkasten eingeworfen. Sechs Kanzleimitarbeiter frankierten je nach Arbeitslage die hinausgehende Post. Die Poststelle sei so gestaltet, dass keine Briefe liegen bleiben könnten.

Die Post werde erstmals in den frühen Nachmittagsstunden und später noch einmal in den Abendstunden in den genannten Briefkasten eingeworfen. Demgemäß hätten auch die Beklagten die Kopien des Schriftsatzes am darauf folgenden Tag oder spätestens am Sonnabend erhalten.

Zur Glaubhaftmachung haben sich die Beklagten auf eine eigene eidesstattliche Versicherung, auf eidesstattliche Versicherungen der Angestellten W. und ihres Prozessbevollmächtigten sowie auf einen Ausdruck aus dem Schreibcomputer der Anwaltskanzlei bezogen.

Das Berufungsgericht hat die Berufung als unzulässig verworfen und in den Gründen seiner Entscheidung den Wiedereinsetzungsantrag der Beklagten zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich deren Revision. Die Revision hat Erfolg.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht führt aus: Die Beklagten hätten nicht glaubhaft gemacht, dass sie ohne ein ihnen zuzurechnendes Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten gehindert gewesen seien, die Frist zur Begründung der Berufung einzuhalten. Glaubhaft gemacht sei allein, dass die Berufungsbegründung am 2.12.1999 von der Mitarbeiterin W. geschrieben, zusammen mit den für die Beklagten bestimmten Kopien von dem Prozessbevollmächtigten unterzeichnet, von ihm kuvertiert und zu der Poststelle seiner Kanzlei gegeben wurde, außerdem, dass die Beklagten den Schriftsatz am 3. oder 4.12.1999 erhalten hätten.

Nicht glaubhaft gemacht sei indessen, dass das für das Gericht bestimmte Original am 2.12.1999 oder zumindest so rechtzeitig abgesandt worden sei, dass es bei normalem Postlauf innerhalb der Berufungsbegründungsfrist beim Oberlandesgericht eingegangen wäre.

Es sei nicht dargetan, ob und auf welche Weise in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten der Postausgang überwacht wurde (Postausgangsbuch, Ab-Vermerk in der Handakte oder im Fristenkalender, Überprüfung der Erledigung am Abend anhand des Fristenkalenders), zumal der Fristenkalender nicht vorgelegt worden sei. Zwar müsse kein Mitarbeiter des Rechtsanwalts am Briefkasten stehen und jeden eingeworfenen Brief in einem Postausgangsbuch

abhaken. Zu verlangen sei jedoch, dass durch geeignete Maßnahmen später nachvollzogen werden könne, wann ein ganz bestimmter Schriftsatz das Büro tatsächlich verlassen habe.

II.

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand. Den Beklagten ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zu bewilligen (§ 233 ZPO).

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, von der im Ansatz auch das Berufungsgericht ausgeht, gehört es zu den **Aufgaben des Prozessbevollmächtigten, dafür zu sorgen, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig hergestellt wird und innerhalb der Frist bei dem zuständigen Gericht eingeht. Zu diesem Zweck muss er eine zuverlässige Fristenkontrolle organisieren und insbesondere einen Fristenkalender führen** (vgl. nur BGH, Beschl. v. 15.7.1998 - IV ZB 8/98, NJW-RR 1998, 1443, 1444 m.w.N.).

Die Fristenkontrolle muss jedoch nur **gewährleisten, dass der fristwahrende Schriftsatz rechtzeitig hergestellt und postfertig gemacht wird**. Ist dies geschehen und ist die weitere Beförderung der ausgehenden Post organisatorisch zuverlässig vorbereitet, so darf die fristwahrende Maßnahme im Kalender als erledigt gekennzeichnet werden (BGH, Beschl. v. 13.10.1995 - VII ZB 48/93, NJW-RR 1994, 565, 566; Beschl. v. 27.11.1996 - XII ZB 177/96, NJW 1997, 1312, 1313; Beschl. v. 9.9.1997 - IX ZB 80/97, NJW 1997, 3446, 3447; Beschl. v. 15.7.1998, a.a.O.).

Das ist im Allgemeinen anzunehmen, wenn der fristwahrende Schriftsatz in ein Postausgangsfach des Rechtsanwalts eingelegt wird und die abgehende Post von dort unmittelbar zum Briefkasten gebracht wird, **das Postausgangsfach also „letzte Station“ auf dem Weg zum Adressaten ist** (s. dazu BGH, Beschl. v. 9.9.1997, a.a.O.). **Eine zusätzliche Überwachung der abgehenden Post, etwa durch Führung eines Postausgangsbuchs, ist unter diesen Umständen nicht erforderlich** (BGH, Beschl. v. 25.6.1980 - VIII ZB 20/80, VersR 1980, 973; Beschl. v. 14.7.1994 - VII ZB 7/94, NJW 1994, 2958, 2959; Beschl. v. 27.11.1996, a.a.O.).

2. Nach diesen Maßstäben besteht kein Anhalt dafür, dass ein Verschulden des Prozessbevollmächtigten der Beklagten an dem Fristversäumnis mitgewirkt haben könnte (§ 85 Abs. 2 ZPO).

Die Beklagten haben – auch nach Meinung des Berufungsgerichts – glaubhaft gemacht, dass ihr Prozessbevollmächtigter das für das Gericht bestimmte Original der Berufungsbegründung am 2.12.1999 unterzeichnet, kuvertiert und selbst zur Poststelle der Kanzlei gebracht hat. **Die weitere Postbeförderung war nach ihrem Vortrag so organisiert, dass alle dort lagernden Briefe von Mitarbeitern frankiert und zweimal täglich unmittelbar zum Briefkasten gebracht wurden, also – anders als in der Entscheidung vom 9.9.1997 (a.a.O.) – ohne Zwischenschritte.**

Der Senat versteht das Vorbringen der Beklagten so, dass auch entsprechende allgemeine **Anweisungen** ihres Prozessbevollmächtigten erteilt waren, insbesondere, **jeden in der Poststelle lagernden Brief noch am selben Tag bei der Post einzuliefern.**

Damit war im Streitfall bereits mit dem eigenhändigen Ablegen des Briefes in der Poststelle durch den Prozessbevollmächtigten der Beklagten das Ziel einer Fristenkontrolle erreicht, selbst wenn der Brief anschließend noch von Kanzleiangestellten frankiert werden musste und erst dadurch endgültig „postfertig“ wurde, ohne dass es darauf ankommt, ob nach dem glaubhaft gemachten Vorbringen der Beklagten die der Fristenkontrolle im Übrigen dienenden Maßnahmen hinreichend durchgeführt wurden, was das Berufungsgericht bezweifelt. Etwaige Versäumnisse des Rechtsanwalts in dieser Hinsicht wären mit anderen Worten für das Fristversäumnis nicht ursächlich geworden.

Soweit schließlich das Berufungsgericht verlangt, dass im Nachhinein durch geeignete Maßnahmen feststellbar sein müsse, wann ein bestimmter Schriftsatz das Anwaltsbüro tatsächlich verlassen habe, überspannt es, wie der Revision zuzugeben ist, die an die Ausgangskontrolle zu stellenden Anforderungen. Ein **Postausgangsbuch** muss der Rechtsanwalt offenbar auch nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht führen. Welche sonstigen „geeigneten“ und zumutbaren Maßnahmen zum Nachweis der Absendung eines einzelnen Schriftstücks in Betracht kommen sollen, legt das Berufungsgericht nicht dar; sie sind auch nicht ersichtlich.

Bei dieser Sachlage kommen als mögliche Ursache der Verzögerung allein Fehler in der Postbeförderung oder ein Versehen des Büropersonals in Betracht. Für beides wären die Beklagten nicht verantwortlich.

Fristenkontrolle

- Fehler der erfahrenen Bürokräft
 - Aktenvorlage beim Anwalt
- (BGH, Beschl. v. 23.11.2000 - IX ZB 83/00)

Leitsätze:

1. Weist ein Rechtsanwalt eine im Umgang mit Fristen erfahrenere und erprobte Bürokräft an, eine von ihm berechnete Rechtsmittelfrist in den Fristenkalender einzutragen, so trifft ihn kein Verschulden, wenn die Bürokräft die Frist aufgrund einer erstmaligen Eigenmächtigkeit unrichtig einträgt.

2. Erhält ein Rechtsanwalt Auftrag zur Einlegung der Berufung, so kann er sich grundsätzlich darauf verlassen, dass ihm die Handakten zu der von ihm verfüigten Frist vorgelegt werden.

Aus den Gründen:

I.

Die Beklagte legte am 27.12.1999 gegen das Urteil des Landgerichts vom 28.10.1999, zugestellt am 10.11.1999, bei dem Oberlandesgericht Berufung ein. Das Oberlandesgericht hat durch den angefochtenen Beschluss den Antrag der Beklagten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist zurückgewiesen und zugleich ihre Berufung als unzulässig verworfen.

II.

Die gemäß § 567 Abs. 4 Satz 2, § 577 Abs. 2, § 519b Abs. 2, §§ 547, 238 Abs. 2 ZPO zulässige sofortige Beschwerde ist begründet. Die Voraussetzungen, die beantragte Wiedereinsetzung in die Berufungsfrist zu gewähren, liegen nach § 233 ZPO vor.

1. Die Beklagte hat glaubhaft gemacht: Das Mandat ihres seinerzeitigen Prozessbevollmächtigten sei auf die erste Instanz beschränkt gewesen. Die Berufungsfrist sei von der als Büroangestellte tätigen Ehefrau ihres Verkehrs-anwalts, des gegenwärtigen Vertreters der Beschwerdeführerin, eigenmächtig nach dortigem Eingang des erstinstanzlichen Urteils - 16.11.1999 - berechnet und notiert worden, obwohl der Rechtsanwalt per Handzettel das richtige Fristende nach dem Eingang beim Prozessbevollmächtigten - 10.12.1999 - vorgegeben habe.

Die Ehefrau des Verkehrs-anwalts sei eine geschulte und zuverlässige Kraft, die im Büro ihres Ehemannes den Fristenkalender annähernd drei Jahre bei regelmäßiger Kontrolle ohne Beanstandung geführt habe.

Am 2.12.1999 habe sie, die Beklagte, den Verkehrs-anwalt fernmündlich beauftragt, Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil einzulegen. Im Büro des Verkehrs-anwalts sei dies in der Akte vermerkt und geprüft worden, ob die Berufungsfrist notiert gewesen sei. Nicht geprüft worden sei dagegen, ob die Berufungsfrist auch richtig notiert war. Der Irrtum sei daher erst bei Aktenvorlage an den Verkehrs-anwalt auf Vorfrist - 13.12.1999 - bemerkt worden.

2. Im Verfahren der sofortigen Beschwerde gegen den Verwerfungsbeschluss ist auch die Frage der Wiedereinsetzung gegen die Fristversäumung nachzuprüfen, wenn das Berufungsgericht - wie hier - über den Wiedereinsetzungsantrag nicht gesondert befunden hat (vgl. BGH, Beschl. v. 12.7.1967 - IV ZB 21/67, NJW 1968, 107; v. 7.10.1981 - IVb ZB 825/81, NJW 1982, 887).

Das Wiedereinsetzungsgesuch der Beklagten war frist- und formgerecht (§§ 234, 236 ZPO). Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, dass das Wiedereinsetzungsgesuch der Beklagten unbegründet und ihre Berufung demgemäß zu verwerfen sei.

a) Der **erstinstanzliche Prozessbevollmächtigte** der Beklagten hatte seine Aufgaben mit der Übersendung des Landgerichtsurteils und Mitteilung des Zustellungszeitpunktes an den Verkehrs-anwalt pflichtgemäß erledigt (vgl. BGH, Beschl. v. 26.9.1996 - V ZB 25/96, NJW-RR 1997, 55 m.w.N.).

b) Die **Beklagte hat auch das Verschulden ihres Verkehrs-anwalts zu vertreten**; er ist Bevollmächtigter i.S.d. § 85 Abs. 2 ZPO (BGH, Beschl. v. 16.6.1982 - IVa ZB 2/82, NJW 1982, 2447; v. 28.3.1990 - VIII ZB 7/90, VersR 1990, 801; v. 10.10.1995 - XI ZB 17/95, VersR 1996, 606). Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist jedoch nicht festzustellen, dass das Fristversäumnis auf einem Verschulden des Verkehrs-anwalts der Beschwerdeführerin beruht.

aa) Der **Verkehrs-anwalt der Beklagten hatte mit der seiner Ehefrau erteilten Einzelanweisung, die Berufungsfrist auf den 10.12.1999 im Fristenkalender zu notieren, die Wahrung der Berufungsfrist hinreichend gewährleistet**

(vgl. etwa BGH, Beschl. v. 18.2.1998 – VIII ZB 1/98, NJW-RR 1998, 932; v. 27.10.1998 – IX ZB 20/98, BGHR-ZPO § 233 – Einzelanweisung 3). Dass die Ehefrau – eine bis dahin zuverlässige und regelmäßig überwachte Bürokräft – die anwaltlich verfügte Frist in bewusster Abweichung von der Weisung unrichtig (16.12.1999) in den Fristenkalender eintrug und dementsprechend auch die – nach einer allgemeinen Weisung drei Tage vor Ablauf der Berufungsfrist zu vermerkende – Vorfrist falsch (auf den 13.12.1999) notierte, ist dem Verkehrsanwalt nicht als Verschulden anzulasten. **Mit einer solchen bislang nicht vorgefallenen Eigenmächtigkeit brauchte er nicht zu rechnen** (vgl. BAG, NJW 1982, 72 Nr. 33 LS; auch BGH, Urt. v. 11.7.1958 – VI ZR 150/57, NJW 1968, 1590).

bb) Das Berufungsgericht ist aufgrund einer eidesstattlichen Versicherung des Verkehrsanwalts der Beklagten davon ausgegangen, diesem seien bei Eingang des Berufungsauftrages am 2.12.1999 die Akten vorgelegt worden. Es hat gemeint, er hätte deshalb nicht nur prüfen müssen, ob die Berufungsfrist überhaupt, sondern auch, ob sie zutreffend eingetragen worden sei. Dem ist nicht zu folgen.

(1) In der eidesstattlichen Versicherung des Verkehrsanwalts vom 3.4.2000 heißt es: „Am 2.12.1999 wurde ich von der Beklagten telefonisch beauftragt, Berufung gegen das Urteil einzulegen. Dies wurde in der Akte vermerkt. Die Eintragung der Frist wurde von mir überprüft, nicht aber die Frist an sich.“

Aus dieser Erklärung geht nur hervor, dass der Verkehrsanwalt bei Erhalt des Berufungsauftrages geprüft hat, ob die Berufungsfrist schon notiert war. Der eidesstattlichen Versicherung kann nicht entnommen werden, dass ihm bei dieser Gelegenheit auch die Akte vorgelegt wurde und er persönlich den erteilten Berufungsauftrag dort vermerkt hat. Dies ist nach dem Beschwerdevorbringen vielmehr durch eine Bürokräft geschehen. Die Folgerung des Berufungsgerichts, der Verkehrsanwalt der Beklagten habe die Aktenvorlage bei Erhalt des Berufungsauftrages zum Anlass nehmen müssen, die Richtigkeit der Fristnotierung zu überprüfen, entbehrt mithin der Grundlage.

(2) Im Übrigen trifft auch die Annahme des Berufungsgerichts nicht zu, der Verkehrsanwalt hätte bei einer **Aktenvorlage** prüfen müssen, ob die Berufungsfrist richtig eingetragen worden sei.

Diese Notwendigkeit hätte nur dann bestanden, wenn dem Anwalt die Akten eigens zur Bearbeitung der Berufung vorgelegt worden wären oder er die Handakten bis zu einem Zeitpunkt selbst im Besitz gehabt hätte, der entweder mit dem Ablauf der Berufungsfrist zusammenfiel oder in dessen unmittelbarer Nähe lag, so dass sich ihm die Notwendigkeit der Fristenprüfung hätte aufdrängen müssen (vgl. BGH, Beschl. v. 30.9.1963 – VIII ZB 16/63, VersR 1963, 1223, 1224; Urt. v. 27.9.1967 – Ib ZR 69/66, VersR 1967, 1098, 1099; Beschl. v. 9.3.1977 – VIII ZB 47/76, VersR 1977, 573; v. 12.12.1984 – III ZB 28/84, VersR 1985, 269, 270; v. 12.11.1986 – IVb ZB 93/86, VersR 1987, 463; v. 31.1.1990 – VIII ZB 44/89, VersR 1990, 543, 544; v. 21.3.1990 – XII ZB 131/89, VersR 1990, 119, 120; v. 19.2.1991 – VI ZB 2/91, NJW-RR 1991, 827; v. 11.12.1991 – VIII ZB 38/91, NJW 1992, 841; v. 30.4.1998 – VII ZB 5/97, NJW 1998, 2676, 2677; v. 17.6.1999 – IX ZB 32/99, NJW 1999, 2680).

An diesen Voraussetzungen fehlt es. Bei Eingang des Berufungsauftrages am 2.12.1999 bestand für den Verkehrsanwalt noch kein Anlass, an den Ablauf der Berufungsfrist zu denken.

Es traf ihn mithin weder bei einer Aktenvorlage noch – erst recht – ohne eine solche ein Verschulden, wenn er sich nach den bisherigen Erfahrungen mit seinem Büropersonal darauf verließ, dass ihm die Handakten zu der von ihm verfügten Frist (oder einer entsprechenden Vorfrist) vorgelegt würden (vgl. BGH, Beschl. v. 20.9.1963, a.a.O.).

Wiedereinsetzung

- Zustellung ins Ausland
 - Kein Zustellungsbevollmächtigter
- (BGH, Beschl. v. 24.7.2000 – II ZB 20/99)

Leitsatz:

Es ist mit dem im Rechtsstaatsgebot wurzelnden Grundsatz des fairen Verfahrens unvereinbar, einer im Ausland wohnenden Partei, die ein nach § 175 BGB als zugestellt geltendes Versäumnisurteil wegen Verlustes der Sendung auf dem Postweg überhaupt nicht erhalten hat, die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Einspruchsfrist allein deshalb zu versagen, weil sie den Zustellungsbevollmächtigten nicht bestellt hat.

Aus den Gründen:

I.

Die Klägerin nimmt als Konkursverwalterin über das Vermögen der D.-Bank AG den in London wohnhaften Beklagten aus einem Zeichnungsschein gemäß § 185 AktG sowie aus unerlaubter Handlung auf Zahlung von 10 Mio. DM in Anspruch.

Die Klageschrift, die Verfügung des Gerichts zum schriftlichen Vorverfahren gemäß § 276 ZPO einschließlich einer Belehrung über das Erfordernis der Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten gemäß § 174 Abs. 2 ZPO und des Hinweises auf die Konsequenzen einer ansonsten möglichen Zustellung durch Aufgabe zur Post (§ 175 Abs. 1 ZPO) wurden dem Beklagten persönlich am 3.3.1998 im Wege der Rechtshilfe nach § 199 ZPO zugestellt.

Nachdem der Beklagte hierauf nicht reagiert hatte, erließ das Landgericht am 19.11.1998 antragsgemäß ohne mündliche Verhandlung ein entsprechendes Versäumnisurteil und setzte darin die Einspruchsfrist auf sechs Wochen fest. Dieses Urteil wurde dem Beklagten am 24.11.1998 durch Aufgabe zur Post (§ 175 Abs. 1 Satz 2 ZPO), der Klägerin per Empfangsbekanntnis am 25.11.1998 zugestellt.

Auf Antrag der Klägerin wurde – im Hinblick auf eine beabsichtigte Auslandsvollstreckung – das Versäumnisurteil dem Beklagten nochmals, und zwar nunmehr laut einer förmlichen Zustellungsbestätigung am 25.3.1999 im Wege der Auslandszustellung, zugestellt. Der Beklagte legte über seine daraufhin beauftragten Prozessbevollmächtigten am 16.4.1999 Einspruch gegen das Versäumnisurteil ein.

Das Landgericht, das den Einspruch zunächst für wirksam hielt und dementsprechend die Frist zur Einspruchsbegründung antragsgemäß bis zum 10.6.1999 verlängerte, stellte sodann die frühere Zustellung vom 24.11.1998 fest und ließ den bis dahin fehlenden Zustellungsvermerk nach § 213 ZPO durch die Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle am 6.5.1999 nachholen.

Nach entsprechendem gerichtlichen Hinweis beantragten die Prozessbevollmächtigten des Beklagten, denen erstmals am 27.4.1999 Akteneinsicht gewährt worden war, am 10.5.1999 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Zur Glaubhaftmachung bezogen sie sich auf eine

eidesstattliche Versicherung des Beklagten, nach der ihm das Versäumnisurteil erstmals am 18.3.1999 zugestellt worden ist. Dabei handelte es sich – seinem Vorbringen zufolge – um die formale Auslandszustellung, die entgegen der offiziellen Zustellungsbestätigung bereits an diesem Tag erfolgte.

Das Landgericht hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und den Einspruch gegen das Versäumnisurteil als verspätet verworfen. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde des Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der weiteren sofortigen Beschwerde.

II.

Die gemäß § 568a ZPO statthafte weitere sofortige Beschwerde ist begründet.

Die Vorinstanzen haben zwar zutreffend den Einspruch des Beklagten gegen das Versäumnisurteil vom 19.11.1998 als verspätet angesehen; sie haben ihm jedoch zu Unrecht die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Einspruchsfrist verweigert und damit auch rechtsfehlerhaft seinen Einspruch als unzulässig verworfen.

1. Bei Einlegung des Einspruchs am 16.4.1999 war allerdings die Einspruchsfrist – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – bereits verstrichen. Sie begann – da es sich um ein im schriftlichen Vorverfahren erlassenes Versäumnisurteil handelte – mit der letzten der von Amts wegen zu bewirkenden Zustellungen an die Parteien, d.h. hier mit der Urteilszustellung an die Klägerin am 25.11.1998 (§§ 310 Abs. 3, 331 Abs. 3, 339 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu BGH, Beschl. v. 5.10.1994 – XII ZB 90/94, NJW 1994, 3359, 3360 m.w.N.).

Die Zustellung an den Beklagten galt bereits mit der Aufgabe zur Post am Tag zuvor als bewirkt (§ 175 Abs. 1 Satz 2 und 3 ZPO), weil der Beklagte – nach der ordnungsgemäßen Verfahrenseinleitung – entgegen § 174 Abs. 2 ZPO bis dahin keinen Zustellungsbevollmächtigten bestellt hatte.

Auch die Förmlichkeiten dieses – verfassungsrechtlich unbedenklichen (BVerfG, NJW 1997, 1772) – Zustellungsverfahrens wurden eingehalten. Die Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle hat gemäß § 213 ZPO in den Akten vermerkt, zu welcher Zeit und unter welcher Adresse die Aufgabe

zur Post erfolgt ist. Der Wirksamkeit des Vermerks steht nicht entgegen, dass er erst einige Zeit nach dem Zustellungsvorgang während des Einspruchsverfahrens gefertigt wurde (*BGH, Beschl. v. 22.2.1989 - IVb ZB 150/88, FamRZ 1989, 1287, 1288 m.w.N.*). Die mit der letzten der vorgenannten Amtszustellungen am 25.11.1998 in Gang gesetzte Einspruchsfrist war zur Zeit der Einspruchseinlegung zweifelsfrei abgelaufen.

2. Dem Beklagten ist jedoch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, weil er ohne Verschulden an der Einhaltung der Einspruchsfrist gehindert war (§ 233 ZPO).

Das Oberlandesgericht ist der Ansicht, der Beklagte habe als Adressat der Zustellung durch Aufgabe zur Post nach § 175 ZPO das Risiko des hier in Betracht kommenden Verlustes der Sendung im postalischen Bereich und der dadurch bedingten Unkenntnis von der fingierten Zustellung und dem Fristenlauf zu tragen, weil in der Nichtbenennung des Zustellungsbevollmächtigten ein die Wiedereinsetzung hinderndes Mitverschulden liege. Dieser Beurteilung vermag der Senat nicht zu folgen.

Die Regelungen der §§ 174 Abs. 2, 175 ZPO dienen allerdings – im Interesse der Prozesswirtschaftlichkeit, aber auch des Justizgewährungsanspruchs des Klägers – einer zügigen Förderung des Rechtsstreits durch das Gericht und die Parteien. Sie sollen der Gefahr unangemessener Verzögerungen bei solchen Verfahren vorbeugen, an denen im Ausland wohnende Parteien beteiligt sind. Als unmittelbare Folge des Verstoßes gegen die in § 174 Abs. 2 ZPO angeordnete Verpflichtung zur Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten geht daher wegen der Fiktion des § 175 Abs. 1 Satz 3 ZPO bei der Berechnung des Fristenlaufs die Postlaufzeit grundsätzlich zu Lasten des Zustellungsadressaten.

Damit ist jedoch kein genereller Ausschluss der Wiedereinsetzungsvorschriften verbunden. **Vielmehr wendet der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung in den Fällen der Versäumung von Notfristen, die aus Zustellungen gemäß § 175 ZPO resultieren, Wiedereinsetzungsrecht an** (*BGH, Urt. v. 10.11.1998, a.a.O., 1192 m.w.N.; vgl. dazu auch BVerfG, a.a.O., 1772*). Ein die Wiedereinsetzung hinderndes Verschulden kann daher nicht – wie dem Oberlandesgericht offenbar vorschwebt – ohne Rücksicht auf die konkreten Hinderungsgründe für die Fristversäumung bereits aus dem Verstoß gegen § 174 Abs. 2 ZPO hergeleitet werden.

Führt die Fiktion des § 175 ZPO im Extremfall dazu, dass beim tatsächlichen Zugang des Urteils die Rechtsmittelfrist bereits abgelaufen ist oder erhält der Empfänger – wie hier – bis zum Fristablauf wegen Verlustes der Sendung auf dem Postweg überhaupt keine Kenntnis vom Erlass des Urteils, so wird eine wesentliche Aufgabe der Zustellung, dem Empfänger rechtliches Gehör zu verschaffen und ein faires Verfahren zu gewährleisten (*BVerfG, NJW 1988, 2361*), verfehlt.

Mit dem im Rechtsstaatsgebot wurzelnden Grundsatz des fairen Verfahrens ist es nach Ansicht des Senats **unvereinbar, einer im Ausland wohnenden Partei, die ein nach § 175 ZPO als zugestellt geltendes Versäumnisurteil wegen Verlustes der Sendung auf dem Postweg überhaupt nicht erhält, den Rechtsbehelf des Einspruchs endgültig abzuschneiden, und zwar allein deshalb, weil sie den Zustellungsbevollmächtigten nicht bestellt hat** (*BGH, Beschl. v. 4.12.1991 - IV ZB 4/91, NJW 1992, 1701, 1702; BVerfG, a.a.O., 1772*).

Im vorliegenden Fall ist danach – nicht anders als bei gewöhnlichen, nicht auf einer Fiktion beruhenden Inlandszustellungen – die Fristversäumung des Beklagten als unverschuldet anzusehen, **weil ihm ein Verlust der Sendung auf dem Postweg nicht anzulasten ist**. Ausweislich seiner eidesstattlichen Versicherung vom 14.5.1999 ist ihm die am 24.11.1998 zur Post gegebene Sendung mit dem Versäumnisurteil nie zugegangen, so dass von einem derartigen Verlust auszugehen ist.

Nach Aktenlage besteht kein Anlass, an der **Richtigkeit der eidesstattlichen Versicherung** zu zweifeln. Der Beklagte hat – obwohl ihm dies hinsichtlich eines etwaigen Fristenlaufes eher ungünstig war – versichert, die im Wege der Auslandszustellung wiederholte Übermittlung des Versäumnisurteils bereits am 18.3.1999 tatsächlich erhalten zu haben und nicht etwa eine Woche später – wie von der englischen Behörde in der Zustellungsurkunde vermerkt. Die Richtigkeit der diesbezüglichen Versicherung ergibt sich zudem daraus, dass der Inhalt der Sendung bereits durch die englischen Rechtsanwälte des Beklagten am 23.3.1999 per Fax an seine derzeitigen Prozessbevollmächtigten übermittelt worden ist.

Da der Beklagte nach Erhalt der Auslandszustellung sogleich seine Prozessbevollmächtigten bestellt und mit der Einlegung des Einspruchs

beauftragt hat, erscheint seine weitere Versicherung glaubhaft, **er würde selbstverständlich – auch angesichts des Streitwerts von 10 Mio. DM – umgehend die Rechtsanwälte schon früher beauftragt haben**, wenn ihn die am 24.11.1998 zur Post aufgegebenen Sendung tatsächlich erreicht hätte.

3. Die – von den Vorinstanzen auf der Grundlage ihres Rechtsstandpunkts folgerichtig nicht geprüften – formalen Voraussetzungen der Wiedereinsetzung sind ebenfalls gegeben, insbesondere ist die Frist des § 234 ZPO eingehalten. **Diese Frist begann frühestens am 27.4.1999, dem Tag, an dem den Prozessbevollmächtigten des Beklagten erstmals Akteneinsicht gewährt wurde**; somit war die Einreichung des Gesuchs am 10.5.1999 rechtzeitig.

Eine frühere Behebung des Hindernisses – Unkenntnis von der gemäß § 175 ZPO fingierten früheren Zustellung vom 24.11.1998 – kommt nicht in Betracht. Gerade weil die Auslandszustellung des Urteils am 18.3.1999 erfolgte, musste der Beklagte nicht mit einer früheren Zustellung gemäß § 175 ZPO rechnen, **weil eine „doppelte“ Zustellung jedenfalls grundsätzlich nicht ohne weiteres erwartet werden konnte**.

Folgerichtig haben seine Prozessbevollmächtigten auch zunächst **am 31.3.1999 nur Akteneinsicht beantragt** und sich am 16.4.1999 mit der Einlegung des Einspruchs begnügt, weil die Akte wegen der Auslandszustellung bei Gericht nicht vor dem 27.4.1999 verfügbar war. Hinzu kam, dass selbst das Landgericht zunächst von der Rechtzeitigkeit des Einspruchs ausging, indem die Kammervorsitzende unter dem 23.4.1999 den Prozessbevollmächtigten des Beklagten schriftlich bescheinigte, dass das Versäumnisurteil am 25.3.1999 zugestellt sei, und im Übrigen die Frist zur Einspruchsbegründung antragsgemäß bis zum 10.5.1999 verlängerte.

Das Gericht selbst stellte erst am 6.5.1999 nach Aktendurchsicht die bereits am 24.11.1998 gemäß § 175 ZPO bewirkte frühere Zustellung fest und ließ den bis dahin fehlenden Aktenvermerk nach § 213 ZPO nachholen. Erst danach wies es durch Schreiben vom 6.5.1999 den Beklagten auf die veränderte Situation hin.

Bei dieser Sachlage mussten die Prozessbevollmächtigten des Beklagten jedenfalls nicht vor der eigenen Akteneinsicht die frühere – zudem damals noch nicht förmlich bescheinigte – Zustellung vom 24.11.1998 bemerken.

4. Mit der die Wiedereinsetzung stattgebenden Entscheidung ist zugleich die auf die Fristversäumung gestützte Einspruchsverwerfung durch das Landgericht gegenstandslos.

5. Über die Kosten des Wiedereinsetzungsverfahrens – zu denen auch die Kosten der für den Beklagten erfolgreichen Beschwerdeverfahren gehören – ist erst in der Endentscheidung über die Hauptsache zu erkennen (vgl. Zöller/Greger, ZPO 21. Aufl., § 238 Rdnr. 11 m. Rechtsprechungs-nachw.).

Anwaltschaftung

- Änderungskündigung
- Krankheit des Arbeitnehmers
- Beeinträchtigung betrieblicher Interessen (BGH, Urt. v. 27.1.2000 – IX ZR 45/98)

Leitsätze:

1. Zur Unzulässigkeit eines Grundurteils über einen Klageanspruch, der aus einem Zahlungs- und unbezifferten Feststellungsantrag besteht.
2. Zur haftungsausfüllenden Kausalität, wenn der Rechtsanwalt nicht rechtzeitig für seinen Mandanten Klage gegen eine Änderungskündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz erhoben hat.

Zum Sachverhalt:

Der Kläger verlangt vom beklagten Rechtsanwalt Schadenersatz wegen Verletzung einer Vertragspflicht anlässlich der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses.

Der Kläger hatte bei der R. AG (künftig: Arbeitgeberin), bei der er seit September 1976 beschäftigt ist, als Fleischaufhauer im Akkord einen monatlichen Bruttolohn von zuletzt etwa 7.000 DM. Anfang Mai 1994 erklärte die Arbeitgeberin dem Kläger unter Hinweis auf Fehlzeiten, sie beabsichtige, ihm im Wege einer Änderungskündigung einen geringer entlohten Arbeitsplatz als Entvliesser anzubieten.

In einem Schriftstück, das das Datum des 2.5.1994 trägt, nach Behauptung des Klägers aber erst nach Ausspruch der Änderungskündigung von ihm unterzeichnet wurde, erklärte

der Kläger gegenüber seiner Arbeitgeberin: „Ich nehme den mir neu angebotenen Arbeitsplatz ab 1.1.1995 (Entvlieserei) unter Vorbehalt an.“

Mitte Mai 1994 suchte der Kläger den Beklagten auf, um sich wegen der drohenden Änderungskündigung beraten zu lassen. Am 17.5.1994 schrieb der Beklagte der Arbeitgeberin des Klägers u.a. Folgendes:

„Unser Mandant teilt uns mit, dass Sie eine Änderungskündigung aussprechen wollen, da die krankheitsbedingten Fehlzeiten unseres Mandanten dies rechtfertigen würden.“

Mit dieser Änderungskündigung ist unser Mandant nicht einverstanden und wir werden wegen der Änderungskündigung gegebenenfalls Klage vor dem Arbeitsgericht ... erheben.“

Am 25.5.1994 kündigte die Arbeitgeberin – nach Anhörung des Betriebsrats – das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger als Fleischaufhauer „aus personenbedingten Gründen“ zum 31.12.1994 und bot ihm ab 1995 einen Arbeitsvertrag als Entvlieser an. Der Beklagte erhielt dieses Kündigungsschreiben auf seine Bitte vom 26.5.1994 vom Kläger am folgenden Tag.

Im November 1994 erhob der Beklagte im Namen des Klägers vor dem Arbeitsgericht Klage gegen seine Arbeitgeberin mit dem Antrag auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis als Fleischaufhauer nicht aufgelöst worden ist.

Durch rechtskräftiges Urteil des Arbeitsgerichts vom 29.3.1995 wurde die Klage abgewiesen, weil der Kläger sein Klagerecht zu spät ausgeübt und deswegen verwirkt habe.

Der Kläger hat vom Beklagten Ersatz des Lohnunterschieds zwischen seiner früheren Tätigkeit als Fleischaufhauer und seiner jetzigen Arbeit als Entvlieser verlangt. Das Landgericht hat zunächst durch Versäumnisurteil den Beklagten verurteilt, an den Kläger 26.000 DM zzgl. Zinsen zu zahlen. Außerdem wurde festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen ab 1.8.1995 entstehenden Schaden aus der verspäteten Klageerhebung vor dem Arbeitsgericht zu ersetzen.

Nach rechtzeitigem Einspruch hat das Landgericht – ohne Bezugnahme auf sein Versäumnisurteil – den Beklagten verurteilt, an den Kläger 36.431,52 DM zzgl. Zinsen zu zahlen, und zwar wegen monatlichen Lohnausfalls von

2.279,22 DM in der Zeit von Januar 1995 bis einschließlich April 1996. Außerdem hat das Landgericht festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen ab 1.5.1996 entstehenden Schaden aus der verspäteten Klageerhebung vor dem Arbeitsgericht zu ersetzen.

Im Berufungsverfahren hat der Kläger Ersatz eines monatlichen Lohnausfalls von 1.673,19 DM für die Zeit von Mai 1996 bis einschließlich Oktober 1997 i.H.v. insgesamt 28.444,23 DM – „mithin insgesamt 64.875,75 DM“ – geltend gemacht. Außerdem hat er beantragt festzustellen, dass der Beklagte zum Ersatz seines ab 1.11.1997 entstehenden Schadens infolge der verspäteten Klageerhebung vor dem Arbeitsgericht verpflichtet ist.

Das Berufungsgericht hat durch „Grundurteil“ die Berufung des Beklagten zurückgewiesen, „soweit sie sich gegen die Verurteilung dem Grunde nach richtet“, und den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Mit der Revision verfolgt der Beklagte weiter die Abweisung der Klage. Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache (§§ 564, 565 Abs. 1 ZPO).

Aus den Gründen:

I.

Die vom Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfende Frage, ob das Berufungsgericht ein Grundurteil gemäß § 304 ZPO erlassen durfte (vgl. BGH, Urt. v. 14.10.1993 – III ZR 157/92, NJW-RR 1994, 319), ist im vorliegenden Fall zu verneinen.

1. Die Revision rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht durch sein „Grundurteil“ nicht über den Feststellungsantrag entscheiden durfte (§ 304 Abs. 1 ZPO).

a) Das Berufungsurteil erstreckt sich auch auf diesen Antrag. Im Tenor und in den Gründen der Entscheidung wird „der Klageanspruch“, dessen Teil auch das Feststellungsbegehren ist, umfassend dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. In den Entscheidungsgründen wird zwischen dem Zahlungs- und Feststellungsantrag nicht unterschieden.

Am Schluss der Entscheidungsgründe heißt es, „der Schadenersatzanspruch des Klägers“ sei „deshalb dem Grunde nach gerechtfertigt“.

b) Nach § 304 Abs. 1 ZPO kann das **Gericht über den Grund vorab** entscheiden, wenn ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig und lediglich der Streit über den Anspruchsgrund entscheidungsreif ist. Eine entsprechende Trennung in Grund- und Betragsverfahren setzt einen Anspruch voraus, der auf Zahlung von Geld oder die Leistung vertretbarer, der Höhe nach summenmäßig bestimmter Sachen gerichtet ist (BGH, Urt. v. 19.2.1991 – X ZR 90/89, NJW 1991, 1896; v. 14.10.1993, a.a.O.).

Deswegen scheidet ein **Grundurteil über einen unbezifferten Feststellungsantrag** wesensgemäß aus (BGH, Urt. v. 7.11.1991 – III ZR 118/90, WM 1992, 432; v. 14.10.1993, a.a.O.). Ausnahmsweise kann ein Grundurteil über eine Feststellungsklage ergehen, wenn damit ein bestimmter Betrag in der Weise geltend gemacht wird, dass die Klage auch zu einem Ausspruch über die Höhe des Anspruchs führen soll (BGH, Urt. v. 9.6.1994 – IX ZR 125/93, WM 1994, 2113, 2114). Diese Voraussetzung erfüllt der Feststellungsantrag des Klägers entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nicht.

Zwar bezieht sich das gesamte Klagebegehren auf einen einheitlichen Anspruch auf Ersatz eines Verdienstauffalls infolge Schlechterfüllung eines Anwaltsvertrages. Selbst wenn die Feststellungsklage eine nach Grund und Betrag streitige Verpflichtung zum Gegenstand haben sollte, so soll der Antrag festzustellen, dass der Beklagte zum Ersatz des seit November 1997 entstandenen und noch entstehenden Schadens aus dem behaupteten Vertragsverstoß verpflichtet ist, aber nicht zu einem Ausspruch über die Höhe eines solchen Anspruchs führen (vgl. auch BGH, Urt. v. 19.2.1991, a.a.O.). Dementsprechend fehlt eine Bezifferung im Feststellungsausspruch des Berufungsgerichts.

2. Das angefochtene Urteil kann nicht, soweit über den Feststellungsantrag entschieden worden ist, als Teilendurteil (§ 301 ZPO) aufrechterhalten werden.

a) Das Berufungsgericht wollte darüber nicht abschließend entscheiden. Dies ergibt sich daraus, dass es nach Tenor und Gründen seines Urteils nur die „Verurteilung dem Grunde nach“ durch das Landgericht bestätigen wollte.

b) Außerdem müsste in einem solchen Feststellungsurteil wegen der Rechtskraftwirkung entschieden werden, ob der Kläger seinen Schaden i.S.d. § 254 BGB mitverschuldet hat und deshalb

zumindest einen Schadenteil selbst tragen muss (BGH, Urt. v. 25.11.1977 – I ZR 30/76, NJW 1978, 544; v. 17.10.1991 – IX ZR 255/90, NJW 1992, 307, 309, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 115, 382). Der Beklagte hat dem Kläger vorgeworfen, er habe zu der schadenursächlichen verspäteten Klageerhebung im Arbeitsgerichtsprozess beigetragen, weil er nicht rechtzeitig die Deckungszusage seines Rechtsschutzversicherers eingeholt habe, und seine Pflicht zur Schadenminderung verletzt, indem er sich nicht um einen anderen Arbeitsplatz als Fleischaufhauer im Akkord bemüht habe. Diese Einwände hat das Berufungsgericht in seinem Urteil nicht erörtert. Bezüglich des letzten Einwands hat es sich eine Prüfung vorbehalten in seinem Beschluss, der gleichzeitig mit dem Berufungsurteil verkündet worden ist.

3. Das Grundurteil des Berufungsgerichts kann nicht allein bezüglich des Zahlungsanspruchs bestehen bleiben.

Das Berufungsgericht hat, wie die Revision zu Recht rügt, nicht die erforderliche Feststellung getroffen, dass der Kläger einen mit diesem Anspruch geltend gemachten Schaden ab Januar 1995 mit hoher Wahrscheinlichkeit in irgendeiner Höhe erlitten hat (vgl. BGHZ 53, 17, 23). Ein solcher Schaden kann entfallen, wenn die – vom Berufungsgericht nicht geprüfte – Behauptung des Beklagten richtig ist, der Kläger sei einer Akkordtätigkeit als Fleischaufhauer dauerhaft nicht gewachsen gewesen, wie sich aus seinen Fehlzeiten vor der Änderungskündigung ergebe.

Außerdem hat das Berufungsgericht nicht erörtert, ob und ggf. in welchem Umfang sich die Mitverschuldenseinwände des Beklagten auf den Schadenersatzanspruch auswirken. Insoweit darf die Entscheidung nur dann dem Betragsverfahren vorbehalten werden, wenn bereits endgültig feststeht, dass ein Mitverschulden nicht zu einer Beseitigung des Anspruchs führt (BGHZ 110, 323, 332).

II.

Das Landgericht, dem sich das Berufungsgericht insoweit angeschlossen hat, hat im Ergebnis ohne Rechtsverstoß angenommen, der Beklagte habe seine Vertragspflicht schuldhaft verletzt, weil er nicht rechtzeitig gegen die Änderungskündigung Klage nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) erhoben habe. Dagegen wendet sich die Revision nicht.

III.

Mit Erfolg rügt die Revision jedoch, dass die Feststellung des Berufungsgerichts, einer rechtzeitig erhobenen Kündigungsschutzklage des Klägers wäre stattgegeben worden, in wesentlichen Punkten rechtsfehlerhaft ist.

1. Die mit dem Datum des 2.5.1994 versehene Erklärung des Klägers gegenüber seiner Arbeitgeberin, er nehme den neuen Arbeitsplatz unter Vorbehalt an, hätte dem Erfolg einer solchen Klage nicht entgegengestanden. Nach rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Feststellung hat der Kläger diese Urkunde erst nach der Änderungskündigung unter dem Vorbehalt ihrer sozialen Rechtfertigung am 27.5.1994 unterzeichnet (vgl. § 4 KSchG). Dies wird von der Revision nicht beanstandet.

2. Zur **haftungsausfüllenden Kausalität** hat das Berufungsgericht weiterhin ausgeführt: Die Kündigungsschutzklage hätte Erfolg gehabt, weil die Änderungskündigung nicht sozial gerechtfertigt gewesen sei.

Ob eine negative Gesundheitsprognose aufgrund der Fehlzeiten des Klägers in den Jahren vor der Kündigung gerechtfertigt sei, erscheine zweifelhaft. Zwar lägen für das Jahr 1989 59 Fehltage, für 1990 33 Fehltage, für 1991 53 Fehltage und für 1992 52 Fehltage vor. Hinsichtlich des Jahres 1993, in dem der Kläger insgesamt 70 Tage gefehlt habe, sei zu berücksichtigen, dass davon 42 Tage auf eine unfallbedingte Fehlzeit entfallen seien, die für eine Gesundheitsprognose ungeeignet sei.

Ob aufgrund der verbleibenden Fehlzeiten in den Jahren 1989 bis 1992 und im Jahre 1994 eine negative Gesundheitsprognose bestehe, könne letztlich offen bleiben, da die weiteren Voraussetzungen für eine wirksame Kündigung nicht vorlägen.

Der Beklagte, der die soziale Berechtigung der Kündigung darzulegen und zu beweisen habe, habe nicht dargetan, dass für den Arbeitgeber des Klägers durch die für die Zukunft zu erwartenden Fehlzeiten eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen oder wirtschaftlichen Interessen eintreten würde.

Für Betriebsablaufstörungen habe der Beklagte nur auf allgemeine Feststellungen der Arbeitgeberin verwiesen, nach denen die übrigen Arbeitskollegen aufgrund der häufigen unplanbaren

Ausfälle kostenintensive Mehrarbeit mit erledigen müssten, die Bereitschaft zu Mehrarbeiten begrenzt und die Produktivität in diesen Stunden weit geringer seien. Es fehlten konkrete Angaben zur Arbeitsorganisation bei krankheitsbedingten Ausfällen. Es könne auch nicht festgestellt werden, dass die Kündigung aufgrund einer wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers infolge außergewöhnlich hoher Lohnfortzahlungskosten gerechtfertigt gewesen wäre.

Außerdem sei die Kündigung nicht sozial gerechtfertigt gewesen, weil die abschließende Interessenabwägung zugunsten des Klägers hätte ausfallen müssen.

Der Kläger habe seine Erkrankungen gegenüber seinem Arbeitgeber auf die klimatischen Verhältnisse im Kühlhaus zurückgeführt, so dass diese betriebliche Ursachen hätten. Ferner sei zu berücksichtigen, dass der Kläger bereits seit 1976 bei der R. AG beschäftigt sei, zwei Kinder habe und bis auf die dargelegten Fehlzeiten keinen Anlass zu Beanstandungen gegeben habe. Mit Rücksicht auf diese Umstände sei es der Arbeitgeberin zuzumuten, den Kläger auch weiterhin als Fleischaufhauer mit dem entsprechenden Lohn zu beschäftigen.

3. Diese Erwägungen sind teilweise rechtsfehlerhaft, weil das Berufungsgericht entscheidungserhebliches Vorbringen des Beklagten außer Acht gelassen hat (§ 287 ZPO).

Für den **haftungsausfüllenden Ursachenzusammenhang** zwischen der anwaltlichen Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden hat der Tatrichter gemäß § 287 ZPO festzustellen, **was geschehen wäre, wenn der Rechtsanwalt sich vertragsgerecht verhalten hätte, und wie die Vermögenslage dann wäre.** Dieser trägt insoweit die Beweislast, die durch den Beweis des ersten Anscheins und die – gegenüber § 286 ZPO – geringeren Anforderungen des § 287 ZPO an die Darlegungslast und an das Beweismaß erleichtert wird (BGHZ 123, 311, 315 ff; 126, 217, 222 ff; BGH, Urt. v. 5.11.1992 – IX ZR 12/92, NJW 1993, 734).

Einen erstattungsfähigen Schaden hat der Mandant in der Regel dann erlitten, wenn er einen Prozess verloren hat, den er bei sachgemäßer anwaltlicher Vertretung gewonnen hätte. Für diese hypothetische Beurteilung ist maßgeblich, wie der Vorprozess nach Auffassung des Gerichts, das mit dem Regressanspruch befasst ist, richtigerweise hätte entschieden werden müssen.

Dabei ist auszugehen von dem Sachverhalt, der dem Gericht des Vorprozesses unterbreitet und von diesem aufgeklärt worden wäre.

Die Beweislastregeln des Vorverfahrens gelten grundsätzlich auch für den Regressprozess (BGHZ 133, 110, 111 ff m.w.N.). Dies bedeutet im vorliegenden Rechtsstreit, dass der Beklagte, der sich zur Abwehr des Regressanspruchs auf die Rechtswirksamkeit der Änderungskündigung beruft, die Darlegungs- und Beweislast zu tragen hat, die der Arbeitgeberin des Klägers in einem – rechtzeitig angestrebten – Kündigungsschutzprozess oblegen hätte.

Der Kläger hat die Darlegungs- und Beweislast für die Umstände, die er in einem solchen Prozess darzulegen und zu beweisen gehabt hätte, auch im Regressprozess gegen den Beklagten.

a) Das Berufungsgericht ist zu Recht von den Grundsätzen ausgegangen, die das Bundesarbeitsgericht für die Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer ordentlichen **Kündigung wegen Krankheit** gemäß § 1 Abs. 2 KSchG aufgestellt hat (NZA 1989, 923; 1990, 307; NJW 1990, 2338, 2339 und 2341, 2342 f, NZA 1993, 497, 498). Danach ist **diese Prüfung in drei Stufen** vorzunehmen.

Zunächst ist eine **negative Gesundheitsprognose** erforderlich; bei Zugang der Kündigung müssen objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang begründen. Sind danach weitere krankheitsbedingte Fehlzeiten zu besorgen, so ist zu prüfen, **ob sie die betrieblichen Interessen erheblich beeinträchtigen**. Ist das der Fall, so ist im Rahmen der Interessenabwägung nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG zu untersuchen, ob die Beeinträchtigungen **aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls vom Arbeitgeber noch hinzunehmen sind oder ein solches Ausmaß erreicht haben, dass sie ihm nicht mehr zuzumuten sind**.

Diese Grundsätze gelten entsprechend für die Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung (§ 2 KSchG).

b) aa) Da das Berufungsgericht offen gelassen hat, ob bei Zugang der Änderungskündigung im Mai 1994 eine negative Gesundheitsprognose die Besorgnis weiterer Erkrankungen des Klägers im bisherigen Umfang begründete, ist im Revisionsverfahren zugunsten des Beklagten von einer solchen Prognose auszugehen.

bb) In diesem Zusammenhang ist für das weitere Berufungsverfahren auf Folgendes hinzuweisen:

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (NZA 1989, 923; 1990, 307) **können häufige Kurzerkrankungen eine negative Gesundheitsprognose begründen**. Dann darf sich der Arbeitgeber zunächst darauf beschränken, die entsprechende Indizwirkung der krankheitsbedingten Fehlzeiten darzulegen. Dies hat der Beklagte getan.

Insoweit weist die Revision zu Recht darauf hin, dass nach dem Vorbringen des Beklagten – über die vom Berufungsgericht berücksichtigten Fehlzeiten hinaus – 1994 bis zur Änderungskündigung 22 Krankheitstage angefallen sind. Für 1993 sind die Fehlzeiten, die nicht unfallbedingt waren, ins Verhältnis zu setzen zu der jährlichen Arbeitszeit abzüglich der 42 unfallbedingten Fehltage.

Der Kläger als Arbeitnehmer hat dann gemäß § 138 Abs. 2 ZPO darzutun, **warum mit seiner baldigen Genesung zu rechnen sei**. Kennt er seinen Gesundheitszustand nicht sicher, so genügt er seiner prozessualen Mitwirkungspflicht, **wenn er die Behauptung des Arbeitgebers bestreitet und seinen Arzt oder die Krankenkasse von der Schweigepflicht entbindet** (BAG, a.a.O.). Der Kläger hat diese Darlegungslast erkannt, aber bisher nicht erfüllt.

Sollte der Kläger dies nachholen, so dürfte es – wie im Regelfall – erforderlich sein, auf einen entsprechenden Beweisantritt des insoweit beweispflichtigen Beklagten (§ 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG) den behandelnden Arzt als sachverständigen Zeugen zu vernehmen (§§ 373 ff, 377 Abs. 3, 414 ZPO) oder – gemäß dem Beweisantritt des Beklagten oder von Amts wegen (§ 144 ZPO) – ein Gutachten eines Arbeitsmediziners (§§ 402 ff ZPO) einzuholen (vgl. BAG, NZA 1990, 307, 308; NJW 1990, 2341, 2343). In diesem Zusammenhang wird auch zu berücksichtigen sein, dass der Beklagte behauptet hat, der Kläger sei dauerhaft einer Akkordtätigkeit als Fleischaufhauer gesundheitlich nicht gewachsen (vgl. dazu BAG, NJW 1990, 2953, 2954; NZA 1993, 497, 498 f).

c) aa) Die Frage, ob die negative Gesundheitsprognose zu einer **erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen** führt, hat das Berufungsgericht insoweit rechtsfehlerfrei verneint, als eine solche Beeinträchtigung sich aus einer schwerwiegenden Störung des Betriebsablaufs ergeben kann.

Steuerberaterhaftung

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine **solche Störung im Produktionsprozess nur dann als Kündigungsgrund geeignet, wenn sie nicht durch Überbrückungsmaßnahmen, etwa durch die Einstellung einer Ersatzkraft oder den Einsatz eines Arbeitnehmers aus einer Personalreserve, vermieden werden kann** (BAG, NZA 1989, 923).

Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsverstoß festgestellt, dass der darlegungs- und beweispflichtige Beklagte (§ 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG) dazu keine substantiierten Angaben gemacht hat. Insoweit beanstandet die Revision das Berufungsurteil nicht.

bb) Sie rügt jedoch mit Erfolg die tatrichterliche Feststellung, **das Betriebsinteresse sei auch insoweit nicht beeinträchtigt, als keine erhebliche wirtschaftliche Belastung der Arbeitgeberin vorliege**.

Insoweit hat das Berufungsgericht die Behauptung des Beklagten außer Acht gelassen, der Kläger sei gesundheitlich außerstande, als Fleischaufhauer im Akkord zu arbeiten. Sollte dieses – vom Kläger bestrittene – Vorbringen richtig sein, so hätte eine erhebliche betriebliche Beeinträchtigung vorgelegen (BAG, NZA 1987, 555, 556; NJW 1990, 2953, 2954; NZA 1993, 497, 499).

d) Da das Berufungsgericht nicht geklärt hat, ob der Kläger im maßgeblichen Zeitpunkt des Zugangs der Änderungskündigung eine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung als Fleischaufhauer im Akkord nicht erbringen konnte und infolgedessen eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Betriebsinteresses wegen einer erheblichen wirtschaftlichen Belastung der Arbeitgeberin gegeben war, beanstandet die Revision auch zu Recht, dass die tatrichterliche Interessenabwägung unvollständig und deswegen rechtsfehlerhaft ist.

3. Eine neue Entscheidung im Berufungsverfahren wird das Versäumnisurteil des Landgerichts zumindest insoweit zu berücksichtigen haben, als der Feststellungsausspruch durch die Streitentscheidung des Landgerichts und den Berufungsantrag des Klägers teilweise gegenstandslos geworden ist.

- Belehrungspflichten
- Gestaltungsalternativen
- Kausalität
- Beweis der Kausalität

(OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.3.2000 – 10 U 224/99)

Leitsätze (d. Red.):

1. Der Steuerberater hat die vertragliche Nebenpflicht, den Mandanten vor Schaden zu bewahren und ihn auf offenkundige Fehlentscheidungen hinzuweisen. Das gilt auch für eine schädliche Gestaltung, die der Mandant mit dem Vorberater durchgeführt hat.

2. Ausgangspunkt der Belehrungspflichten ist der Inhalt des erteilten Mandats. Über die bei dessen Erledigung auftauchenden und in einem unmittelbaren Zusammenhang stehenden steuerrechtlichen Fragen hat er den Mandanten zu belehren.

3. Es kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass eine rechtsgeschäftliche Gestaltung allein aus steuerrechtlichen Gesichtspunkten erfolgte.

4. Die Vermutung beratungskonformen Verhaltens gilt dann nicht, wenn die Befolgung des Rates neben Vorteilen auch wesentliche Nachteile gebracht hätte.

Zum Sachverhalt:

Die Kläger, die als Eheleute in der Rechtsform einer BGB-Gesellschaft eine Bauträgersgesellschaft (in der Folge: GdBR) betreiben, begehren von dem Beklagten Schadenersatz wegen mangelhafter bzw. unterbliebener Beratung in steuerrechtlicher Hinsicht.

Der Kläger Ziffer 1) betreibt als Einzelunternehmen ein Baugeschäft. Etwa im Jahre 1982 gründete er zusammen mit seiner Ehefrau, der Klägerin Ziffer 2), die GdBR. Die Gesellschaft erwarb Grundstücke und beauftragte das Bauunternehmen des Klägers Ziffer 1) mit der Erstellung von Rohbauarbeiten. Der weitere Ausbau und die Fertigstellung der Objekte wurde von Drittfirmen ausgeführt.

Die schlüsselfertigen Häuser wurden von der GdBR jedenfalls teilweise umsatzsteuerfrei an private Endkunden veräußert. Da die Leistungen des Bauunternehmers der Umsatzsteuer unter-

fallen, wurden der GdB die erbrachten Rohbauarbeiten zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer in Rechnung gestellt. Diese Handhabung wurde von den Klägern vom Zeitpunkt der Gründung der GdB an eingehalten.

Der Beklagte wurde, nachdem zunächst andere Steuerberater für die Kläger tätig gewesen waren, Mitte 1987 mit der Beratung und Erledigung der steuerlichen Angelegenheiten sowohl der GdB als auch des Bauunternehmens beauftragt, insbesondere auch mit der Erstellung der erforderlichen Steuererklärungen der GdB ab dem Veranlagungszeitraum 1989.

Die Kläger nehmen den Beklagten, der zwischenzeitlich nicht mehr für sie tätig ist, auf Schadenersatz wegen zu viel bezahlter Umsatzsteuer in den Jahren 1990, 1991, 1994 und 1995 in Anspruch. Den von ihnen behaupteten Schaden hatten sie in der Klageschrift vom 15.2.1999 zunächst mit 290.556,45 DM beziffert. Mit Schriftsatz vom 30.4.1999 wurde nur noch ein Schaden in Höhe von 182.417,76 DM behauptet. Schließlich wurde mit Schriftsatz vom 11.6.1999 der geltend gemachte Anspruch auf 134.246,31 DM reduziert.

Die Kläger haben vorgetragen, im Laufe des Mandats hätte der Beklagte sie auf die ungünstigen steuerlichen Auswirkungen der Konstruktion von Bauunternehmung (in der Folge: BU) auf der einen und GdB auf der anderen Seite hinweisen müssen. Diese Konstruktion habe nämlich zur Folge gehabt, dass bei der BU Mehrwertsteuer auf die in den Rohbauleistungen enthaltenen Löhne angefallen sei, die der GdB in Rechnung gestellt worden sei. Diese habe, wenn sie umsatzsteuerfreie Geschäfte tätige, weder einen Vorsteuerabzug vornehmen können noch ihrerseits den Käufern Mehrwertsteuer berechnen können.

Hätte das BU die Grundstücke selbst erworben und nach Bebauung an die privaten Endkunden weiter veräußert, wären diese Umsätze ebenfalls umsatzsteuerfrei gewesen und der reine Lohnaufwand nicht mit Umsatzsteuer belastet worden. Das Vorschalten der GdB sei daher aus steuerlicher Sicht nachteilig gewesen.

Das hätte der Beklagte ohne weiteres erkennen können und sie, die Kläger, sowohl bei Übernahme des Mandats als auch jeweils bei Erstellung der Umsatzsteuerjahreserklärungen auf die steuerschädliche Konsequenz der bestehenden Gestaltung hinweisen müssen.

Der Schaden, der für die Jahre 1990 und 1991 sowie 1994 und 1995 geltend gemacht werde, bestehe in der vermeidbaren Steuerbelastung. Dabei sei davon auszugehen, dass in den Rechnungen der BU ein Lohnanteil von jeweils 60 % enthalten sei. Die darauf entfallende Mehrwertsteuer von 14 bzw. später 15 % stelle den ihnen entstandenen Schaden dar. In der späteren Aufstellung wird ersparte Gewerbesteuer als Vorteilsausgleich berücksichtigt und ein Eigenanteil für Lohnaufwendungen unterschiedlich zwischen 47 und 54 % behauptet. Der Schaden sei ihnen beiden entstanden; er liege darin, dass die durch die BU in Rechnung gestellte Umsatzsteuer nicht von ihnen beiden in ihrem gemeinsamen Unternehmen als Vorsteuer habe geltend gemacht werden können.

Eine Verjährung der geltend gemachten Ansprüche sei nicht eingetreten. Bezüglich der steuerlichen Mehrbelastung aus den Veranlagungsjahren 1994 und 1995 folge dies daraus, dass der Ersatzanspruch jeweils bei Abgabe der Umsatzsteuererklärungen entstanden sei. Diese seien für 1994 am 24.10.1996 und für 1995 am 18.3.1997 beim Finanzamt eingegangen. Bezüglich der Ersatzansprüche aus den Veranlagungsjahren 1990 und 1991 sei jedenfalls der Sekundäranspruch noch nicht verjährt, da der Beklagte sie nicht auf die ihnen zustehenden Schadenersatzansprüche hingewiesen habe.

(Anträge ...)

Der Beklagte hat vorgetragen, die Vor- und Nachteile der gewählten Konstruktion seien den Klägern von Anfang an bekannt gewesen. Maßgebend für die Gestaltung sei der Wunsch nach einer wirtschaftlichen Beteiligung der Klägerin Ziffer 2) an den geschäftlichen Aktivitäten des Klägers Ziffer 1) gewesen. Es hätte in Form einer Bauträgergesellschaft ein neues Unternehmensfeld entwickelt werden sollen, ohne die Klägerin Ziffer 2) in die wirtschaftlichen Risiken der BU einzubinden und ihr so zu ermöglichen, ebenfalls Vermögen zu bilden. Von daher sei nicht davon auszugehen, dass die Kläger nach einer Belehrung über die steuerlichen Auswirkungen eine andere Konstruktion gewählt hätten.

Im Übrigen sei der GdB kein Schaden entstanden. Wenn sie, wie die Kläger nun vortragen, überhaupt nicht als GdB hätten auftreten dürfen, hätten die Kläger auch als Gesellschafter keinen Gewinn erzielen können. Insbesondere der Klägerin Ziffer 2) sei daher von vornherein kein Schaden entstanden.

Außerdem sei er, der Beklagte, in den Erwerb der zu bebauenden Grundstücke nie eingeschaltet worden. Mit dem Kauf der Grundstücke seien die Fakten aber bereits geschaffen worden. Der geltend gemachte Schaden sei nicht schlüssig dargelegt. Es fehle ein Steuerbelastungsvergleich. Soweit dieser – im Laufe des Verfahrens – vorgelegt wurde, sei er nicht sachgerecht durchgeführt worden, da er sich auf einzelne Jahre beschränke.

Es sei nicht berücksichtigt, dass die BU, wenn sie nicht umsatzsteuerpflichtige Umsätze getätigt hätte, auch keinen Vorsteuerabzug hätte in Anspruch nehmen können. Auch gewerbesteuerrechtliche Gesichtspunkte seien einzu beziehen. Durch die Einschaltung der Klägerin Ziffer 2) seien die Gewerbesteuerfreibeträge verdoppelt worden. Schließlich hätte ein behaupteter höherer Gewinn auch zu höherer Einkommensteuer geführt.

Soweit Grundstücke schlüsselfertig bebaut verkauft worden seien, sei von den Klägern die Mehrwertsteuer einkalkuliert worden. Es werde bestritten, dass ein Eigenanteil an Bauleistungen von 60 % bzw., wie später vorgetragen worden sei, von ca. 53 % bestehe. Abzustellen sei nicht auf Löhne und Gehälter der BU allgemein, sondern streng auf die einzelnen Projekte bezogen. Der Eigenanteil liege daher durchweg niedriger als von den Klägern angenommen.

Schließlich folge schon daraus, dass unstreitig nicht alle Grundstücke mehrwertsteuerfrei verkauft worden seien, dass den Klägern das Problem bewusst gewesen und deshalb in manchen Fällen die steuerliche Gestaltung der gestalt gewählt worden sei, dass zunächst das Grundstück von der GdbR verkauft und sodann von den Erwerbern mit der BU ein Bauvertrag abgeschlossen worden sei. Schließlich seien die Ansprüche der Kläger allesamt verjährt.

Mit Urteil vom 20.8.1999 hat das Landgericht die Klage mit der Begründung abgewiesen, es sei nicht dargetan, dass der GdbR ein Schaden entstanden sei.

Gegen dieses Urteil richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Kläger, die ihre zuletzt gestellten Anträge weiter verfolgen.

Sie tragen vor, dem Landgericht sei zwar insoweit beizupflichten, dass ihnen ein Schaden nicht in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter der GdbR erwachsen sei. Es gehe aber nicht an,

zwischen ihrer Vermögenssphäre als Gesellschafter einerseits und als Eheleute andererseits zu unterscheiden. Wenn der Erwerb der Grundstücke, die Durchführung der Rohbauarbeiten und die Vermarktung der Grundstücke unmittelbar durch die Einzelfirma des Klägers Ziffer 1) erfolgt wäre, hätten die sich daraus ergebenden finanziellen Auswirkungen im Ehegatten-Innenverhältnis ausgeglichen werden können. Die Hälfte der von ihm aus der Bauträgertätigkeit erzielten Gewinne hätte er, der Kläger Ziffer 1), an sie, die Klägerin Ziffer 2), auskehren können.

Ergänzend sei darauf hinzuweisen, dass es auch eine weitere Gestaltungsalternative gegeben hätte, um den eingetretenen Schaden zu verhindern. Die Belastung der GdbR mit nicht abzugsfähiger Umsatzsteuer hätte auch dadurch vermieden werden können, dass die Rohbautätigkeit durch die GdbR selbst ausgeführt wird. Dann hätte diese nämlich keine Umsatzsteuer auf die Rohbauarbeiten entrichten müssen. Die dabei für seine, des Klägers Ziffer 1), Einzelfirma entstehenden Gewinneinbußen hätten durch Vereinbarung eines Vorabgewinns vollständig kompensiert werden können.

(Anträge ...)

Der Beklagte hält die Klage nach wie vor für unschlüssig, da der GdbR kein Schaden entstanden sei und zudem der geltend gemachte Schaden der Höhe nach nicht nachvollziehbar dargetan worden sei.

Die zulässige Berufung der Kläger hat in der Sache keinen Erfolg. Die Kläger haben keinen Anspruch gemäß §§ 675, 276, 249 BGB gegen den Beklagten wegen Schlechterfüllung des Steuerberatungsvertrages.

Aus den Gründen:

Die Kläger haben weder eine für den geltend gemachten Schaden ursächliche Pflichtverletzung des Beklagten dargetan noch nachgewiesen, dass sie einem entsprechenden Hinweis des Beklagten gefolgt wären. Auf die Frage der Nachvollziehbarkeit des geltend gemachten Schadens sowie die Frage der Verjährung kommt es somit nicht mehr an.

Eine schadenauslösende Pflichtverletzung des Beklagten ist nicht dargetan. Dieser war zwar ab Mitte 1987 mit der steuerlichen Betreuung

sowohl der GdB als auch der BU, insbesondere der Abgabe von Steuererklärungen befasst. **Im Rahmen dieses Aufgabenbereichs hatte er die vertragliche Nebenpflicht, seine Mandanten vor Schaden zu bewahren und auf Fehlentscheidungen, die für ihn offen zu Tage liegen, hinzuweisen** (BGH, NJW 1995, 958).

Allerdings richten die Aufgaben eines Steuerberaters sich grundsätzlich nach Inhalt und Umfang des erteilten Mandats. Folglich ist er verpflichtet, sich mit den steuerrechtlichen Punkten zu befassen, die zur pflichtgemäßen Erledigung des ihm erteilten Auftrags zu beachten sind. Nur in den hierdurch gezogenen Grenzen hat er den Auftraggeber auch ungefragt über die bei der Bearbeitung auftauchenden steuerrechtlichen Fragen zu belehren.

Müsste der Steuerberater Vorgänge, die ihm lediglich bei Gelegenheit des erteilten Auftrags bekannt geworden sind, jedoch in keiner unmittelbaren Beziehung zu der von ihm übernommenen Aufgabe stehen, jeweils daraufhin untersuchen, ob sie Veranlassung zu einem Rat oder Hinweis an den Mandanten geben, würde das zu einer erheblichen Ausweitung der geschuldeten Tätigkeit und damit gerade auf dem komplexen und unübersichtlichen Gebiet des Steuerrechts zu einer untragbaren Verschärfung der Anforderungen an die vertraglichen Hauptleistungen führen (BGH, a.a.O.).

Daraus folgt, dass ein Steuerberater nur in dem aufgezeigten Rahmen seinen Auftraggebern von sich aus die bedeutsamen steuerlichen Fragen, die bei der Erledigung eines Auftrags auftauchen, darzulegen hat und sie über die steuerlichen Folgen in Frage kommen der rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten zu belehren hat (BGH, NJW-RR 1992, 1110).

Im vorliegenden Fall war es nicht Aufgabe des Beklagten gewesen, die rechtliche Konstruktion – BU des Klägers Ziffer 1) auf der einen Seite/GdB beider Kläger auf der anderen Seite – zu entwickeln bzw. hier steuerlich beratend bei Gründung der GdB tätig zu sein. **Vielmehr wurde diese Konstruktion vom damaligen Steuerberater der Kläger entwickelt und von dessen Nachfolger in dieser Form weitergeführt.**

Der Beklagte war dann als dritter Steuerberater mit dieser Aufspaltung der geschäftlichen Tätigkeit der Kläger in zwei Unternehmen befasst. Eine Verpflichtung, dennoch beratend und hin-

weisend tätig zu sein, hätte sich für den Beklagten nur dann ergeben, wenn diese Konstruktion eine **steuerliche Fehlentscheidung** war und **dies entweder für einen durchschnittlichen Steuerberater auf den ersten Blick ersichtlich war oder der Beklagte dies aufgrund seiner persönlichen Kenntnisse positiv wusste.** Im vorliegenden Fall liegt schon die erste Voraussetzung – das Vorliegen einer offensichtlichen steuerlichen Fehlentscheidung – nicht vor.

Wie zwischen den Parteien unstreitig ist, hätte eine Belastung mit Umsatzsteuer, ohne diese als Vorsteuer wieder abziehen zu können, dann vermieden werden können, wenn – wovon in erster Instanz ausschließlich ausgegangen wurde – die BU des Klägers Ziffer 1) selbst ohne Zwischenschaltung der GdB die Grundstücke gekauft, bebaut und dann wieder verkauft hätte, da gemäß § 4 Ziffer 9a UStG Umsätze, die unter die Grunderwerbsteuer fallen, umsatzsteuerfrei sind.

Das hätte zum einen zur Folge gehabt, dass die GdB hätte aufgelöst werden müssen und diese keine Geschäfte betreiben, also auch keine Gewinne mehr hätte erzielen können. Zum anderen hätte es zur Folge gehabt, dass die BU dann einen Vorsteuerabzug nicht mehr hätte vornehmen können (das folgt aus § 15 Abs. 2 Ziffer 1 UStG), was sich wiederum für die BU ungünstig ausgewirkt hätte, außerdem vermehrt Gewerbesteuer angefallen wäre (was zwischenzeitlich unstreitig ist) und die Kläger bei höheren Gewinnen auch höhere Einkommensteuer hätten zahlen müssen.

Eine klare und eindeutige steuerliche Fehlentscheidung liegt somit nach diesen Ausführungen nicht vor, da beide Konstruktionen ihre steuerlichen Vor- und Nachteile haben. Dabei wurde bei den obigen Ausführungen noch nicht einmal berücksichtigt, welche Überlegungen der Kläger damals maßgebend für die Gründung der GdB (die zeitlich später als die BU gegründet wurde) waren.

Der Beklagte hat dazu vorgetragen, maßgebend sei eine wirtschaftliche Beteiligung der Klägerin Ziffer 2) an den geschäftlichen Aktivitäten des Klägers Ziffer 1) gewesen, ohne die Klägerin Ziffer 2) in die wirtschaftlichen Risiken der BU einzubinden. Auf diese Weise hätte die Klägerin Ziffer 2) Vermögen bilden können, um sie zum gleichberechtigten geschäftlichen Partner ihres Ehemannes mit allen sich daraus ergebenden erbrechtlichen Folgen zu machen.

Die Kläger haben lediglich bestritten, dass sie aufgrund erb- bzw. haftungsrechtlicher Problematik an der bestehenden Gestaltungsform hätten festhalten wollen; der Aspekt der Vermögensbildung der Ehefrau, der durchaus einleuchtend und nachvollziehbar ist, wird nicht in Abrede gestellt. **Im Übrigen kann auch nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der reale Lebenssachverhalt (hier: Gründung der GdbR mit Beteiligung der Klägerin Ziffer 2)), aufgrund dessen ein Steuerschuldverhältnis entsteht (vgl. § 38 AO), nicht tatsächlich auch gewollt war, sondern nur unter dem Aspekt der steuerlichen Auswirkungen initiiert wurde.**

Ähnliche Überlegungen gelten für den in zweiter Instanz neu erbrachten Vortrag.

Mit der Berufung tragen die Kläger eine neue Variante dahin gehend vor, dass nicht, wie in erster Instanz vorgeschlagen, die BU die Grundstücksgeschäfte tätigt, sondern die GdbR nicht nur die Grundstücksvermarktung vornimmt, sondern auch die Bauleistung erbringt, was zur Folge gehabt hätte, dass sie keine Umsatzsteuer auf die Rohbauarbeiten hätte entrichten müssen. Auf diese Variante hätte der Beklagte sie ebenfalls hinweisen müssen.

Insoweit mag den Klägern zugestanden werden, dass dann Umsatzsteuer gemäß § 4 Nr. 9a UStG nicht wie geschehen angefallen wäre. **Allerdings wäre dann die GdbR auch nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt gewesen (das folgt aus § 15 Abs. 2 Ziffer 1 UStG), was sich bei einem Bauunternehmen, das in der Regel auch in regelmäßigen und vorhersehbaren Abständen größere Baumaschinen oder Ähnliches anschaffen muss, erheblich auswirken kann.**

Außerdem wäre auch bei dieser Konstruktion **vermehrt Gewerbesteuer** angefallen und hätten die Kläger höhere Einkommensteuer zahlen müssen.

Aus diesen Ausführungen folgt, dass eine „offen zu Tage liegende Fehlentscheidung“ (BGH, NJW-RR 1991, 1125), die einen Hinweis bzw. eine Beratung erforderlich gemacht hätte, hier nicht bestand. Unstreitig war ja die steuerliche Behandlung, so wie sie vom Beklagten auf der Grundlage der von ihm bei Mandatsbeginn vorgefundenen rechtlichen Konstruktion gehandhabt wurde, korrekt.

Das wird auch von den Klägern nicht in Abrede gestellt. Sie beanstanden allein, dass die von

ihnen einmal, ohne Mitwirkung des Beklagten, gewählte Konstruktion nicht auf Hinweis des Beklagten geändert wurde. Zu einem solchen Hinweis bestand aber, wie ausgeführt, im vorliegenden Fall kein Anlass für den Beklagten.

Dazu kommt Folgendes: Die Kläger haben nicht den Nachweis erbracht, nicht einmal schlüssig vorgetragen, dass sie sich bei einem entsprechenden Hinweis des Beklagten auf die Möglichkeit der Einsparung von Umsatzsteuer entsprechend diesem Hinweis verhalten hätten. Zwar trifft es zu, wie die Kläger vortragen, **dass bei der Verletzung von vertraglichen Aufklärungs- und Beratungspflichten analog § 282 BGB vermutet wird, dass der Mandant sich entsprechend der Beratung verhalten hätte** (Stichwort: *aufklärungsrichtig*; vgl. Palandt/Heinrichs, BGB 59. Aufl., § 282 Rdnr. 15).

Diese Vermutung gilt aber dann nicht, wenn mehrere Verhaltensalternativen in Frage kommen bzw. wenn die Befolgung des Rats neben Vorteilen auch wesentliche Nachteile gebracht hätte (BGH, NJW 1994, 2541: Diese Vermutung gilt nur für die Fälle, in denen es für den aufzuklärenden Partner vernünftigerweise nur **eine** Möglichkeit der Reaktion gibt, die vollständige und richtige Auskunft also keinen Entscheidungskonflikt ausgelöst hätte).

Im vorliegenden Fall gab es, wie bereits ausgeführt, nicht nur eine Möglichkeit der Reaktion. Die langjährig geübte Handhabung durch die Kläger – und ihnen folgend durch den Beklagten – war ja nicht nur steuerlich ungünstig, sondern wurde, wie bereits ausgeführt, zum einen durch andere steuerliche Vergünstigungen jedenfalls teilweise ausgeglichen und zum anderen können auch **Motive und Überlegungen außerhalb des Steuerrechts** (Vermögensbildung und geschäftliche Betätigung der Klägerin Ziffer 2)) eine Rolle gespielt haben.

Von einem Anscheinsbeweis dahin gehend, dass bei einem Hinweis des Beklagten der Kläger Ziffer 1) allein mit seiner BU alle Grundstücksgeschäfte durchgeführt hätte, vermag der Senat demnach nicht auszugehen. Es bleibt daher bei der allgemeinen Beweisregel, dass die Kläger den Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem behaupteten Schaden nachweisen müssen. Beweis dafür ist aber nicht angetreten. Die Kläger tragen nicht einmal ansatzweise substantiiert vor, wie sie bei einem entsprechenden Hinweis des Beklagten den Entscheidungskonflikt gelöst hätten.

Das gilt auch für die nunmehr in der Berufungsinstanz erstmals aufgezeigte Möglichkeit, dass nicht die BU alleine, sondern die GdBR alleine die Grundstücksgeschäfte einschließlich der Rohbauarbeiten hätte tätigen können.

Von einer zu einer Vermutung führenden Annahme dahin gehend, dass der Kläger Ziffer 1) sein seit langen Jahren als Alleininhaber geführtes Bauunternehmen entweder zugunsten der GdBR, bestehend aus ihm und seiner Ehefrau, aufgegeben oder doch zumindest in größerem Umfang Aufgabenbereiche (Erstellung von Rohbauarbeiten auf den Grundstücken der GdBR) auf die GdBR übertragen hätte, kann genauso wenig ausgegangen werden wie für den umgekehrten Fall.

Die Kläger behaupten ja auch gar nicht, dass sie sich für die eine oder andere Konstruktion entschieden hätten, sie zeigen dies nur als Möglichkeit auf. Dies reicht zum Nachweis der Kausalität nicht aus.

Weiter spricht gegen eine Hinweis- und Beratungspflicht des Beklagten, dass die Kläger die Problematik der verschiedenen steuerlichen Auswirkungen durch die Vorschaltung der GdBR durchaus gekannt haben. Das ergibt sich schon aus Folgendem:

Die Kläger hatten zunächst Schadenersatz geltend gemacht für 16 Baustellen und hier für die Jahre 1990, 1991, 1994 und 1995. Weshalb die Jahre 1992 und 1993 nicht erfasst sind, wird nicht vorgetragen. Nach Hinweis des Beklagten in der Klageerwiderung darauf, dass entgegen dem Klagevortrag bei mehreren der Baustellen die GdBR und nicht die BU mit den späteren Erwerb der Grundstücke Bauverträge abgeschlossen hatten, die einen Mehrwertsteuerausweis vorsahen, wurde die Klage bezüglich der Hälfte der streitgegenständlichen Objekte zurückgenommen, was immerhin ca. ein Drittel der Klageforderung ausmachte (Reduzierung von 290.556 DM auf 182.417 DM). Begründet wurde dies damit, dass die Kläger „in den Streitjahren teilweise auch als Generalunternehmer tätig gewesen seien und in diesem Zusammenhang umsatzsteuerpflichtige Werkleistungen erbracht hätten“.

Daraus kann nur der Schluss gezogen werden, dass den Klägern sowohl das Problem als auch die Möglichkeit der unterschiedlichen steuerlichen Auswirkungen bekannt war, so dass ein Beratungsbedarf von vornherein nicht bestand.

Dazu kommt weiter, dass der Beklagte, wie er unbestritten vorgetragen hat, in die einzelnen Kauf- bzw. Werkverträge nicht einbezogen war. Er war jeweils immer erst ca. zwei Jahre später mit diesen Vorgängen befasst, wenn er die Jahresabschlüsse gefertigt hat. Er hätte also allenfalls für die Zukunft hinweisend tätig sein können. Dass er dazu nicht verpflichtet war, wurde bereits ausgeführt.

Nach alledem ist eine ursächlich zu einem Schaden führende Pflichtverletzung des Beklagten nicht nachgewiesen.

Auf anderes, etwa die Frage, ob der Schaden nachvollziehbar und überprüfbar dargelegt ist, sowie die Frage der Verjährung, kommt es daher nicht mehr an. (...)

Notarhaftung

- Belehrungspflicht zur Schenkungsteuer
(OLG Oldenburg, Urt. v. 18.6.1999 - 13 U 16/99)

Leitsatz:

Der Notar muss die Beteiligten nicht darüber belehren, dass bei einer Ausgestaltung einer Übertragung an Abkömmlinge und deren Ehegatten im Wege der Kettenschenkung Schenkungsteuer gespart werden kann.

Zum Sachverhalt:

Die Entscheidung befasst sich mit der Frage, inwieweit den Notar gemäß § 17 BeurkG eine Belehrungspflicht hinsichtlich steuerlicher Fragen trifft.

Der Notar beurkundete einen Vertrag, durch den die Schwiegermutter ihrer Schwiegertochter und deren Ehemann jeweils zur Hälfte ein Hausgrundstück übertrug. In der Vereinbarung verpflichteten sich die Erwerber, ihrer Mutter bzw. Schwiegermutter ein lebenslanges Wohnrecht einzuräumen und sie in alten und kranken Tagen zu hegen und zu pflegen. Die Schwiegertochter wurde zur Schenkungsteuer herangezogen.

Im Prozess trug die Schwiegertochter vor, dass der Notar auf ihre Frage bei der Beurkundung fehlerhaft belehrt habe, dass keine Schenkung-

Notar

steuer anfallt. Zudem sei der Notar verpflichtet gewesen, sie darauf hinzuweisen, dass die Schenkungsteuer dadurch hätte vermieden werden können, dass ihre Schwiegermutter das Hausgrundstück zunächst ihrem Sohn geschenkt und dieser der Klägerin später einen halben Miteigentumsanteil abgetreten hätte (vgl. zur steuerlichen Anerkennung einer ehebedingten Zuwendung im Rahmen einer Kettenschenkung FG Rheinland-Pfalz, DNotI-Report 1999, 114 f.).

Aus den Gründen:

Das Oberlandesgericht verneint zunächst, dass der Klägerin aufgrund einer Amtspflichtverletzung des Notars ein Schaden entstanden sei. Denn selbst wenn die Klägerin unrichtig dahingehend belehrt wurde, dass keine Schenkungsteuer anfallt, hätte dies nicht zu einem anderen Geschehensablauf geführt.

Die Klägerin hat insoweit nicht konkret vorgetragen, dass der Vertragsschluss dann zunächst unterblieben wäre.

Das Oberlandesgericht stellt weiterhin fest, dass der Notar nicht zur Belehrung über die Möglichkeit einer Kettenschenkung verpflichtet gewesen sei, weil er seine **Neutralität** gegenüber den Beteiligten zu wahren hatte. Die Kettenschenkung hätte nämlich so ausgestaltet werden müssen, dass das gesamte Grundstück zunächst allein dem Sohn übertragen worden wäre und ihm bezüglich der Weiterübertragung der Miteigentumshälfte an seine Ehefrau ein gewisser Entscheidungsspielraum hätte verbleiben müssen.

Dies sei allerdings problematisch, weil die Schwiegertochter gleichzeitig mit dem Eigentumserwerb Pflichten gegenüber der Übergeberin übernehmen sollte. Aufgrund der Pflegeverpflichtung lag es im Interesse der Schwiegermutter, dass bereits eine bindende Verpflichtung der Schwiegertochter zur Hege und Pflege begründet wurde. Eine gleichwertige Rechtsposition hätte sie bei einer modifizierten Kettenschenkung nicht erhalten.

Der Notar ist nach Auffassung des Oberlandesgerichts aber nicht verpflichtet, den Beteiligten Gestaltungsmöglichkeiten vorzustellen, die entweder den Interessen der Schwiegermutter oder der Schwiegertochter zuwiderlaufen mussten und vielleicht sogar zu Konflikten zwischen den Beteiligten führen konnten.

- Vollzugsreife
- Vollzugsauftrag
- Streit unter den Vertragsparteien
(OLG Köln, Urt. v. 19.5.1999 - 2 Wx 18/99)

Leitsätze:

1. Die weitere Beschwerde nach § 15 Abs. 1 Satz 3 BNotO ist eine Rechtsbeschwerde, so dass die Entscheidung des Landgerichts nur auf Rechtsfehler überprüft werden kann.
2. Der Notar darf nach Eintritt der Vollzugsreife einer Urkunde nicht schon dann davon absehen, die Urkunde und den in ihr enthaltenen Antrag auf Umschreibung des Eigentums bei dem Grundbuchamt einzureichen, wenn nur einzelne Beteiligte den Vollzugsauftrag zurücknehmen oder den Notar anweisen, vom Vollzug des Vertrages abzusehen.
3. Es ist nicht Aufgabe des Notars, zwischen den Vertragspartnern streitig gewordene Fragen zu klären und zu entscheiden.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat die Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1) und 2) vom 18.12.1998 zu Recht als Beschwerde gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO behandelt. § 15 Abs. 1 BNotO erfasst alle Fälle der Amtsverweigerung, also auch die Ablehnung einer Vollzugstätigkeit nach § 53 BeurkG (vgl. Senat v. 29.4.1988 - 2 Wx 33/87, DNotZ 1989, 257; Senat v. 13.6.1990 - 2 Wx 16/90, OLGZ 1990, 397, 398; BayOLG, MittBayNot 1999, 200; OLG Hamm v. 1.2.1994 - 15 W 38/94, OLGZ 1994, 495, 497).

Auch in der Sache selbst hält die angefochtene Entscheidung der rechtlichen Überprüfung durch den Senat stand.

Die von den Beteiligten gemäß § 1 Nr. 3 der Vertragsurkunde vom 16.3.1999 abgegebenen Auflassungserklärungen sind Willenserklärungen i.S.v. § 53 BeurkG, die der Notar nach dem Eintritt der Vollzugsreife der Urkunde beim Grundbuchamt einzureichen hat. Nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung gilt dies nur dann nicht, wenn alle Beteiligten gemeinsam etwas anderes verlangen.

Der Notar darf deshalb nach Vollzugsreife nicht schon dann davon absehen, die Urkunde und den in ihr enthaltenen Antrag auf Um-

schreibung des Eigentums bei dem Grundbuchamt einzureichen, wenn nur einzelne Beteiligte den Vollzugsauftrag zurücknehmen oder den Notar anweisen, die Urkunde nicht beim Grundbuchamt einzureichen (vgl. *Senat v. 13.6.1990 - 2 Wx 16/90, OLGZ 1990, 397, 401; BayOLG, Mitt-BayNot 1999, 200; OLG Hamm v. 24.6.1986 - 28 U 349/85, DNotZ 1987, 166; OLG Hamm v. 1.2.1994 - 15 W 38/94, OLGZ 1994, 495, 497; Mecke/Lerch, BeurkG 2. Aufl. 1991, § 53 Rz. 9, 10; teilw. m.w.N.*).

Es ist nicht Aufgabe des Notars, zwischen den Parteien streitig gewordene Fragen zu klären und zu entscheiden. Vielmehr ist derjenige der Beteiligten, der sich auf die Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrages berufen will, gehalten, eine der Urkunde entgegenstehende Rechtslage in einem Zivilrechtsstreit geltend zu machen und gegebenenfalls zur Verhinderung des Vollzuges ein Erwerbsverbot zu erwirken (vgl. *Senat v. 13.6.1990 - 2 Wx 16/90, OLGZ 1990, 397, 398; OLG Hamm v. 1.2.1994 - 15 W 38/94, OLGZ 1994, 495, 498*).

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Notar deshalb nach § 14 Abs. 2 BNotO an der Antragstellung gehindert ist, weil nach hoher Wahrscheinlichkeit das Grundbuch durch den Vollzug der Urkunde unrichtig würde, oder wenn eine erhebliche Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass der mit der Umschreibung im Grundbuch zu erfüllende schuldrechtliche Vertrag unwirksam ist (vgl. *Senat v. 13.6.1990 - 2 Wx 16/90, OLGZ 1990, 397, 398; BayOLG, Mitt-BayNot 1999, 200*).

Hiervon ist das Landgericht zutreffend ausgegangen. Es hat – nach Durchführung einer Beweisaufnahme – rechtsfehlerfrei verneint, dass hier einer der genannten Ausnahmefälle gegeben wäre, in denen der Notar zur Verweigerung des Vollzuges der von ihm beurkundeten Erklärungen berechtigt ist.

Ein notariell beurkundeter Kaufvertrag über ein Grundstück ist allerdings – als Scheingeschäft – gemäß § 117 Abs. 1 BGB dann nichtig, wenn die Parteien im Zeitpunkt der Beurkundung darüber einig sind, dass ein anderer als der beurkundete Kaufpreis geschuldet sein soll. In einem solchen Fall ist – bis zu einer Heilung nach § 313 Satz 2 BGB durch Umschreibung des Eigentums im Grundbuch – auch der wirklich gewollte, aber nicht beurkundete Kaufvertrag wegen Formmangels gemäß den §§ 125, 313 Satz 1 BGB nichtig (vgl. *nur Palandt/Heinrichs, BGB 58. Aufl. 1999, § 117 Rz. 8 und § 313 Rz. 36 m.w.N.*).

Eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Beteiligten bei der Beurkundung des Vertrages vom 16.3.1994 darüber einig gewesen wären, dass ein anderer (höherer) als der beurkundete Kaufpreis gezahlt werden solle, hat das Landgericht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht festgestellt.

Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Angriffe der weiteren Beschwerde gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts gehen fehl.

Die Feststellung des entscheidungserheblichen Sachverhalts ist allein Aufgabe des Tatrichters. Die weitere Beschwerde gegen die Entscheidung des Landgerichts nach den §§ 15 Abs. 1 Satz 3 BNotO, 27 Abs. 1 FGG ist Rechtsbeschwerde (vgl. *Seybold/Hornig/Reithmann, BNotO 6. Aufl. 1995, § 15 Rz. 91*).

Der Senat als Rechtsbeschwerdegericht kann die Feststellung des Sachverhalts durch den Tatrichter und dessen Beweiswürdigung nur auf Rechtsfehler, also nur daraufhin überprüfen, ob der Tatrichter den maßgebenden Sachverhalt ausreichend erforscht, bei der Erörterung des Beweisstoffs alle wesentlichen Umstände berücksichtigt und hierbei nicht gegen die Denkgesetze, feststehende Erfahrungssätze oder den allgemeinen Sprachgebrauch verstoßen hat (vgl. *Keidel/Kuntze/Kahl, FGG 14. Aufl. 1999, § 27 Rz. 42 m.w.N.*).

Die angefochtene Entscheidung des Landgerichts hält der Überprüfung nach diesen Grundsätzen stand.

Die Schlussfolgerung des Landgerichts, neben der Aussage des Zeugen S., der die Zahlung von „Schwarzgeld“ nicht bestätigt hat, spreche auch und gerade die Entwicklung der Geschäftsbeziehung zwischen den Beteiligten gegen einen Schwarzkauf, ist auch nach der Auffassung des Senats nahe liegend, jedenfalls aber möglich und schon deshalb aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. (...)

Mangels der erforderlichen erheblichen Wahrscheinlichkeit dafür, dass der genannte Vertrag unwirksam ist, ist der Notar deshalb nicht berechtigt, den Vollzug der Urkunde zu verweigern.

Steuerberaterhaftung

- Schlüssige Schadendarlegung
 - Aufteilung von Steuernachzahlung auf Gesellschafter
 - Möglichkeit der Richtigstellung
 - Fehlende Kenntnis der Tantiemeregelung
 - Nachträgliche Änderung?
- (OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.10.1998 - 13 U 26/97)

Leitsätze (d.Red.):

1. Die fehlerhafte Verteilung von Steuernachzahlungsansprüchen nach einer Betriebsprüfung auf die Alt- und Neugesellschafter führt nicht zu einem Schaden, wenn dies zwischen ihnen nicht mehr richtig gestellt werden kann.

2. Entdeckt der Steuerberater während der Bilanzerstellung, dass keine wirksame vertragliche Vereinbarung einer Tantiemenauszahlung zugrunde liegt, kann die schriftliche Vereinbarung nicht mehr steuerrechtlich wirksam nach der Auszahlung nachgeholt werden.

Aus den Gründen:

Die Berufung des Beklagten hat Erfolg, soweit die Parteien den Rechtsstreit nicht in der Hauptsache für erledigt erklärt haben.

Die Berufung der Klägerin ist unbegründet. Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Schadenersatzanspruch wegen fehlerhafter steuerlicher Beratung.

Die Klägerin hat **nicht schlüssig dargetan, dass ihr durch ein fehlerhaftes Verhalten des Beklagten ein Schaden entstanden ist**. Das ergibt sich insbesondere auch nicht aus der von der Klägerin im Senatstermin vom 3.9.1998 überreichten Aktennotiz des Steuerberaters ... vom 2.2.1996 (Stellungnahme des Steuerberaters ... zu dem Schriftsatz von Rechtsanwalt ... vom 19.12.1995).

Zu den einzelnen von der Klägerin geltend gemachten Schadenpositionen:

1. Rückstellung für die Gewerbesteuer-nachzahlung für die Jahre 1988 und 1989

Dazu hat die Klägerin zunächst vorgetragen, dass die Gewerbesteuernachzahlung von 5.586 DM für 1988/89, die sie und der Altgesellschafter ... aufgrund der mit den Neugesellschaftern getroffenen Vereinbarung an diese

hätte zahlen müssen, geringer gewesen wäre, wenn der Beklagte entsprechend hohe Rückstellungen und nicht nur die viel zu geringe Rückstellung i.H.v. 467 DM gebildet oder solche Rückstellungen spätestens bei der Betriebsprüfung beantragt hätte. Bei Rückstellungen i.H.v. 5.586 DM hätten sie, die Klägerin und der Altgesellschafter ..., Gewerbesteuern i.H.v. 888 DM und Körperschaftsteuern i.H.v. 2.115 DM gespart, so dass ihr, der Klägerin, insoweit ein Schaden i.H.v. 444 DM und 1.057,50 DM entstanden sei.

In ihrem nachgelassenen Schriftsatz vom 21.1.1998 hat die Klägerin - wie bereits in ihrem Schriftsatz vom 9.2.1996 - dagegen „klarstellend“ vorgetragen, dass die schadenbegründende Handlung des Beklagten hauptsächlich in der falschen Aufteilung der Steuerlast zwischen den Alt- und Neugesellschaftern zu sehen sei, die der Beklagte in seinem an die Klägerin gerichteten Schreiben vom 27.7.1993 vorgenommen habe. Aufgrund der Betriebsprüfung hätte dem Beklagten klar sein müssen, dass der Betrag von 5.119 DM (5.586 DM abzgl. der Rückstellung von 467 DM) als Verbindlichkeit bzw. Rückstellung in der Bilanz zum 31.12.1989 erfasst gewesen sei, damit den Jahresgewinn von 1989 vermindert habe und somit dieser Betrag bereits von den Altgesellschaftern als vergütet anzusehen gewesen sei. Die Altgesellschafter hätten daher nicht noch einmal mit diesem Betrag belastet werden dürfen, wie es der Beklagte in seiner Aufteilung der Steuern vom 27.7.1993 getan habe.

Nach diesem letzten Vortrag der Klägerin ist davon auszugehen, dass der Beklagte die zunächst von der Klägerin beanstandete Rückstellung für die Gewerbesteuer 1988/89 zutreffend gebildet und in der Bilanz für das Jahr 1989 berücksichtigt hat. **Den geltend gemachten Schaden kann die Klägerin jedoch nicht allein damit begründen, dass der Beklagte die aufgrund der Betriebsprüfung von der GmbH nachzuzahlenden Steuern für die Jahre 1988/89 auf die Alt- und Neugesellschafter falsch verteilt habe.**

Sollte der Beklagte die nachzuzahlenden Steuern fehlerhaft zum Nachteil der Klägerin aufgeteilt haben, wie diese behauptet, so ist aus diesem Umstand allein noch kein Schaden der Klägerin zu erkennen. Zwar haben die Klägerin und der Altgesellschafter ... gemäß der Empfangsbestätigung vom 10.3.1993 an die Neugesellschafter insgesamt 23.000 DM gezahlt. Diese Zahlung ist

jedoch unter dem Vorbehalt einer endgültigen Abrechnung der Forderungen der Firma ... gegen die alten Gesellschafter und der Forderungen der alten Gesellschafter gegen die GmbH erfolgt.

Wenn sich nunmehr herausstellen sollte, dass die von dem Beklagten in seinem Schreiben vom 27.7.1993 vorgenommene Aufteilung der nachzuzahlenden Steuern fehlerhaft war, weil sie nicht der tatsächlichen Steuerlast der GmbH vor und nach dem 31.12.1989 entsprach, ist nicht ersichtlich und von der Klägerin **auch nicht vorgetragen, dass dies nicht mehr richtig gestellt werden kann**. Die von der Klägerin vorgetragene Vereinbarung über die Aufteilung der an sich von der GmbH nachzuzahlenden Steuern auf die Alt- und Neugesellschafter wurde zwischen diesen persönlich getroffen, so dass es entscheidungsunerheblich ist, dass die GmbH zwischenzeitlich aufgelöst und im Handelsregister gelöscht worden ist.

Ein Schaden der Klägerin käme allenfalls dann in Betracht, wenn die Klägerin aufgrund der behaupteten falschen Aufteilung der nachzuzahlenden Steuern einen zu hohen Betrag an die Neugesellschafter gezahlt hätte, den sie von diesen nicht mehr zurückerlangen könnte. Dazu hat die Klägerin jedoch nichts vorgetragen. Es sind auch insoweit keine konkreten Anhaltspunkte dafür ersichtlich.

2. Zur Tantieme von 12.000 DM

Dadurch, dass das Finanzamt die an die Klägerin ausgezahlte Tantieme von 12.000 DM bei der Betriebsprüfung als verdeckte Gewinnausschüttung angesehen hat, ist der Klägerin nach ihrer Behauptung ein Schaden von 2.082 DM entstanden. Diesen Schaden kann die Klägerin von dem Beklagten jedoch nicht erstattet verlangen, weil sie nicht schlüssig dargetan hat, dass der Beklagte sie bezüglich der Tantiemenauszahlung falsch beraten hat. Dazu hat die Klägerin unter Beweisanspruch vorgetragen, dass der Beklagte entgegen seiner steuerberaterlichen Verpflichtung weder sie noch den Gesellschafter ... darauf hingewiesen habe, dass die Auszahlung von Tantiemen vorher schriftlich vereinbart werden müsse, um steuerrechtlich vom Finanzamt anerkannt zu werden. Die Auszahlung von Tantiemen, und zwar auch die vorliegende Tantieme, sei nur nach vorheriger Rücksprache mit dem Beklagten erfolgt.

Der Beklagte hat das Vorbringen der Klägerin insoweit bestritten und behauptet, dass die

Gesellschafter ihn über die Auszahlung der 12.000 DM an die Klägerin nicht informiert hätten. **Auf den konkreten Vortrag des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 8.6.1996, die Klägerin möge konkret darlegen, wann welcher Gesellschafter ihm welche Frage zur Tantiemenauszahlung gestellt habe, hat die Klägerin keine konkreten Angaben gemacht.** Ihr Vorbringen zu der Tantiemenauszahlung von 12.000 DM ist daher unschlüssig.

Dem Beweisanspruch der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 9.2.1996 bezüglich der Tantiemenauszahlung von 12.000 DM war nicht nachzugehen, weil es sich insoweit um einen unzulässigen **Ausforschungsbeweis** handelt. Denn durch die beantragte Vernehmung des Zeugen ... sollen erst Erkenntnisquellen erschlossen werden, die es vielleicht ermöglichen, bestimmte Tatsachen zu behaupten und sodann unter Beweis zu stellen.

Die Klägerin macht auch **erfolglos geltend, dass der Beklagte spätestens bei der Bilanzerstellung und der Anfertigung der Steuererklärung für das Jahr 1989 hätte feststellen müssen, dass eine schriftliche Vereinbarung über die Auszahlung der Tantieme von 12.000 DM nicht vorliege.**

Zum einen hat der Beklagte dazu vorgetragen, dass bei der Erstellung der Bilanz und der Anfertigung der Steuererklärung für das Jahr 1989 die genannte Tantiemenauszahlung nicht zu bemerken gewesen sei, weil ihm die **Höhe der Personalkosten vorgegeben** gewesen sei und aus diesen Vorgaben die Tantieme als solche nicht erkennbar gewesen sei. Zum anderen musste die schriftliche Vereinbarung über die Auszahlung der Tantieme von 12.000 DM vor der Auszahlung getroffen werden, um steuerrechtlich vom Finanzamt als Tantieme anerkannt zu werden.

Eine entsprechende schriftliche Vereinbarung über die Tantieme konnte nicht mehr steuerrechtlich wirksam nach der Auszahlung nachgeholt werden.

3. Nachzahlung von Körperschaftsteuern für 1989 i.H.v. 7.559 DM für beide Altgesellschafter

Unter Ziffer 5 ihrer Berufungsbegründung hat die Klägerin das erstinstanzliche Urteil angegriffen, soweit das Landgericht einen Schadenersatzanspruch der Klägerin i.H.v. 14.390,80 DM **wegen höherer Körperschaftsteuer infolge zu hoher Gewinnausschüttungen** verneint hat.

Diesen angeblichen Steuernachteil macht die Klägerin in ihrem Berufungsantrag aber nicht geltend. Vielmehr führt die Klägerin in ihrer zusammenfassenden Aufstellung unter Ziffer 6 ihrer Berufungsbegründung unter der Rubrik „Körperschaftsteuer 1989“ einen Schaden von 7.559 DM unter Bezugnahme auf ihren erstinstanzlichen Schriftsatz vom 9.2.1996 auf.

Die Klägerin hat dazu vorgetragen, da am 27.12.1989 vor Ablauf des Wirtschaftsjahres eine Vorabausschüttung von 120.000 DM des Gewinns von 1989 beschlossen worden sei, habe der Betriebsprüfer nach den steuerlichen Vorschriften für Teilbeträge des Gewinns den Steuersatz für 1989 von bisher 36 % auf 56 % erhöht. Dadurch hätten sich Körperschaftsteuernachzahlungen für 1989 i.H.v. 7.559 DM ergeben, die von ihr, der Klägerin, und dem anderen Altgesellschafter ausgeglichen worden seien. Diese Körperschaftsteuernachzahlung für 1989 wäre nicht angefallen, wenn der Ausschüttungsbeschluss nach dem 31.12.1989 gefasst worden wäre. Außerdem hätten die Altgesellschafter nicht mit diesem Betrag belastet werden dürfen, da die Firma ... in gleicher Höhe für 1990 eine Steuergutschrift erhalten habe, die wirtschaftlich das Jahr 1989 betreffe.

Das Vorbringen der Klägerin ist insoweit nicht schlüssig. Aus dem Prüfungsbericht des Finanzamts vom 15.1.1993 ergibt sich, dass abweichend von der Verfahrensweise der Betriebsfirma die Vorabausschüttung von 120.000 DM für 1989 (Beschluss v. 27.12.1989, vollzogen in 1990) mit dem verwendbaren Eigenkapital am 31.12.1990 zu verrechnen ist und die Körperschaftsteueränderungen insoweit für 1990 eintreten. Danach ist die Körperschaftsteueränderung bezüglich der Gewinnausschüttung von 120.000 DM entgegen der Behauptung der Klägerin nicht im Jahr 1989, sondern im Jahr 1990 eingetreten.

Im Übrigen hat die Klägerin nicht schlüssig dargelegt, inwiefern ihr ein vom Beklagten zu vertretender Schaden entstanden sein soll. **Die Steuernachforderung stellt grundsätzlich keinen Schaden des Steuerpflichtigen dar.** Denn er hätte auch bei ordnungsgemäßer Arbeit des Steuerberaters die vom Finanzamt erst nach der Außenprüfung geforderten Steuern zahlen müssen.

Die Belastung mit den im Gesetz vorgesehenen Steuern stellt keinen Schaden dar. Dieser setzt vielmehr einen objektiv vermeidbaren Vermögensnachteil voraus. Soweit die Klägerin

vorträgt, die genannte Körperschaftsteuernachzahlung für 1989 wäre nicht angefallen, wenn der Ausschüttungsbeschluss nach dem 31.12.1989 gefasst worden wäre, ist ihr Vorbringen unsubstantiiert, da jegliche Begründung fehlt.

Soweit die Klägerin geltend macht, die Altgesellschafter hätten nicht mit der Körperschaftsteuernachzahlung von 7.559 DM belastet werden dürfen, da die Firma ... in gleicher Höhe für 1990 eine Steuergutschrift erhalten habe, die wirtschaftlich das Jahr 1989 betreffe, ist nicht erkennbar, dass der Klägerin ein endgültiger Schaden entstanden ist. Wenn der Beklagte insoweit eine falsche Aufteilung der nachzuzahlenden Steuern vorgenommen haben sollte, ist nicht ersichtlich, dass – wie bereits erläutert – dies nicht mehr von den Alt- und Neugesellschaftern richtig gestellt und ausgeglichen werden könnte.

Abgesehen davon ist ein Schaden der Klägerin auch deshalb nicht zu erkennen, weil die Klägerin **die Vorbelastung der Gewinnausschüttung mit Körperschaftsteuern auf ihre persönliche Einkommensteuer hätte anrechnen lassen können** (§ 36 Abs. 2 Nr. 3 EStG). Um dies zu erreichen, konnte sie gemäß § 44 Abs. 1 Körperschaftsteuergesetz von der GmbH eine entsprechende Steuerbescheinigung zur Vorlage beim Finanzamt verlangen, wie es auch bei anderen Gewinnausschüttungen zugunsten der Klägerin geschehen ist. Dass eine entsprechende Anrechnung nicht erfolgt ist oder nicht mehr erfolgen kann, hat die Klägerin nicht behauptet.

4. Zum behaupteten Steuerschaden der Klägerin von 9.820 DM

Das Landgericht hat der Klägerin insoweit einen Schadenersatzanspruch i.H.v. 9.820 DM zuerkannt, weil nicht ersichtlich sei, dass eine Änderung des Einkommensteuerbescheides der Klägerin für das Jahr 1991 noch möglich sei. Dagegen richtet sich die Berufung des Beklagten, die Erfolg hat, soweit die Parteien den Rechtsstreit nicht in der Hauptsache für erledigt erklärt haben.

Entgegen der Auffassung der Klägerin und des Landgerichts war eine nachträgliche Berichtigung des Einkommensteuerbescheides der Klägerin für das Jahr 1991 aufgrund der Vorlage der Bescheinigung der Klägerin über die Ausschüttung der Firma ... vom 10.1.1991 unter Berücksichtigung der anrechenbaren Körper-

schaftsteuer- und Kapitalertragsteuerbeträge möglich, wie sich aus der vom Senat eingeholten Auskunft des Finanzamts vom 28.5.1998 und dem inzwischen vorliegenden geänderten Einkommensteuerbescheid vom 15.6.1998 für das Jahr 1991 ergibt.

Den von der Klägerin als Schaden geltend gemachten Betrag von 9.820 DM hat das Finanzamt in vollem Umfang zugunsten der Klägerin berücksichtigt. Ein Schaden ist der Klägerin daher durch das Versäumnis des Beklagten, der bei der Erstellung der Einkommensteuererklärung der Klägerin für 1991 die Gewinnausschüttung von 50.000 DM nicht angegeben hatte, nicht entstanden.

Die Klägerin hat im Hinblick auf den geänderten Einkommensteuerbescheid vom 15.6.1998 für 1991 den Rechtsstreit i.H.v. 9.213,25 DM in der Hauptsache für erledigt erklärt. Dieser Erledigungserklärung hat sich der Beklagte im Senatstermin vom 3.9.1998 angeschlossen.

Soweit die Klägerin meint, den vom Finanzamt in dem geänderten Steuerbescheid vom 15.6.1998 angesetzten Solidaritätszuschlag von 606,75 DM müsse der Beklagte tragen, ist ihr Vorbringen nicht nachvollziehbar. Denn **den Solidaritätszuschlag hätte die Klägerin in jedem Fall zahlen müssen**, also auch dann, wenn der Beklagte die Steuererklärung der Klägerin für 1991 gleich richtig erstellt hätte.

Soweit die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, waren der Klägerin unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands die Kosten gemäß § 91a ZPO aufzuerlegen.

Zwar ist dem Beklagten durch die **unrichtige Erstellung der Einkommensteuererklärung der Klägerin** für das Jahr 1991 ein Fehler unterlaufen. Die Klage war jedoch bezüglich des geltend gemachten Schadens von 9.820 DM von Anfang an unbegründet, weil der von der Klägerin behauptete Schaden nicht eingetreten ist.

Die Klägerin hätte schon vor Klageerhebung die nachträgliche Änderung ihres Einkommensteuerbescheides für das Jahr 1991 unter Anrechnung der bereits von ihr gezahlten Körperschaft- und Kapitalertragsteuerbeträge durch Nachmeldung der Ausschüttung von 50.000 DM und durch Vorlage der Bescheinigung über die Ausschüttung der Firma ... vom 10.1.1991 erreichen können.

Es ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin zu diesem Zweck gezwungen war, Klage zu erheben. **Der Beklagte hat sich, nachdem die Klägerin den Schaden von 9.820 DM im vorliegenden Verfahren geltend gemacht hat, sofort bereit erklärt, seine Arbeit insoweit nachzubessern.**

Dass die Klägerin den Beklagten bereits vor Klageerhebung zur entsprechenden Nachbesserung aufgefordert hat, hat die Klägerin, die der unzutreffenden Auffassung war, dass eine nachträgliche Änderung nicht mehr möglich sei, nicht behauptet. Eine solche Aufforderung an den Beklagten ergibt sich auch nicht aus der vorgelegten Korrespondenz. (...)

GI Leitsätze

Haftung des GmbH-Geschäftsführers/Sozialversicherungsbeiträge

1. Der Geschäftsführer einer GmbH haftet für die Abführung von Beiträgen der Arbeitnehmer der GmbH zur Sozialversicherung zu den gesetzlichen Fälligkeitszeitpunkten.

2. § 266a StGB stellt schon das Vorenthalten und nicht erst das Nichtabführen einbehaltener Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung unter Strafe.

3. Führen Banken entsprechende Überweisungsaufträge nicht aus, so entlastet das den Geschäftsführer der GmbH jedenfalls dann nicht, wenn er dies untätig hinnimmt und nicht auf Ausführung der Überweisungsaufträge drängt. (OLG Hamburg, Urt. v. 8.9.1999 - 8 U 93/99, rkr., OLG-Report 2000, 48)

Rechtsanwalt/Zuständigkeitsvereinbarung/Arbeitsgericht

Ein Rechtsanwalt handelt pflichtwidrig, wenn er als Vertreter der beklagten Partei in einem von einem ehemaligen GmbH-Geschäftsführer angestregten Kündigungsschutzprozess in Abweichung einer ausdrücklichen Weisung seiner Partei die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts vereinbart, obwohl den Umständen nach die Annahme eines freien Dienstverhältnisses und die Zuständigkeit der Zivilgerichte nahe liegt.

(OLG Frankfurt, Urt. v. 27.10.1999 - 9 U 34/98, rkr., OLG-Report 2001, 59)

Wer oben einsteigt, muss sich gut vertragen.

Weber-Hoß-Burmester,
Handbuch der
Managerverträge.
Von RA Ulrich Weber,
RA Dr. Axel Hoß und
RAin Antje Burmester.
634 Seiten, 2000, gbd.
168,- DM/85,90 €
ISBN 3-504-42607-1

Weber · Hoß
Burmester

Handbuch
der
Managerverträge

NEU!

ols
Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

www.otto-schmidt.de

Klare Verhältnisse im Anstellungsvertrag sind das A und O einer prosperierenden Beziehung zwischen Führungskraft und Unternehmen. Fehlerhafte oder unbedachte Regelungen lassen sich später kaum noch korrigieren. Sie enden im Streit, machen die Trennung schwierig und kommen beide Parteien teuer zu stehen. Das Handbuch der Managerverträge erläutert Ihnen bis ins Detail, wie man die Rechtsbeziehung für alle Fälle zukunftssicher macht. Und umfangreiche Musterverträge führen Ihnen schwarz auf weiß vor Augen, wie man sich in der Praxis gut verträgt.

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt
Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

BESTELLSCHEIN Fax: 0221 / 9 37 38-943

☐ Weber-Hoß-Burmester **Handbuch der Managerverträge**
gbd. 168,- DM/85,90 €. Preisstand: Januar 2001. ISBN 3-504-42607-1

Name

Straße

PLZ

Ort

Datum

Unterschrift

Anwaltshaftung: Belehrungsbedürftigkeit • Erkennbare Insolvenz-antragspflicht • Betreuung durch Verband (BGH);
Notarhaftung: Grundurteil • Erforschung des Willens der Beteiligten • Verjährung • Schadenentstehung bei unklarer Vertragsgestaltung • Anderweitige Ersatzmöglichkeit (BGH);
Notarhaftung: Vollzug des Kaufvertrages • Weisungen • Hinterlegungsanweisung • Wortlaut (BGH);

Anwaltshonorar: Sammel- statt Einzelklagen • Pflicht zur Kosten-schonung • Arbeitsgerichtsverfahren (OLG Koblenz);
Honoraranspruch des Rechtsanwalts: Abtretung (OLG Hamburg);
Prospekthaftung: Steuerberater als Treuhänder • Prospektverantwortlicher • Fehlerhafte Prospektangaben (OLG Karlsruhe);
und aktuelle Entscheidungen,
die von besonderer Bedeutung sind



BEIHEFTER

Gerade für Gesellschafter-Geschäftsführer in der Startphase tut eine existenzielle Sicherung im Alter, bei Berufsunfähigkeit oder Tod oft Not. Viele verfügen nur über minimale oder gar keine gesetzlichen Versorgungsansprüche. Welche Empfehlungen können Sie Ihren Mandanten dann geben?

In unserem GI-Beihefter finden Sie Gestaltungsansätze für die Versorgung neu eingestiegener Gesellschafter-Geschäftsführer oder für junge GmbHs.

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 44-53 54
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.